

*Année 2005*

Bulletin de la Société internationale de défense  
sociale pour une politique criminelle humaniste

**CAHIERS DE DEFENSE SOCIALE**

*Bulletin of the International Society of Social  
Defence and Humane Criminal Policy*

deve rimanere bianca

CAHIERS DE DEFENSE SOCIALE  
**Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour  
une politique criminelle humaniste – SIDS**  
*Bulletin of the International Society of Social Defence and Humane Criminal  
Policy – ISSD*

Direction et Rédaction / *Editorial Board*

Directeur / *Director*

Mario PISANI, professeur de procédure pénale à l'Université de Milan

Comité de rédaction / *Editorial Committee*

Edmondo BRUTI LIBERATI – Adolfo CERETTI – Luigi FOFFANI – Stefano  
MANACORDA – Giovanni TAMBURINO – Antonio VERCHER NOGUERA

Secrétariat de rédaction / *Editorial Secretariat*

LUCIANA MARSELLI MILNER – ELENI PAPAGEORGIOU SALA

c/o CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE

Palazzo Comunale delle Scienze Sociali – Piazza Castello, 3 – 20121 MILANO –

Italie

e-mail: [cnpds.ispac@cnpds.it](mailto:cnpds.ispac@cnpds.it)

[www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)

Les *Cahiers* ne sont pas en vente. Ils sont réservés aux membres de la SIDS.  
*The Cahiers are not on sale. Only ISSD Members are entitled to receive them.*

**SOCIETE INTERNATIONALE DE DEFENSE SOCIALE POUR UNE  
POLITIQUE CRIMINELLE HUMANISTE – SIDS  
Organisation dotée de statut consultatif  
auprès du Conseil économique et social des Nations Unies  
INTERNATIONAL SOCIETY OF SOCIAL DEFENCE AND HUMANE  
CRIMINAL POLICY – ISSD  
Organization in Consultative Status with the  
Economic and Social Council of the United Nations**

**CONSEIL DE DIRECTION / BOARD**

Président d'honneur:

Simone ROZÈS, premier président honoraire de la Cour de cassation de France

Président / *President*:

Luis ARROYO ZAPATERO, Rector honorario de la Universidad de Castilla-La Mancha y director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Ciudad Real

Secrétaire général / *Secretary-General*:

Edmondo BRUTI LIBERATI, substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Milan

Secrétaires généraux adjoints / *Assistant-Secretaries-General*:

Adolfo CERETTI, professeur associé de criminologie à l'Université de Milan-Bicocca

Luigi FOFFANI, professeur associé de droit pénal à l'Université de Modena et Reggio Emilia

Antonio VERCHER NOGUERA, Supreme Court Public Prosecutor, Madrid

Vice-présidents / *Vice-Presidents*:

Adedokun A. ADEYEMI, Professor and Dean, Faculty of Law, University of Lagos

Bernardo BEIDERMAN, ancien professeur de criminologie et de droit pénal de l'Université nationale de Buenos Aires

Paolo BERNASCONI, professeur de droit pénal de l'économie aux Universités de Saint Gall et de Zürich

Pierre-Henri BOLLE, professeur aux Universités de Neuchâtel (Suisse) et de Galatasaray (Turquie)

Pedro R. DAVID, Juez, Cámara Nacional de Casación Penal, Buenos Aires

Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, président du Conseil scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Coimbra; ancien président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire

Vladimir KOUDRIAVTSEV, Vice-President, Russian Academy of Sciences

† Gerhard O.W. MUELLER, Distinguished Professor of Criminal Justice, Rutgers University, Newark, N. J.

Reynald OTTENHOF, professeur à l'Université de Nantes; vice-président de l'Association internationale de droit pénal; vice-président de l'Institut supérieur international de sciences criminelles (ISISC)

Mario PISANI, professeur de procédure pénale à l'Université de Milan; *directeur des "Cahiers de défense sociale"*

Rodica Mihaela STANOIU, professor, National Security Advisor to the President of Romania

Constantin VOUYOUCAS, professeur émérite de droit pénal de l'Université Aristote de Thessalonique

*Secrétaires généraux régionaux / Regional Secretaries-General:*

*pour l'Afrique / for Africa:*

Maher ABDEL-WAHED, Prosecutor General of the Egyptian cassation Court (Arab Republic of Egypt)

Ayodele Victoria OYAYOBI ATSENUWA, Lecturer in the Department of Public Law, University of Lagos (Nigeria)

*pour l'Amérique Latine / for Latin America:*

Paulo José DA COSTA, Professor of Penal Law, State University of São Paulo (Brazil)

Alvaro Orlando PEREZ PINZÓN, Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Colombia

Louis RODRIGUEZ MANZANERA, Criminólogo; Director Academia Nacional de Seguridad Pública (Mexico)

*pour les Etats-Unis d'Amérique / for the United States of America:*

Freda ADLER, Distinguished Professor of Criminal Justice, Rutgers University, Newark, N. J.

William S. LAUFER, Director, Carol and Lawrence Zicklin Center for Business Ethics Research, Wharton School, University of Pennsylvania

*pour l'Europe / for Europe:*

Anabela MIRANDA RODRIGUES, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Coimbra; Directrice du Centre d'Études Judiciaires

Joaquim VOGEL, Professor of Penal Law and Procedural Penal Law, Eberhard-Karls-Universität, Tübingen

*pour l'Asie / for Asia:*

Osamu NIKURA, professeur à l'Université Aoyama Gakuin (Japan)

Hira SINGH, Former Consultant, National Human Rights Commission, New Delhi (India)

*Membres / Members:*

Lolita ANIYAR DE CASTRO, profesora investigadora de la Universidad del Zulia y la Universidad de Los Andes, Venezuela

Ljubo BAVCON, professeur émérite de droit pénal de l'Université de Ljubljana

Giacomo CANEPA, professeur émérite de médecine légale et criminologie, Département de médecine légale, du travail, psychologie médicale et criminologie, Université de Gênes; président honoraire de la Société internationale de criminologie

Orlando CONTRERAS PULIDO, professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université centrale du Venezuela

Mireille DELMAS-MARTY, professeur titulaire de la chaire d'Etudes Juridiques comparatives et internationalisation du droit au Collège de France

Hélène DUMONT, professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal

Sergio GARCIA RAMIREZ, Presidente de la Corte interamericana de derechos humanos, Costa Rica; Profesor de Derecho penal de la Universidad de Mexico; antiguo Fiscal general de la República (Mexico)

Giovanni Battista GRAMATICA, avocat à Gênes

Joseph HÄUSSLING, président honoraire du Sénat de l'Université Witten/Herdecke; professeur à l'Université

Lodewik H. C. HULSMAN, Professor Emeritus of Penal Law, Nederlandse Economische Hogeschool, Rotterdam

Hans-Heinrich JESCHECK, ancien directeur du "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" de Fribourg e. Br.; président honoraire de l'Association internationale de droit pénal

Zoran KANDUC, professeur agrégé de criminologie à l'Université de Ljubljana

Raymond SCREVEN, président émérite de la Cour de cassation de Belgique; directeur du Centre national de criminologie, Bruxelles

Klaus TIEDEMANN, directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal des affaires de la Albert-Ludwigs-Universität de Fribourg e. Br.

Aglaia TSITSOURA, ancien administrateur principal de la Division des problèmes criminels du Conseil de l'Europe

Alexander YAKOVLEV, Senior Researcher, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences

*Trésorier / Treasurer:*

Luciana MARSELLI MILNER, du "Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale"

*Membres honoraires / Honorary Members:*

Inkeri ANTILA, Professor Emeritus of Criminal Law; Former Director, Helsinki Institute of Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations (HEUNI); Former Minister of Justice of Finland

Shigemitsu DANDO, Former Justice, Supreme Court of Japan; Member of the Academy of Japan; Professor Emeritus of the University of Tokyo; Counsellor to the Crown Prince of Japan

Elio GOMEZ GRILLO, directeur de l'Institut de sciences pénales et criminologiques de l'Université Simon Bolivar de Caracas

Ali LASSER, ex-juez de menores, Caracas  
Tadashi MORISHITA, Professor Emeritus of Penal Law, Hiroshima University  
Alvar NELSON, Professor Emeritus of Penal Law, Uppsala University  
Colette SOMERHAUSEN, ancien chef de travaux de recherche à l'Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles  
Denis SZABO, ancien directeur du Centre international de criminologie comparée de l'Université de Montréal; président honoraire de la Société internationale de criminologie  
Giuliano VASSALLI, ancien président de la Cour constitutionnelle d'Italie; professeur émérite de droit pénal de l'Université de Rome; ancien ministre de la Justice d'Italie  
József VIGH, Former Head of the Department of Criminology, Faculty of Law, Eötvös Loránd University, Budapest

deve rimanere bianca



## TABLE DES MATIERES / TABLE OF CONTENTS

À nos lecteurs / To our Readers / A nuestros lectores MARIO PISANI	page 13
---	---------

### ETUDES / STUDIES

<i>Casualty and Determination in Criminology</i> JÓZSEF VIGH	“ 17
<i>La puissance des mots: des maux que l'on doit qualifier de criminels ou le difficile passage d'une logique de guerre à une logique de droit pénal</i> HÉLÈNE DUMONT	“ 29
<i>Criminalidad y Contexto Urbano en España</i> LUIS ARROYO ZAPATERO	“ 51
<i>Eurojust aujourd'hui et demain</i> FRANÇOIS FALLETTI	“ 67
<i>Justice universelle et juridiction espagnole: problèmes et perspectives</i> CRISTINA RODRIGUEZ YAGÜE	“ 73
<i>La marche forcée vers l'unification de la procédure pénale en Suisse</i> PIERRE-HENRI BOLLE	“ 83
<i>El inconsciente criminal codicioso en Dostojevsky</i> ALI LASSER	“ 101

### CONFERENCES INTERNATIONALES / INTERNATIONAL CONFERENCES

<i>ISPAC International Conference on Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls</i> POLONA MOZETIČ	“ 115
---	-------

*Human Trafficking: a Crime against Humanity*  
FAUSTO POCAR page 125

*La traite et le trafic des personnes en Afrique*  
CODOU BOP “ 135

*Universal Criminal Jurisdiction with regard to the Crime of Genocide,  
Crimes against Humanity and War Crimes* “ 147

#### **DE IURE CONDENDO**

Questionnaire sur le pouvoir d'accorder la grâce / *A Questionnaire on  
the Authority to grant Clemency* / Cuestionario sobre el derecho de  
gracia “ 153

#### **LA MEDAILLE BECCARIA 2005 THE BECCARIA MEDAL 2005**

Discurso pronunciado por el profesor LUIS ARROYO ZAPATERO “ 167  
Allocution par le professeur MARIO PISANI “ 169

#### **PROFILS DE JURISTES / PROFILES OF JURISTS**

*Juan Guzmán: “En el Borde del Mundo”*  
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE “ 173

#### **ARCHIVES**

Le Programme minimum de la SIDS / *The Minimum Programme of  
ISSD* / El programme minimum de la SIDS “ 179

Pour l'histoire du “Programme minimum” (1984) / *Background of the  
“Minimum Programme” (1984)* (M.P.) “ 185

#### **INFORMATIONS / INFORMATION**

Déclaration de Bangkok “ 191

*Criminal Law and Criminology under the same Roof (Overview of the  
Proceedings)*  
LUIGI FOFFANI “ 201

Prix Gramatica 2005/*Gramatica Prize 2005*

page 203

**NOTES BIBLIOGRAPHIQUES / *BIBLIOGRAPHY***

“ 207

**deve rimanere bianca**

## **À nos lecteurs**

Le numéro 2005 de nos *Cahiers*, à travers la pluralité et la diversité des thèmes traités et compte tenu du vaste horizon que ceux-ci recouvrent, constitue un témoignage de l'adhésion au programme de la "Société Internationale de Défense Sociale" en tant que mouvement pour une politique criminelle humaniste.

En saluant encore une fois nos lecteurs, anciens et nouveaux, nous exprimons nos plus vifs remerciements à tous ceux qui ont collaboré, de loin ou de près, à la réalisation de nos initiatives. (M.P.)

## ***To our Readers***

*The 2005 issue of our Cahiers, thanks to the multidisciplinary and diverse subjects it deals with and the vast horizons they cover, bears witness to the adherence to the programme of the "International Society of Social Defence" as a movement for a humane criminal policy.*

*In greeting once more our readers, both old and new, we warmly thank all those who, from near or far, helped to promote our initiatives. (M.P.)*

## **A nuestros lectores**

Esta nueva edición de 2005 de nuestros *Cahiers* refleja, a través de la pluralidad e interdisciplinaria de los temas afrontados, así como de los horizontes dentro de los cuales estos quedan encuadrados, la fidelidad al Programa de la "Sociedad Internacional de Defensa Social" como movimiento por una Política Criminal Humanista.

Una vez más saludamos a todos los lectores, antiguos y nuevos, y agradecemos de todo corazón a todos los que, bien estando cerca o lejos, han colaborado en nuestras iniciativas. (M.P.)

deve rimanere bianca

**ETUDES / *STUDIES***

**deve rimanere bianca**



# **Causality and Determination in Criminology**

by  
JÓZSEF VIGH  
Professor Emeritus  
Eötvös Loránd University, Budapest

## **1. The prevalence of causality and determination in the field of crime and human behaviours in general**

Beside the general, on the level of the Universe interpretation of causality and determination – for a better understanding – it is also necessary to evaluate the indispensable regular and accidental phenomena that come into effect in the society, in the sphere of the instinctive and conscious activities that appear in a person's life.

In this study we narrow down the evaluation of social phenomena – from the expert point of view – to the evaluation of crime, criminal human behaviour. I feel that in the social image formed through the evaluation of crime and the regularities of the general human behaviours are also outlined, since crime is such a part of social activities that the legal acts formed by men declare criminal activities.

Till the second half of the 19th century in the field of crime and criminal justice the dominant view was that people act on the basis of their free will and thus committing a crime is also the consequence of free will. It was in accordance with view that the so called classical criminal justice system was formed and was dominant at the end of the 18th and at the beginning of the 19th century, the theoretical basis of which was dominated by the concept of free will, the aim of criminal punishment and justice was seen in revenge and as its means proportional punishment was considered to be just.

It was Adolphe Quetelet, the Belgian moralstatist, mathematician, astronomer and playwright, a true polyhistor who first gave voice to his disagreement with these views and put down his own point of view about

determination present also in the human, criminal human behaviour on the basis of criminal statistical data introduced in Western Europe in the 1820s.

The criminal statistical information of data was introduced in France in 1826. From this time on data concerning the operation of the bodies of justice, the crime and criminals have been regularly published annually. Quetelet studied the data of the first six years of the French criminal statistics in great detail as regards the time covering the years from 1826 to 1831.<sup>1</sup>

On the basis of statistical data Quetelet realised that regularities rule in crime just as they do in other phenomena of the society or in the world of natural forces. For this reason his followers considered him to be the father of criminology, the first person who recognised the regularities of crime, and we also regard him as the father of criminology.

According to Quetelet the causes of crime can be divided into two great groups: one group is that of the natural forces that come into effect in the world of the animals and plants. The other group is that of the social forces – or using his words – of the perturbational forces, or the disturbing forces that stem from the moral and intelligent nature of man, thus from the relations of social life. These two force groups fix, determine the commitment of criminal acts. The realised criminal human behaviour thus became determined, that of the future will be determined when from the sphere of the future with the passing of time it gets into the sphere of the past. According to Quetelet: "A man as a member of the social entity compiles with the necessity at every given moment and regularly pays its tax, but as a man who makes use of all the forces of his intellectual abilities and so to say: "rules" over these forces, changes their consequences and can strive towards a better future".<sup>2</sup>

It is clear from the quotation that Quetelet is not the advocate of mechanical determination since he accepts the mutual effect between man and nature and society surrounding him. But according to Quetelet the crime is not only a necessary factor of society but it can also be stated that people year as year commit crime in similar number and proportion. Quetelet evaluated this factual situation as follows: "The fate of the human race is sad because it is possible to calculate in advance how

---

<sup>1</sup> A. Quetelet: *Sur l'homme et le développement de ses facultés: un essai de physique sociale*, 1935.

<sup>2</sup> A. Quetelet: *Physique sociale: un essai sur la développement des facultés de l'homme*, 1869.

many people will cover their hands with the blood of their fellow men”.<sup>3</sup> And in fact it is possible today to calculate approximately, to predict with great possibility how many murders will be committed in a defined area. In my opinion, however, the recognition of this regularity does not give cause to sadness. On the contrary, if we are able to more or less exactly pinpoint the number of the would be crimes or other criminal acts and to indicate their causes, and if we can eliminate a significant part of these causes then it can be expected that in proportion to the elimination of causes the number of murders will decrease as well. But a similar method can be used in the interest of decreasing the other non-desirable phenomena. It is evident from these thoughts that the exploration of the causes of the phenomena is a significant social interest because *on the basis of the disclosure of the causes the formation of the phenomena in the future can be made probable*. If we can increase the probable causes of the favourable phenomena and decrease those of the unfavourable ones, such as those of the criminal acts then the social development ensures the increase of following the legality (prosecution of the right).

It can be stated from the above mentioned ideas that Quetelet's researches proved in the area of crime that regularities rule in the seemingly accidental phenomena of social life just like in the field of natural phenomena. This recognition gradually spreads into the world of scientific knowledge. The trends of criminal anthropology and criminal sociology formed in the last third of the 19th century that rejected the ideology of jurisdiction known as “classical” based on free will together with the aim of reprisal and punishment in proportion to the deeds. As theoretical basis of the new trends the determinist view, as the aim of the justice, the prevention and as it means individual punishment instead of the punishment proportional to the deed was formulated.

These so-called positivist, deterministic theses appeared mainly in developed European countries at the turn of the 19th and 20th centuries. Before the second World War the significant representatives of the national criminology and criminal justice: Jenő Balogh, Albert Irk, Ervin Hacker, Ruzsem Vámbéry and a lot more placed great emphasis on the causality factors that prevail in criminal human behaviours: the personality, genetical skill, social conditions as basic determining factors.

After the Second World War the criminology as a science objectively evaluating the crime, the criminal human behaviour was not a compulsory

---

<sup>3</sup> See foot-note: No. 2.

subject at the national universities of law in the first two decades. Most of the knowledge in this respect was found in the subject called “Statistics” because it dealt in a relatively great depth with the problems of criminal statistics.<sup>4</sup>

Professor Ede Theiss the head of the Department of Statistics of the Law Faculty of the Eötvös Lorand University personally studied, to a great extent, the nature of crime, especially the problems of causality.<sup>5</sup>

One of the characteristics of the “present era”, that is of the near past and near future (2-3 decades) is that crime has significantly increased and further increase or stagnation is expected. This serious criminal state and tendency is above all the consequence of those significant social changes that have come into effect in various countries and continents in recent decades. These harmful, undesirable criminal phenomena in most cases are not the forms of chances, but they are a series of conscious activities. For instance, the proportion of the known and intentional crimes have represented a 98,6 – 98,9 per cent in our country in the last five years. Consequently the proportion of negligent crimes has only been 1,4% – 1,1%.<sup>6</sup>

These data make it clear that regularities have greater part in criminal human behaviours than chances. That is, crime as social mass phenomena is also the results of definite causes, basically they are the manifestation of conscious human behaviours. In the case of accidental effects it happens that a strange or an unexpected accidental chain of causality enters our chain of causality of conscious aimed activities, in other words the formation of causality. Thus, using Ede Teller’s words “even chance has regularities”, only it is a causality factor, or causality chain that falls outside the borders of our knowledge, information, is not expected and considered improbable.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Dr. THEISS Ede: Igazságügyi statisztika. In: HORVÁTH Róbert, KOVACSICS József, THEISS Ede: Statisztika. Felsőoktatási Jegyzetellátó Vállalat. Budapest, 1959.

<sup>5</sup> Theiss Ede: A bűnözés okainak statisztikai vizsgálata. Jogtudományi Közlöny. 1958. november-december.

<sup>6</sup> Tájékoztató a bűnözésről. 2003. év. Belügyminisztérium Informatikai Hivatala és a Legfőbb Ügyészség Számítástechnika-alkalmazási és Információs Főosztálya. 33. old.

<sup>7</sup> TELLER Ede: Huszadik századi utazás tudományban és politikában. XX. Század Intézet Budapest, 2002.

## **2. Is the structure of causality and determination the same in physics and criminology?**

When we investigate this topic first of all we have to make a difference between the causality that prevail in the circle of unliving objects and human beings. In the field of unliving objects, natural phenomena the mechanical regularities rule when the different objects influence one another. In contrast to this, or different from this is the system of human relations but especially in the field of criminology we examine the regularities of causality considering what kind of relations there are between the criminal human behaviour and the personality, the biological factors and the social affects.

The working of the mind, the type of personality, the specifics of social existence play decisive role in the individual activities of man and in the behaviours performed by human communities, the members of the society.

When criminology looks for the causes and conditions of criminal acts and of crime then it examines the state of the personality as a first step since the effects of the somatic and outside factors appear in it and it is there that wishes, demands and activity goals and the means necessary to reach them are formed there.

It is clear then that the human mind and the nervous system, the information accumulated in the brain, knowledge have unique and decisive role in the causes of human activities. The more a man knows about phenomena surrounding him, about their correlation, the more he can make decisions that are partly or totally satisfying his needs, wishes, demands.

The aims to be achieved, to be carried out in the future – be it criminal or not – are based on the knowledge of the past, the acquired knowledge, the biological, genetical faculty and the influence, inspiration of the social environment. In the formation of a criminal act (or any other activity) thus, it is the personality as direct factor producing will decision that has a direct decisive role.

After stating, knowing the state of personality, the psychology of the perpetrator and the relation of the realised criminal act connected to the personality, criminology usually examines the causality relations of the perpetrator's genetical, somatic factors as factors taking part in the formation of personality, in the determination of causality. Criminology also finds it necessary to examine the determining effect of the social and natural factors beside the genetical ones. If we consider the personality's state directly prior to the committing of crime as causality of the somatic and social, and the environmental factors prior to that, then we can see that the crime as causality is determined through the so-called causality, cause-

effect chains. And – if needed, we have to get to know this cause-effect chains backwards to its birth, probably to its conception so that the causality scheme of the crime examined can be clear, easy to understand.

The examination of the cause-effect chains should include both criminal and non-criminal human behaviours. Society usually gives ground to the several behaviours, activities. Thus, the norm offending and norm following behaviours arise as an alternative possibility for the individual.

Every society has its own historically formed structure, and it operates relatively harmonically if its substitute system and within it the responsibility system as well follows the regularities operating in the society.

It seems to me that the set of questions, as regards determination and free will cannot be avoided from the view of responsibility either, since we come to a totally different conclusion if we accept the determinist conception as if we take the view of free will independent of the objective relations.

Among the circle of criminal experts many worry about the holding responsible system, the criminal justice from realising the concept of determinism because they are either the followers of indeterminism or they misinterpret determination and identify it with mechanical determination. Thus, I would like to emphasise that *the mechanical determinism prevail in the field of natural phenomena are not identical to the determination forming in society in people's activities*. The Quetelet type of recognition in this respect, namely that regularities rule in criminal human activities just as in the circle of natural phenomena, does not mean that these include identical determinational processes, since in the sphere of society, human behaviours the personality, the conscious activity of the human being enter the objective effects. Nowadays it seems natural for a lot of people that crime is determined above all by social relations and the personality determined in this way validates the acquired information in carrying out his aims. The modern determinist conception or more precisely according to the modern, sophisticated form of the determined conception, which can also be used here in the circle of human activities society, a person's environment offers various possibilities of activity for the human activity, for the human choice but at the same time it limits the frames of choice and the person – so to say – can choose from the possibilities. What a person chooses, however, that is the choice itself determinates just as any other phenomena. The choice is the originator of the effect of two factors groups, namely: the quality of the personality and the effect of the current, the given existing objective relation, that is the effect of the situation. The question, however, what kind of personality a person has, what kind of

knowledge, aims, task solving skills a person has and what kind of situation surrounds the person at a given time it is the function, the causality of the objective relations of the past that determined through causality chains, mutual effects.

These statements necessarily raise the question as to what extent is the personality of our age autonomous. Taking into consideration the filogenetical development of people we can state that in the process of the accumulation of information and knowledge the autonomy becomes wider and wider and more powerful. *As we get to know the regularities of nature, society and human thinking the autonomy of our personality widens.*

Thus, determination is not a myth but a real process even in the human society that must be better known with the use of science so that the future can be outlined with more precision and probability and put into the use of humanity.

I think that from what has been mentioned so far it is clear that determination prevails in the physics, quantummechanics as *exactly* as in the field of social activity and within this in the field of criminal acts. It is necessary, however, to emphasize that the determination mechanism of prevalence is not the same. *The determination prevailing in the world of inanimate physics is realised mechanically according to the laws of nature. In the world of people, of society the determination goes through a complicated mechanism and prevails with the help of the human mind, the human conscience. The quality of the psyche in the causality depends on the one hand on the inherited and gained somatic (genetic) faculties, on the other hand on the effect of the social and natural environment surrounding the individual.* It is in this transmissional mechanism that ensures possibility to the subject as well that we can see the difference between determination in mechanics and in human behaviour.

It is the capability of a person to recognise reality, to apply regularities and to render the future probable that makes him suitable to change the environment, conditions of existence to a certain degree and more and more so, and this way it is the peaceful creative work that gets in the centre of human activity and not the fight with one another.

### **3. Causal regularities and the significance of determination in the fight against crime**

The first question that necessarily arises here is to what extent are these basic principles accepted by the cultivators, representatives of criminal sciences, legislators and the employers of legal acts. I have no knowledge

of anyone having made any scientific research in this topic. Thus, it is on the basis of my own impression that a 40 – 60% ratio can be considered real. The advocacy, declaration of the already quoted Quetelet-type of causal regularity by the end of the 19th century and the beginning of the 20th century helped to achieve the fact that the determinist view was evident in the criminal laws in opposition to the classical view built on free will. This view changed at the end of the century as a result of the increase in crime the demand of the classical criminal justice system came to the foreground again under the title of “neoclassical”. In this period a significant proportion of experts looked for new ways and seemed to find the effective and fair means of crime prevention in the new forms of criminal justice. This new, modern form of criminal justice placed the victims of crime, the treatment of injury of the victims in the centre of criminal justice under the name of “restorative criminal justice”. *In other words it means, among others, that criminal justice is considered just only if it serves justice to the victim, that is it ensures the reconciliation of the damage caused to the victim, treats the inflicted injuries.* Thus, the measure taken against the perpetrator becomes function of the method and degree of the damage repairing.

In the present era (near past and near future) a significant proportion of people is not yet on the level of a knowledge with the help of which they could get bearing in the regularities of social phenomena.

For exanyl the concept of criminal justice is strongly connected to the practice of holding responsible in the public and within this to the judging activity of the court. *Many feel that criminal justice is the monopoly of the court.* Thus, in the case of holding responsible for breaking of law and other negative human behaviours, it is not “justice” that is done but there is some kind of reaction to the behaviours that are legally prohibited but cannot be considered criminal acts performed by people.

In reality, in the great variety of human behaviours the norm offending, irresponsible, criminal forms of behaviour represent a significant percent. Every crime preventing activity, general and special prevention are aimed at decreasing this number. In recent decades the demand for crime prevention and the expansion of the use of various means needed for achieving this is being realised in an increased measure. It seems that the expansion of criminological knowledge reaches its goals more and more. The evaluation of the norm offending behaviours, the holding responsible, the use of sanctions are gradually built on the principles of causality and determination.

In contrast to this as regards norm abiding, responsible behaviours still the view rules according to which this kind of behaviour is natural, it



originates from the self of man, it is the inborn character of man. Although one of the significant representatives of criminal sociology Gabriel Tarde drew up already in the second half of the 19th century the viewpoint accepted by a lot of people of that time saying that *at the time of birth a child has neither virtues nor criminal characteristics*. It depends on the environment what kind of a person a child becomes, virtuous or criminal.<sup>8</sup> In other words human behaviour is determined by personality, genetical, social and natural causes. By now the scientific judgement formed in the way that we must react to crime, the perpetrator must be held responsible and he or she must be punished with the aim of reprisal or prevention.

But how does society react to “norm abiding” behaviours that form the majority of human behaviours, to the activities of the people who are inspired to follow norms by the conditions, causality factors, everyday living conditions? It is a fact that individuals who stand out from the circle of norm abiding people are honoured by the society and awards them. Most part of the people, however, get only salary for the job done, perhaps they get premium or payrise for good performance. The average performance, the daily carrying out of norms remain without reaction in most people. The society reacts even to the smallest irresponsibility, but the average responsible activity remains without any reaction. They even hardly ever say the following sentence *thank you for your work performed with responsibility*.

*The society not only has to put energy into decreasing norm offences, into resulting decreasing tendencies of them but also into increasing, stimulates norm abiding behaviours.* I am convinced that if society devoted only half amount of energy and money for crime prevention to stimulate the people for norm abiding then criminality would also show significant decreasing tendency within a few years.

The stimulation of responsible, norm abiding behaviour should be started consciously and decisively in childhood. Children should be made aware of the fact that regularities rule in society as well, and we cannot form a society to our own likes but only such a one that comes or can come from our past. On the other hand the system of responsibility must also be formed in such a way (in both the positive and negative field of responsibility) that it follows the basic changes of the society and it directs the individual activities in the direction of regularities, favourable social changes.

---

<sup>8</sup> Responsibility and Society, Responsibility for Crimes and Infractions. International Conference, 19-24 September 1988, Siófok, Hungary.

By establishing this direction we have to take into consideration that at present society does not have reaction to several norm offences. It is even more so in the cases of norm abiding behaviours. Society usually takes it for granted when responsibilities are fulfilled on an average level and only significant performances are honoured, awarded. This is a usual view, we can say it is an ideology in our society. Cesare Beccaria in his book "Crime and Punishment" wisely said the following: "The award of the virtue is the means of crime prevention as well. In this respect a general silence can be observed in the statue of all nations."<sup>9</sup>

The individual and social conscience in connection with responsibility significantly depends on the following:

- a) on what theoretical basis is the system of holding responsible placed;
- b) what norms are expected to be fulfilled by the society from the individual and vice versa, what norms are expected to be fulfilled by the community and their representatives from the individual;
- c) how the norm fulfillings are recognised and awarded;
- d) how the norm offenders are judged.

On the basis of the knowledge of regularities prevailing in the field of criminal human behaviours we necessarily come to the conclusion with the help of formal logic that the favourable directional change of the volume, the dynamics of crime can only be reached if the causes of crime change, if we change the causality factors of crime in the favourable direction.

## RÉSUMÉ

La reconnaissance de la réalité de la causalité et de la détermination dans la criminalité est devenue une observation philosophique et criminologique acceptée dès la moitié du 19<sup>ème</sup> siècle. L'information statistique des données ayant trait à la criminalité a même été introduite après 1820. Sur la base de ces données une possibilité a été créée pour l'étude de la structure, de la dynamique et de la causalité des crimes dans la société. Adolph Quetelet, esprit de culture universelle (expert en statistique morale, mathématicien, astronome et dramaturge) est considéré le premier homme de science ayant contribué à la création des bases de la

---

<sup>9</sup> Cesare BECCARIA: Bűntett és büntetés. Akadémiai Kiadó. Budapest, 1967.

criminologie. Il a été le premier scientifique qui ait reconnu la régularité dans le domaine du crime. Il s'est forgé à ce sujet la suivante opinion: de telles régularités dans le comportement humain – et le comportement criminel entre autres – sont gouvernées par les mêmes lois que les phénomènes naturels. Mais en ce qui concerne le comportement humain non seulement l'effet de la loi des phénomènes naturels, mais aussi le patrimoine génétique, les caractéristiques physiques et le milieu social des auteurs contribuent à la détermination du comportement individuel. Le concept de libre arbitre a été de ce fait mis en question, et de nouvelles instructions ont forcément été établies pour l'évaluation du crime et la définition des buts et des structures de la justice pénale. Il est devenu clair que le développement de la société dans la juste direction peut être plus intensif, si le comportement positif de l'être humain est accru et son comportement négatif réduit. Cette exigence sera satisfaite si le concept de causalité et de détermination est accepté généralement dans l'ensemble de la société.

## RESUMEN

El reconocimiento de la realidad de la causalidad y de la determinación en la criminalidad se empezó a aceptar como observación filosófica y criminológica a mediados del siglo XIX. La información sobre los datos estadísticos criminales inició a partir de 1820. Basándose en estos datos se creó la posibilidad de estudiar la estructura, la dinámica y causalidad de los crímenes sociales. Adolph Quetelet como *polyhistor* (estadística moral, matemáticas, astronomía y autor de teatro) se consideró el primer científico que sentó las bases de la criminología. Fue el primero que reconoció la regularidad en el ámbito de la criminología. Su opinión al respecto era la siguiente: En el comportamiento humano – incluso en el comportamiento criminal – la regularidad sigue las mismas normas que los fenómenos naturales. Pero, el comportamiento humano está determinado tanto por los efectos de los fenómenos naturales como también por los de la estructura genética, de las características físicas y el entorno social del perpetrador. Por consiguiente, se puso en tela de juicio el concepto de libre albedrío, y fue necesario sentar nuevos criterios para la evaluación del crimen y establecer los objetivos y estructuras de la justicia penal. Resultó evidente que la sociedad podía evolucionar más en sentido positivo si se lograba desarrollar el comportamiento positivo de los seres humanos y limitar su

comportamiento negativo. Esto se concretizará si la sociedad en general acepta el concepto de causalidad y de determinación.

## **La puissance des mots: des maux que l'on doit qualifier de criminels ou le difficile passage d'une logique de guerre à une logique de droit pénal\***

par

HÉLÈNE DUMONT

Professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal

Le “plus jamais” proféré haut et fort au lendemain de la deuxième guerre mondiale, voulait certes conjurer le passé et paraissait avoir toute la force évocatrice d'imprégner les mémoires collectives de cet impératif humanitaire et toute la puissance préventive de tuer dans l'œuf les futures guerres criminelles et entreprises génocidaires. Ce discours politique récurrent du “plus jamais ça” était même empreint d'une certitude de non retour de guerres inhumaines et il a pu favoriser un certain aveuglement à l'égard d'horreurs ultérieures du même genre. En effet, “le premier Holocauste” devait relever de l'extraordinaire et de l'aberration et il ne pouvait ressurgir à l'identique devant le progrès de la civilisation occidentale et de tout ce qu'elle représentait depuis la fin de cette guerre.<sup>1</sup> Mais les très nombreux massacres collectifs inhumains et effrayants de la deuxième moitié du XXe siècle ont offert aux porteurs de ces mots des occasions de désenchantement, voire d'incompréhension. Bref, ces paroles d'espoir avaient peut-être aussi occulté l'idée que cette horreur était partie

---

\* Le présent texte constitue une version retravaillée d'une communication au Colloque intitulé: La prévention du génocide: D'une culture réactive vers une culture préventive », Centre de l'éducation et de l'enseignement sur les droits de la personne, Faculté de droit, Université d'Ottawa, Ottawa, Canada, 18 novembre 2005.

<sup>1</sup> Zygmunt BAUMAN, *Modernity and the Holocaust*, London, Polity Press, 1991, 238 pages, p. 7; voir aussi Samantha POWER, “A Problem From Hell”, *America and the Age of Genocide*, New York, A New Republic Book, 2002.

intégrante de la civilisation moderne et n'était pas en dehors de l'Humanité.<sup>2</sup> Avec l'avènement du nouveau millénaire, la désillusion nous habite face à tous ces massacres et

*“les mots nous manquent, mais aussi les idées. Ce grand basculement anthropologique met à rude épreuve nos capacités d'analyses et ruine par anticipation notre langage”.*<sup>3</sup>

Lorsque les massacres fratricides et ethniques issus du conflit yougoslave dans les années 1990 se sont déroulés sur le sol des atrocités de la deuxième guerre mondiale et que ceux du Rwanda ont provoqué l'effroi de la communauté internationale ne voulant plus croire au retour de la barbarie, l'on trouve alors impérieux de qualifier ces nouveaux massacres avec des mots qui exprimeraient spécialement et fortement toute l'indignation et l'aversion manifeste à l'encontre de ces horreurs. C'est le mot “crime” emprunté au droit pénal qui s'est imposé comme le mieux en mesure de traduire la dénonciation de ces atrocités et de remédier à l'incompréhension que l'on pouvait toujours entretenir à leur sujet.<sup>4</sup>

*“Le mal est – par définition – inexplicable. Si on pouvait en donner une explication on l'expliquerait hors de lui-même. Il est certainement une “privation”, mais aussi une privation d'intelligibilité. Le mal nous force à faire l'expérience de notre contingence, de notre incapacité à avoir un portrait cohérent et net de la Réalité”.*<sup>5</sup>

La mise en forme pénale des crimes de guerre, contre l'humanité et de génocide dans l'ordre juridique international s'est dès lors imposée comme la façon de nommer et de qualifier les massacres de la guerre entre yougoslaves, comme ceux du Rwanda. Cette criminalisation devait permettre de juger ces événements historiques, en fixer l'interprétation et leur donner un sens criminel dans les mémoires collectives, une stratégie

---

<sup>2</sup> H. PIRALIAN, *Génocide et transmission*, Paris, L'Harmattan, 1994, 119 pages.

<sup>3</sup> Jean-Claude GUILLEBAUD, *La force de conviction. À quoi pouvons nous croire?*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 11.

<sup>4</sup> Christoph EBERHARD, “Le droit international confronté aux crimes contre l'humanité et génocides, l'émergence d'une exigence culturelle”, Contribution à la 9<sup>e</sup> Conférence générale de l'EADI, Paris 22-25 septembre 1999 (en ligne sur le site de Dialogue interculturel du LAJP lorsque consulté, décembre 2002).

<sup>5</sup> Raimon PANIKKAR, “Neuf priorités”, *Interculture*, vol. XXIX, n° 1, Cahier 130, Hiver 1996, 51-62, p. 62.

voulue plus prometteuse pour endiguer de futurs et semblables massacres. Nous paraphrasons Bourdieu: le rôle du droit consisterait à réinscrire l'interdit, à faire obstacle à l'assassinat de la mémoire et à marquer la réalité ainsi nommée du sceau de l'universalité.<sup>6</sup> Le droit international pénal, par la puissance symbolique de ses interdits, serait à tout le moins un discours plus performant pour l'éradication de ces horreurs bien réelles et ce droit apparaît un moyen de mise en œuvre plus efficace du "plus jamais ça" véhiculé dans l'arène politique depuis la dernière guerre mondiale. Dans les faits, il offrirait peut-être l'illusion d'une solution<sup>7</sup> mais en contrepartie, il s'accompagne d'un *leitmotiv* plus encourageant: "la fin de l'impunité"; il fournit en tout cas une stratégie de poursuites criminelles des principaux responsables de ces atrocités dans l'ordre juridique et judiciaire international et propose à tout le moins une réponse à défaut d'une solution.

Mais comment passe-t-on d'une culture réactive consistant à sanctionner les plus hauts responsables de ces crimes de masse à une culture préventive des massacres inhumains: c'est l'interrogation générale qui était posée dans le cadre du Colloque. Les rituels procéduraux inventés pour l'exercice de la justice pénale internationale opèrent de façon sporadique, aléatoire et depuis fort peu d'années. Or, une culture donnée est reconnaissable dans la répétition de rituels, dans la permanence d'usages et la régularité de leur application. Il n'existe pas encore des "façons de faire" au chapitre de la réaction générale de la société internationale aux atrocités de la guerre et aux massacres collectifs qui témoigneraient de la réalité d'une culture réactive commune ou qui reconnaîtraient l'émergence d'une nouvelle culture de prévention générale des génocides et des guerres criminelles. Alors, s'il n'est pas possible de parler de culture réactive ou préventive destinée à l'éradication d'un fléau criminel qui n'a rien à voir avec une catastrophe "naturelle", qui n'est aucunement un "*act of God*" ou le résultat d'une force majeure, comment réfléchir à ces atrocités de masse pour s'en prémunir? Comment expliquer ces crimes qui brouillent les frontières entre droit, morale et politique, comme le dit fort justement Garapon?<sup>8</sup> Pourquoi a-t-on toujours des guerres criminelles, ethniques et génocidaires alors que l'on est si unanime à les dénoncer et à vouloir les prévenir?

---

<sup>6</sup> Pierre BOURDIEU, "La codification" dans: *Choses dites*, coll. "Le sens commun", Paris, Les Éditions de Minuit, 1987.

<sup>7</sup> Antoine GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut punir ni pardonner: pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 12.

Nos idées sur la question sont encore à l'état d'esquisses et nos propos, pour les fins de cet article, entremêlent philosophie, morale et droit, et ce, de façon tout à fait impressionniste. Mais pour y voir plus clair, nous formulons l'hypothèse suivante: le processus de qualification de massacres inhumains et effrayants en termes de crimes est encore fortement contrecarré par une logique de guerre; celle-ci rend difficiles la répression et la prévention des massacres inhumains par le moyen du droit international pénal. Nous avons donc choisi d'examiner le processus de dénomination de massacres avec les mots criminels de "génocide" et "d'agression" et de réfléchir à pourquoi il est encore si difficile de qualifier des événements historiques particuliers ainsi.

Le point de départ de nos réflexions a été le rappel récent dans les médias du massacre des Arméniens pendant la première guerre mondiale que les autorités turques actuelles refusent officiellement et obstinément de qualifier de génocide. Elles sont allées même jusqu'à menacer l'un de leurs propres citoyens de répression criminelle, lui qui s'était imposé le devoir personnel de reconnaître publiquement ce génocide et de s'en excuser auprès des Arméniens.<sup>9</sup>

Pourquoi est-ce si facile pour une partie importante de la communauté internationale de qualifier de génocide ce massacre arménien alors que le pays qui en serait l'auteur est toujours incapable de pareillement le nommer? Comment se fait-il que ce qui échappe à l'entendement des Turcs, soit chargé du sens que ce massacre est un génocide pour d'autres? Lorsqu'une guerre ou un conflit violent est d'une atrocité sans nom, l'on dit volontiers que l'impensable ou l'inconcevable est arrivé. Ne pourrait-on pas retourner l'affirmation et suggérer que l'atrocité est survenue parce qu'on ne pouvait pas la penser, la concevoir, la nommer et l'appréhender avec des mots qui aurait donné à cette violence collective d'un peuple sur un autre, un sens immoral, injuste et criminel? La célèbre phrase de Boileau "Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire arrivent aisément" ne comporte-t-elle pas son corollaire: ce qui ne se conçoit pas ne s'énonce pas parce que l'on n'a pas de mots pour le dire?

---

<sup>9</sup> Le célèbre romancier turc Orhan Pamuk a été aux prises avec des accusations criminelles pour avoir contrevenu à un nouvel article du Code pénal turc qui punit de trois à dix ans de prison toute revendication portant sur le génocide arménien. Les accusations ont fait l'objet de retentissement international et finalement, après plusieurs objections juridico-politiques, elles ont été abandonnées en janvier 2006.



Des linguistes prétendent que si un mot n'existe pas, la réalité que ce mot pourrait décrire avec précision n'existe pas et si cette même réalité est cernée avec un autre mot, la capacité de concevoir la réalité autrement qu'avec ce mot est généralement impossible. En 1944, Lemkin<sup>10</sup> invente le terme "génocide" pour décrire l'homicide d'un groupe humain ou d'une partie du genre humain. Sans contredit, voulait-il cerner l'entreprise de liquidation systématique d'un groupe social, d'un peuple, d'une ethnie avec un mot "criminel" et charger d'un sens nouveau une réalité auparavant appréhendée avec le seul vocabulaire de la guerre. Certaines atrocités de la guerre, selon cet inventeur du mot, devaient être dorénavant examinées avec le droit international pénal dont le vocabulaire normatif n'était pas encore fixé et était de toute façon inconnu des peuples et des pays rêvant pourtant de paix perpétuelle et de sécurité internationale au lendemain de la deuxième guerre mondiale.

Aujourd'hui, quand il s'agit d'étudier le phénomène des massacres collectifs contemporains, le concept de Lemkin est devenu un paradigme<sup>11</sup> important utilisé pour circonscrire la pensée et systématiser les connaissances afin de déterminer si un massacre collectif répond à l'ensemble des caractéristiques pour le qualifier de génocide. D'ailleurs, le concept a donné lieu à l'examen rétrospectif de cas historiques pour en faire une lecture nouvelle; on a ainsi parlé de génocide au sujet du massacre des habitants de Mélos par les Grecs au Ve siècle av. J-C, de l'extermination des Amérindiens en Amérique du Nord et, bien entendu, au sujet du massacre des Arméniens lors de la première guerre mondiale.<sup>12</sup> Chose certaine, les massacres survenus en ex-Yougoslavie et au Rwanda ont suscité des opinions qu'il s'agissait de guerres ethniques criminelles et de génocides et ces conclusions ont d'ailleurs été reprises dans l'espace public sans égard à toute validation scientifique ou judiciaire de cette dénomination. Les mots du droit international pénal, soit les crimes de génocide, d'agression, les crimes de guerre et contre l'humanité, acquièrent une réputation d'être dotés d'une puissance symbolique telle qu'ils puissent favoriser l'établissement d'une culture universelle réactive, voire préventive, à l'encontre des massacres inhumains. On aurait de plus en plus

---

<sup>10</sup> Raphaël LEMKIN, *Axis Rules in Occupied Europe*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

<sup>11</sup> Nous nous référons au concept de paradigme selon: T.S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Champs: Flammarion, 1962.

<sup>12</sup> F.R. CHALK et K. JONASSOHN, *The History and Sociology of Genocide: Analysis and Case-Studies*, New Haven: Yale University Press, 1990.

recours à ce vocabulaire parce qu'on lui attribue un potentiel normatif et éducatif qui pourrait contribuer à cette fondation de la solidarité internationale et de la paix.

### **I - Le vocabulaire de la guerre: des mots qui tuent**

Si la communauté internationale veut croire en la transformation de la réalité future et à l'établissement d'une culture de la paix en invoquant la normativité pénale internationale et en y recourant devant des tribunaux, il faut comprendre pourquoi cette transformation du "Réel" par le droit n'est ni évidente au plan politique, ni facile au plan judiciaire. D'abord, nos propos suggèrent une première piste d'explication: il existerait toujours dans les États souverains et chez les peuples de la terre une conviction tenace que leurs propres guerres sont justes et une perception fortement acquise qu'elles ne sont déclenchées qu'en situation de nécessité, de danger imminent et de légitime défense. Indépendamment des avancées de la paix dans des relations internationales, les nations et leurs chefs éprouvent toujours une réelle difficulté de renoncer au pouvoir de faire la guerre, de véritablement le restreindre par le droit, voire de l'abandonner et de régler des conflits autrement que par le recours à la force. Nous choisissons d'examiner cette piste avec les massacres survenus en ex-Yougoslavie et au Rwanda et d'illustrer le difficile passage d'une logique de guerre à une logique de droit pénal qui serait incarnée dans une pratique judiciaire régulière.

#### **a) L'absence de volonté politique de criminaliser la guerre**

Le crime d'agression dont l'existence est reconnue dans le *Traité de Rome*, mais qui est toujours ineffectif, est sans doute le phénomène normatif contemporain qui, au plan symbolique, remettrait le plus sérieusement en cause le pouvoir des États souverains de faire la guerre. Mais jusqu'à ce jour, les intérêts politiques particuliers et divergents des nations sur cette question ont pris le dessus sur l'exercice de trouver une définition générale et universelle à ce crime. Le point de vue d'un État sur la nécessité de faire sa guerre a plus d'une fois empêché la formalisation du crime que le procureur Jackson qualifiait pourtant de crime suprême dans son ouverture du procès Nuremberg.

Faisant par ailleurs référence à la crise yougoslave, Théodore Christakis constate que l'on abuse volontiers de l'expression de crime d'agression en

politique internationale, mais quand il s'agit de lui donner un sens juridique, c'est le désert complet: "...*Ce qui frappe d'emblée dans ce domaine est le contraste absolu entre l'utilisation politique abusive de ce terme, et l'absence de son utilisation juridique par le Conseil de sécurité dans ses résolutions*".<sup>13</sup> L'auteur fait le décompte de l'utilisation abusive du terme agression et de ses épithètes dérivées et il remarque, après plusieurs calculs, que ce mot est utilisé plus de 174 fois en 8 heures lors de la 3367<sup>e</sup> séance du Conseil de sécurité en 1994, et 123 fois lors de la 3370<sup>e</sup> séance...qui n'a duré que 4 heures autour du conflit yougoslave!<sup>14</sup> Ce relevé statistique illustre comment une réalité décrite de la même façon par tout le monde reste néanmoins indéfinissable quand il s'agit de la décrire avec le vocabulaire du droit pénal...Quoi qu'on en dise, l'auteur réel du crime d'agression reste l'État. Outre la question majeure de définir un acte d'essence étatique: fomenter et faire une guerre d'agression, il reste toujours difficile de déterminer comment l'imputer à des personnes physiques par le jeu classique des règles de la responsabilité criminelle individuelle.<sup>15</sup> Les principaux responsables d'une guerre sont chefs d'État (*de jure* ou *de facto*). Comme ils incarnent l'État souverain qui a la prérogative de faire la guerre, il paraît toujours difficile de se défaire de la maxime "*The King can do no wrong*", de rendre les chefs d'État redevables de leurs guerres criminelles en vertu du droit international pénal, de les déchoir de leur immunité de fonction et de les priver de leur historique impunité.<sup>16</sup>

Au moment de l'établissement du Tribunal pénal international pour la ex-Yougoslavie (TPIY), le crime d'agression n'a donc pas fait partie de la liste des crimes internationaux qui auraient été commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Par conséquent, Milosevic n'en a pas été accusé. Si on lit pourtant la narration du conflit de l'ex-Yougoslavie dans la première affaire

---

<sup>13</sup> Théodore CHRISTAKIS, *L'ONU, le Chapitre VII et la crise yougoslave*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 47-60.

<sup>14</sup> *Ibid*, pp. 47-48.

<sup>15</sup> Marie DUME, "Le crime d'agression", chap. 20 publié dans: *Droit international pénal* sous la direction de Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, CEDIN, Paris X, Éditions A. Pedone, 2000.

<sup>16</sup> Martin GALLIE et Hélène DUMONT, "La poursuite des dirigeants en exercice devant un forum national pour des crimes internationaux – Le cas de la France", publié dans les Actes du Colloque "Les premiers pas de la Cour pénale internationale" 2005/02 *Revue juridique d'Auvergne*, Les Presses de l'Université de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, pp. 29-57.

*Tadic*,<sup>17</sup> on fait état de la propagande serbe sur la prétendue légitimité de la reconquête de son territoire injustement perdu, de sa prétention à un droit de représailles pour les offenses passées faites au peuple serbe par les Croates au cours de la deuxième guerre mondiale, puis par les Musulmans (turcs) de l'ancien empire ottoman. Milosevic a légitimé la guerre d'agression auprès de son peuple avec une propagande et un contrôle de l'information dans le but de refaire sa Grande Serbie et les atrocités commises ont été apparemment dirigées contre les peuples qui avaient commis de semblables cruautés sur les Serbes dans le passé. Mais au moment de la création du TPIY, les insuffisances du droit et de la politique internationale au chapitre de l'illégalité de cette guerre et l'absence de consensus sur une définition du crime d'agression ont eu pour effet d'ignorer ce crime et par ricochet, oserions-nous suggérer, de rendre encore plus difficile la condamnation ultérieure de Milosevic pour génocide. En effet, l'idée génocidaire, quant à elle, ne serait pas très éloignée de celle qui a justifié la guerre criminelle d'agression de Milosevic; elle se fonde, elle aussi, sur la croyance d'un peuple ou d'une partie importante de celui-ci en la nécessité de faire sa guerre d'extermination de l'ennemi et la conviction en la justesse de sa cause. La mort de Milosevic, avant la conclusion de son procès, ne peut, dans l'état actuel des choses, qu'accentuer l'incertitude de la qualification criminelle de ses actions politiques qui ont donné lieu à des massacres inhumains et effrayants sur le territoire européen au cours des années 1990.

L'incertitude quant à la qualification de certaines guerres contemporaines en termes criminels ne soulève pas qu'une difficulté juridique et de mise en œuvre judiciaire; elle est aussi le résultat des tergiversations de la pensée occidentale qui s'appuie encore sur un héritage séculaire du pouvoir des États de faire la guerre, de la doctrine de la guerre juste sans cesse renouvelée pour justifier les guerres d'aujourd'hui en droit international public. En effet, la notion philosophique de "cause juste" qui a d'abord servi à restreindre le pouvoir absolu des monarques de faire la guerre puis celui des États, a tout de même engendré un droit moderne de faire la guerre en autorisant les États à la faire à certaines conditions. Le droit de la guerre permettrait encore aux pays les plus puissants de sans

---

<sup>17</sup> *Le Procureur c. Tadic*, jugement du 7 mai 1997 de la Chambre de première instance.

cesse renouveler les justifications légales de leur guerre et de fomenter de nouvelles guerres en toute légalité.<sup>18</sup>

Criminaliser la guerre des serbes yougoslaves dans les années 90.<sup>19</sup> aurait sans doute été un premier pas dans la remise en question ultérieure de la légalité de la guerre des Américains en Afghanistan et en Irak, des Russes en Tchétchénie, de la Chine au Tibet. Les pays siégeant au Conseil de Sécurité l'ont sans doute compris et n'ont pas fait ce premier pas. À l'heure actuelle, le crime d'agression ne semble offrir qu'une rhétorique à la politique internationale pour effectuer un réexamen de guerres d'antan en les requalifiant rétrospectivement en guerres injustes, criminelles ou d'agression, puis pour sélectivement permettre des abus de langage au sujet des massacres africains ou un silence diplomatique à l'égard des guerres fomentés par les pays puissants. Nous assisterions plutôt au retour de la morale dans l'interprétation de l'histoire<sup>20</sup> plutôt qu'au retour de la morale dans l'application du droit.

#### **b) Les mots qui légitiment la guerre criminelle et l'entreprise génocidaire**

Tous les peuples ont des mythes fondateurs et des récits au sujet de leur propre histoire qui sont fortement imbriqués dans leur identité et renvoient à l'image qu'un peuple a de lui-même. On parle ici d'une histoire mémorisée par un peuple et racontée de génération en génération sans le souci de l'"exactitude de l'historien, mais avec le désir de perpétuer des

---

<sup>18</sup> James Turner JOHNSON, *Can Modern War be Just?*, New Haven, Yale University Press, 1984; R. FALK, "Agora: Future Implication of the Irak Conflict: What Future for the UN Charter System of War Prevention?", *The American Society of International Law* (2003) 97 *A.J.I.L.* 590; R. GARNER, "Agora: Future Implication of the Iraq Conflict: Neither Bush nor the Jurisprudes", *The American Society of International Law* (2003) 97 *A.J.I.L.* 585; M. SAPIRO, "Agora: Future Implication of the Irak Conflict: Irak: The Shifting Sands of presumptive Self-Defence", *The American Society of International Law*, (2003) 97 *A.J.I.L.* 599; Michael WALZER, "Words of War: Challenges to the Just War Theory" (2004) *Harvard International Review* 26; Donald WELLS, "How Much Can the 'Just War' Justify?", (1969) 66 *The Journal of Philosophy*, p. 819.

<sup>19</sup> Le crime d'agression est réputé de *jus cogens* en droit international public.

<sup>20</sup> Carlo GINSBURG, *Le juge et l'histoire – Considérations en marge du Procès Sofri*, Paris, Verdier, 1997.

événements réputés glorieux ou ignominieux et de transmettre la croyance en des mythes qui fondent l'identité personnelle d'un groupe à ses yeux et qui, dans certaines circonstances, lui confèrent une cause personnelle ou une raison discutable de faire la guerre à un autre groupe.<sup>21</sup>

### **1. Les mots qui construisent l'idéologie criminelle et génocidaire**

Avant même la destruction d'un groupe, un génocide, c'est une idée. Et cette idée trouve sa légitimité dans le discours d'un pouvoir, dans sa propagande et dans ses actions. L'histoire révèle que les génocides et les guerres ethniques n'arrivent pas inopinément; ces atrocités sont précédées de la diffusion systématique, dans une population, de théories haineuses et racistes qui exaltent auprès des futurs exécutants la nécessité et le bien fondé de cette entreprise et qui invoquent les propres récits fondateurs d'une société pour la faire entrer dans le génocide comme on entre en guerre. Ce forgeage de l'identité dans une histoire mémorisée et mythifiée peut parfois engendrer une pathologie de la mémoire collective d'un peuple et lui donner la motivation requise pour faire une guerre criminelle et génocidaire aux yeux de tous. C'est peut-être ce qui est arrivé à la mémoire du peuple *hutu* au moment du génocide rwandais. Un semblable dérèglement pourrait avoir animé les génocidaires en Bosnie. Cette propagande qui provoque l'équivalent d'un désordre mental collectif, est, chaque fois, l'oeuvre du pouvoir, détenteur et producteur du droit. C'est en outre celui-ci qui est utilisé dans la mise en oeuvre même du génocide".<sup>22</sup> La propagande du pouvoir contient elle-même une dimension juridique en ce qu'elle présente nécessairement la norme comme contenant l'autorisation de faire disparaître un groupe ethnique ou une population ennemie. D'ailleurs la propagande et le droit, exigent, de façon commune, temps et répétition. Un génocide n'est en réalité aucunement le brusque déclenchement d'une hypothétique folie meurtrière, il est le résultat d'un long processus organisé et la loi lui sert d'instrument de persuasion. "La

---

<sup>21</sup> Tzétan TODOROV, "Ni banalisation, ni sacralisation. Du bon ou du mauvais usage de la mémoire", *Le Monde diplomatique*, Avril 2001, pp. 10-11 (en ligne sur: <http://www.monde-diplomatique.fr/2001/04/TODOROV/15047>).

<sup>22</sup> Jacques FIERENS, "La qualification de génocide devant le tribunal pénal international pour le Rwanda et devant les juridictions rwandaises", (2001) *Revue de droit pénal et de criminologie* 181-189, paru aussi sur le site de Droits fondamentaux, 26 août 2002.

figure juridique de l'État est ainsi confisquée par un pouvoir, un parti, un mouvement au service d'une entreprise criminelle et génocidaire".<sup>23</sup>

En somme, le point de départ d'un génocide peut être un exercice collectif stimulé par des chefs d'une société qui consiste à légitimer politiquement, militairement, culturellement, religieusement et poétiquement sa guerre criminelle. Aujourd'hui, il est difficile de comprendre pourquoi une société donnée peut s'adonner à autant d'atrocités que nous jugeons être un génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. En faisant une enquête au sujet des exercices de légitimation d'un génocide particulier, nous pouvons commencer à comprendre pourquoi, par exemple, il y a eu non seulement plusieurs victimes mais surtout plusieurs criminels (exécutants) dans le génocide rwandais. Pour avoir près d'un million de victimes, des ennemis aux yeux des agresseurs, il a fallu des centaines de milliers de donneurs d'ordres, passeurs d'ordres et exécutants.<sup>24</sup> Les exercices de légitimation du génocide rwandais ont opéré comme s'il s'agissait de promouvoir l'idée d'une guerre juste et justifiée par l'allégation d'un véritable danger de mort pour tout le groupe s'il ne prenait pas les devants dans le projet d'extermination. L'atrocité s'est alors présentée comme un devoir et un travail nécessaire.<sup>25</sup> Ajoutez à cela, la division ethnique (*Hutu/Tutsi*) qui se présentait aussi comme une division de classe, la guerre totale contre la minorité *tutsie*, la classe plus aisée, pouvait être représentée comme une guerre de libération du joug des tyrans ou comme une guerre défensive contre le danger de disparition des *Hutus* faibles si on n'exterminait pas les *Tutsis* puissants.

Ce sont par conséquent les fabricants de ces exercices de légitimation qui sont les plus importants responsables des atrocités du génocide rwandais, et qui sont les plus à blâmer, s'il s'agit de parler en termes de responsabilité criminelle. C'est d'ailleurs à leur sujet que l'on peut mieux concevoir une culpabilité morale et à l'encontre desquels l'on doit manifester une volonté d'attribuer une responsabilité criminelle. C'est la raison pour laquelle il paraissait plus important aux yeux de l'opinion publique internationale de poursuivre les gouvernants et les plus hauts placés dans la société génocidaire. Il s'agissait de recourir à la force symbolique du droit pénal pour attester de l'existence d'une criminalité de

---

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Ce chiffre est de plus en plus souvent avancé dans les rapports provenant des instances onusiennes ou des ONG, dont: Amnistie Internationale, Human Rights Watch et Penal Reform International.

<sup>25</sup> Jean HATZFELD, *Une saison de machettes*, Paris, Seuil, 2003.

système au plan national et pour fixer par la suite le caractère criminel de leurs actions politiques dans l'ordre juridique et judiciaire international. Dans le cas du Rwanda, il importait donc de viser les chefs politiques et militaires qui avaient construit la légitimité du message d'extermination des *Tutsis*, les membres des médias qui avaient propagé la haine raciale des *Tutsis* à la radio des mille collines en les qualifiant de cancrelats, les religieux qui avaient présenté le massacre comme un devoir moral. Ces poursuites criminelles internationales sont censées incarner cette entreprise juridique qui consiste tout spécialement à arrêter le pouvoir criminel étatique par le droit international répressif.

## 2. De la parole aux actes

Avec tout cet exercice concerté de légitimation de l'extermination des *Tutsis*, il est cependant impossible de se représenter la masse des exécutants comme des criminels ordinaires au sens traditionnel du droit pénal, comme une masse de personnes qui ont toute conscience de mal agir et agissent mal. Hannah Arendt a écrit un livre pour tenter de comprendre la *Shoah* et parle de banalité du mal.<sup>26</sup> Ici, nous sommes confrontés à un dilemme devant ces crimes en nombre si grand, qu'on ne puisse les juger, ni les pardonner.<sup>27</sup> D'un côté, il peut être plus salutaire de faire un exercice de vérité et de compréhension sur le génocide afin de savoir comment cela a-t-il pu arriver et d'amnistier les moindres responsables car, ce qu'il faut pour l'avenir, c'est aussi reconstruire les croyances qui fondent l'identité d'une nation et la solidarité des individus qui la composent. Par conséquent, il ne faut pas dévaluer le caractère utile du pardon à l'endroit des simples exécutants s'il favorise la réconciliation, la reconstitution d'une vérité plus exacte sur les événements historiques criminels et la narration plus fidèle des récits qui fonderont les raisons de vivre ensemble à nouveau.

D'un autre côté, la nécessité de poursuivre des responsables intermédiaires, voire des exécutants s'impose et ce, à double titre. Premièrement, si le génocide rwandais est expliqué comme étant le résultat d'une criminalité de système<sup>28</sup> et impose la nécessité de poursuivre les

---

<sup>26</sup> Hannah ARENDT, *Eichman à Jérusalem: rapport sur la banalité du mal*, Paris, Gallimard, 1963.

<sup>27</sup> Antoine GARAPON, *op. cit.*, note 7.

<sup>28</sup> Hervé ASCENSIO, "Crimes de masse et responsabilité individuelle", publié dans: *Le Tribunal pénal international de La Haye: le droit à l'épreuve de la purification ethnique*, Ouvrage collectif, L'Harmattan, 2000, p. 136: "La



gouvernants, il reste difficile de construire leur responsabilité pénale individuelle au plan juridique et judiciaire sans devoir incriminer des intermédiaires et des exécutants. La criminalité des derniers illustre qu'ils ont opéré à l'intérieur d'un système criminel ou, selon les cas, conformément à un plan d'agression, d'extermination ou de purification ethnique des premiers. Ce sont ces actes d'accusations particuliers contre des intermédiaires et des exécutants qui constituent les "éléments qui permettent de remonter vers la responsabilité des gouvernants".<sup>29</sup> Deuxièmement, si le génocide est expliqué comme étant aussi le résultat d'une criminalité d'avoisnants,<sup>30</sup> les victimes survivantes et les rescapées du génocide et de crimes contre l'humanité qui ont été violées, torturées et qui ont vu leurs proches mitraillés ou coupés à la machette, se représentent les génocidaires plus facilement en exécutants des crimes dont elles ont été les victimes immédiates qu'en planificateurs des mêmes crimes, mais qui, dans les faits, n'ont pas de sang sur les mains. Les victimes tiennent à l'incrimination spécifique des exécutants.

Mais combien de poursuites criminelles faut-il tenter pour liquider le génocide rwandais au moyen du droit international pénal, que ce soit avec le TPIR, les tribunaux nationaux et les juridictions *gacaca*? L'analyse du génocide avec la seule loupe du droit pénal ne comporte-t-elle pas le risque de stigmatiser trop de Rwandais dans le statut définitif de génocidaires et d'en faire une caractéristique identitaire indélébile dans le futur? Nous n'avons pas encore de réponse à cette question, mais le nombre de poursuites envisagées devant les juridictions *gacaca* a de quoi laisser perplexe.<sup>31</sup> Peut-on même penser que le gouvernement en place de Kagame serait animé de la tentation de créer un nouveau stigmaté pour toute la communauté *hutue* du Rwanda et de faire ainsi oublier les crimes

---

réponse du droit pénal international aux crimes de masse est centrée sur la notion de criminalité de système. Les individus sont poursuivis en tant qu'ils prennent place dans ce système [...] Une juridiction internationale ne remplirait pas sa fonction si elle devait se contenter de juger des exécutants pour des crimes spécifiques alors que les infractions les plus graves ont été élaborées afin de sanctionner les responsables de l'ensemble du processus criminel, c'est-à-dire principalement les gouvernants".

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>30</sup> Jean HATZFELD, *Dans le nu de la vie: récits des marais rwandais*, Paris, Seuil, 2000.

<sup>31</sup> William SCHABAS soulève aussi cette question et s'en inquiète dans: "Genocide Trials and Gacaca Courts", (1905) 3(4) *Journal of International Criminal Justice*, pp. 879-895.

contre l'humanité qui ont accompagné son retour au pouvoir? Faut-il rappeler le bras de fer qui s'est engagé entre le bureau du procureur et le gouvernement de Kigali lorsqu'il s'est agi de traduire en justice devant le TPIR des membres de l'armée du FPR pour des violations graves du droit humanitaire?<sup>32</sup>

Pour conclure ce développement, nous choisissons de faire un parallèle entre la guerre criminelle d'agression et le génocide pour mieux mettre en lumière deux phénomènes semblables qui peuvent expliquer des massacres innommables et insensés qu'un peuple inflige à un autre peuple tantôt dans une guerre d'agression, tantôt dans un génocide: 1° un peuple, de manière erratique, peut prendre le sentier de la guerre criminelle en raison de sa colère délirante et parce que son *ego* collectif a été traumatisé dans le passé et est exacerbé pathologiquement depuis; 2° un peuple peut causer un génocide en raison de sa peur morbide du voisin et parce que l'image de ce voisin a été dénaturée par une propagande perverse tissée à même de ses récits fondateurs et lui en a fabriqué une vision diabolique, une conviction qu'il est un étranger illégitime sur le territoire et un ennemi qu'il faut détruire. Tout compte fait, les guerres criminelles et génocidaires n'auraient-elles pas plus à voir avec les sentiments irrationnels collectifs d'un peuple et que l'on chercherait à occulter derrière la "Raison d'État"?...

## **II - Les mots du droit international pénal: des mots qui peuvent ou ne peuvent pas rester lettres mortes?**

*"Le droit international repose sur le modèle du combat, de la guerre et de la réconciliation, le droit pénal sur celui de la transgression, de la justice et de l'expiation. D'où l'affrontement de deux logiques – le discours moral et punitif du droit pénal d'une part, la raison pragmatique et réparatrice du droit international de l'autre".<sup>33</sup>*

La réalité post conflit s'exprime souvent pour les sociétés qui ont connu les traumatismes de d'une guerre criminelle ou génocidaire par le dilemme qui consiste à choisir entre le droit pénal qui juge le passé et stigmatise le

---

<sup>32</sup> Muriel PARADELLE, Hélène DUMONT et Anne-Marie BOISVERT, "Quelle justice pour quelle réconciliation? Le tribunal pénal international pour le Rwanda et le jugement de génocide", (2005) 50/2 *Revue de droit de McGill* 359-413, p. 401.

<sup>33</sup> Antoine GARAPON, *op. cit.*, note 7, p. 52.

futur d'une part et le traité de paix ou de concorde civile qui organise le futur et oblitère le passé d'autre part. Même si la voie judiciaire pénale est choisie et consiste à juger des individus pour des crimes internationaux, dont le génocide, comme on a choisi de le faire au Rwanda à la fois avec le TPIR, les tribunaux nationaux et les juridictions *gacaca*, cette solution reste toujours tributaire d'une logique de guerre qui rend l'attribution des responsabilités individuelles difficiles en vertu du droit pénal.

Pour comprendre un peu mieux le phénomène que les auteurs d'atrocités dans un génocide ou dans une guerre criminelle s'y adonnent sans sursaut moral, l'on doit revenir sur la réalité de la guerre et comprendre que la symbolique de la guerre et la symbolique du crime se ressemblent étrangement mais s'opposent radicalement.

#### **a) La noblesse des mots de la guerre**

On dit encore aujourd'hui que le soldat meurt au champ d'honneur, ce qu'il fait est d'emblée héroïque; il le fait d'ailleurs par devoir à sa patrie, il est par conséquent difficile pour lui de s'imaginer mal faire. Ce qu'il fait sur le champ de bataille est exalté comme un acte de courage et d'honneur et son droit personnel de tuer à la guerre est hissé au rang de devoir collectif.<sup>34</sup> Le crime de guerre va prendre des siècles à émerger des actes de déshonneur sur le champ de bataille et le crime entraînera lui-même le déshonneur. Il sera d'abord une faute d'honneur appréhendée par le code militaire et la sanction pour la faute d'honneur en est une de dégradation militaire, de perte de statut. Le guerrier répréhensible perd les signes distinctifs relatifs à l'honneur (perte de rang, perte de médailles et ultimement mort dans la déchéance de son rang). Le Code d'honneur est d'abord une façon noble de faire la guerre et une manière noble de tuer. Lorsque tuer est autorisé et procède à la fois du droit et du devoir, il est absolument nécessaire de conserver à cette activité contre nature (contre l'instinct de préservation) tous les symboles du geste noble, en termes modernes, tous les attributs du geste éthiquement légitimé et juridiquement autorisé.

L'histoire contemporaine illustre que l'on trouve toujours nécessaire d'élaborer une construction juridico-politique et une justification éthique

---

<sup>34</sup> La guerre de Troie racontée par Homère dans l'Illiade est emblématique à cet égard et constitue un récit fondateur du berceau de la civilisation occidentale. Voir aussi GUILLEBAUD, *op. cit.*, note 3.

parallèle autour d'une guerre.<sup>35</sup> On poserait toujours la question de la légitimité et du bien fondé de la guerre en termes de droit et d'éthique. Aujourd'hui, le droit et l'éthique ne font que renouveler la doctrine de la guerre juste au regard des valeurs occidentales ou au regard de l'idéologie juridique dominante. Le droit de faire la guerre est intimement lié à l'autorité qui a le pouvoir de la faire. Le devoir de la faire est intimement lié aux chefs militaires, soldats et guerriers qui doivent la faire dans l'honneur. L'autorité est celle qui invoque la juste cause et l'intention juste. L'exécutant est celui qui adhère à la juste cause et qui doit la défendre dans l'honneur. Depuis la seconde guerre mondiale, on assisterait cependant à une perte de légitimité du pouvoir de faire la guerre en ce que les autorités qui sont investies de ce pouvoir verraient leur exercice critiqué par un droit international public officiellement axé sur les relations amicales entre États. L'opinion publique internationale, quant à elle, véhiculerait une nouvelle morale humanitaire en vertu de laquelle toutes les guerres sont déshonorantes dans la mesure où leurs victimes ne sont plus des soldats morts sur le champ d'honneur mais des civils non combattants, des femmes et des enfants. En bref, la guerre perd de plus en plus ses références nobles et le droit et la morale internationale y seraient pour quelque chose.

## **b) Les mots déshonorants du droit pénal**

En effet, l'une des plus grandes forces symboliques du droit international pénal contemporain consisterait par conséquent à faire prévaloir une nouvelle construction éthique édifiée autour des valeurs de paix et de sécurité internationale et qui consiste à interdire généralement le recours à la force dans le règlement des conflits internes et internationaux. Dans cette nouvelle construction juridique et éthique, il y a l'expression d'une volonté de rupture avec la conception de la guerre noble et avec tous les symboles moraux et juridiques traditionnels de la guerre juste. Plus encore, le droit international pénal est proposé comme solution pour produire cette rupture radicale avec l'ordre ancien et pour obliger des

---

<sup>35</sup> Soixante intellectuels américains, enseignants pour la plupart dans les plus prestigieuses universités des États-Unis, ont signé une "Lettre d'Amérique" qui a été publiée en français dans le *Journal Le Monde* du 15 février 2002 sous le titre "La lettre d'Amérique, les raisons d'un combat". Ils expliquent et justifient l'engagement de leur pays dans la guerre qui a suivi les attentats du 11 septembre 2001.

sociétés qui ont fait récemment des guerres criminelles et génocidaires à effectuer de façon instantanée la transformation du sens de leur propre guerre. L'une des manières rapides de faire cette opération consisterait à juger leurs plus hauts responsables de conflits historiques et à reconstruire le sens de leurs conflits et de leurs guerres à partir d'une logique pénale et à les réexaminer à travers le prisme du droit international humanitaire et des droits de l'Homme. La rupture avec l'ordre juridico moral ancien s'incarnerait alors dans des procès qui consistent à transformer des héros de guerre en criminels de guerre.<sup>36</sup> Nuremberg aurait eu cette puissance symbolique au point où l'histoire officielle des Allemands ne peut plus se permettre d'honorer la mémoire de leurs chefs politiques et militaires nazis de la deuxième guerre mondiale. Comme nous l'avons déjà souligné, il y aurait une sorte de retour forcé de la morale ou du jugement dans l'histoire par l'interposition du droit international pénal.<sup>37</sup>

Dans le conflit de l'ex-Yougoslavie, certains chefs militaires criminels ont toujours conservé une réputation de héros de guerre aux yeux de leurs compatriotes, ce qui a donné lieu au blocage politique et populaire de leur remise au TPIY. Encore récemment, la procureure Carla Del Ponte critiquait avec véhémence le fait qu'un accusé croate ait été gardé par l'Église catholique en Croatie et en a fait le reproche au pape Benoît XVI.<sup>38</sup> Et que dire de la non remise de Mladic et de Karadic, que dire des crimes des "révolutionnaires" *Tutsis* redevenus puissants au Rwanda et dans les pays voisins qui ont leur génocide comme fond de commerce et rempart à leur personnelle et actuelle impunité!...

---

<sup>36</sup> Ana BIJELIC, Hélène DUMONT et Anne-Marie BOISVERT, "Le système de justice des pays de l'ex-Yougoslavie et les défis de la justice pénale internationale" publié dans: *La voie vers la Cour pénale internationale: tous les chemins mènent à Rome/ The Highway to the International Court: All Roads Lead to Rome*, Les Journées Maximilien Caron, sous la direction de Hélène DUMONT et Anne-Marie BOISVERT, Montréal, Les Éditions Thémis, 2004, pp. 255-313.

<sup>37</sup> GINSBURG, *op. cit.*, note 20.

<sup>38</sup> BIJELIC, DUMONT et BOISVERT, *op. cit.*, note 36, p. 279: voir nos propos au sujet du Croate Gotovina mis en accusation par le TPIY (IT-01-45-1) pour son implication dans l'opération Tempête et qui a échappé jusqu'à tout récemment à la justice du TPIY avec sans doute la connivence des autorités croates. Voir la Presse, mercredi 21 septembre 2005 (texte de Isabelle Hachey intitulé: Le Vatican accusé de protéger un criminel de guerre).

### **c) Le non sens, le déni du crime et la culpabilité**

La conception du droit et du devoir de faire la guerre peut cependant nous aider à comprendre pourquoi il peut être encore difficile pour des belligérants contemporains de concevoir la guerre et les atrocités de la guerre en termes criminels et d'entretenir des sentiments de culpabilité collectifs et individuels pour des massacres que l'on qualifie aujourd'hui de guerres illégales et de génocides. Le crime de génocide est commensurable seulement dans l'identification d'actes personnels ou inactions individuelles répréhensibles dans l'exécution organisée du crime collectif et dans la reconnaissance d'une intention criminelle pour chacun de la masse des participants.

Or, croire que ceux qui font la guerre ou participent à un génocide en dehors du droit international public savent et se perçoivent facilement en combattants illégaux et en vulgaires criminels, c'est se méprendre sur l'état d'esprit qui anime les guerriers et les va-t-en guerre! Il est rare lorsque des chefs déclenchent une guerre, même celle que la communauté internationale dans son ensemble réproouve sans équivoque, que l'on assiste à un refus généralisé d'obéir de la société sous la gouverne de tels chefs ou à des actes de désobéissance à l'encontre de ces autorités. Un fait s'impose: la logique pénale ne fonctionne pas très bien même si le droit international pénal interdit la guerre d'agression et le génocide et les érige en crimes internationaux.

Il faut de nombreux changements de mentalités dans une société particulière qui fait sa guerre juste ou sa guerre de nécessité ou de légitime défense pour la convaincre du caractère illégal de sa guerre et du caractère criminel de ses actions dans cette guerre qui ressemblent à celles qui ont été systématiquement laissées impunies dans les guerres passées. Pourquoi en serait-il autrement pour un État ou un peuple particulier qui reproduit dans sa guerre contre un ancien ennemi ce que ce dernier lui a déjà fait hier impunément? Pourquoi un chef d'État serait-il devenu aujourd'hui répréhensible de recourir pour son peuple et au nom de son peuple, à sa plus ancienne prérogative?

Un autre phénomène troublant concernant les criminels de guerre et les génocidaires quand on essaie de comprendre leurs crimes de masse et l'horreur qu'ils suscitent, c'est d'observer à quel point ces criminels n'entretiennent généralement aucune culpabilité subjective et se perçoivent dans la poursuite d'une cause juste ou d'une urgente nécessité. Cette attitude est même souvent maintenue au procès, leur argument étant qu'ils étaient justifiés ou forcés d'agir. Pour les responsables du génocide rwandais, leur arrestation après plus de 800.000 morts, peut s'expliquer par

le fait qu'ils ont perdu la guerre contre l'ennemi; cela fait en sorte que leur guerre a été une entreprise ratée: ils n'ont pas réussi leur guerre d'extermination des *Tutsis*. Et combien de criminels poursuivis sont toujours convaincus du bien fondé de la maxime du droit romain: *quod licet jovi non licet bovi*?<sup>39</sup> Dans une guerre, il n'y a pas "les bons" et "les méchants". En tout cas, les protagonistes ne se perçoivent aucunement en "méchants"! Mais après la victoire, les vainqueurs n'hésitent pas à se proclamer "les bons" et à montrer les vaincus comme étant "Les méchants".

Des *Hutus* détenus dans la prison d'Arusha et interviewés par Jean Hatzfeld<sup>40</sup> révèlent qu'ils n'entretiennent aucun sentiment de culpabilité même après la dénonciation du génocide par toute la communauté internationale. Ils continuent de voir les choses autrement et ont de la difficulté à voir leur réalité comme les autres la voient (c'est-à-dire comme un génocide). Ils n'étaient même pas inconfortables pendant le massacre: ils travaillaient, mangeaient mieux qu'auparavant, avaient plus de biens qu'avant, résultat de leur pillage. Ce qui nous apparaît de l'inhumanité extrême a été vécu presque sans sursaut moral de la part des exécutants. Comment est-ce possible? En état de guerre, une autre réalité s'impose, la norme: c'est tuer. Ceux qui la font ont l'autorisation de tuer l'ennemi, il est par conséquent difficile de se percevoir comme ayant mal agi à l'encontre de l'ennemi. Tuer l'ennemi participe du droit de se défendre collectivement; ce droit est autorisé par les chefs et se présente comme un devoir ou une obligation collective qui a été légitimée par un discours des chefs qui explique la nécessité de la guerre. Tuer étant devenu une obligation politique, morale et justifiée et une nécessité impérieuse pour les belligérants, le phénomène des atrocités survenant lors d'une guerre, ne peut être mal. Si l'on ajoute que la guerre a été précédée d'un exercice de légitimation de celle-ci par les chefs, à savoir qu'il était nécessaire de faire la guerre à un ennemi qui était dangereux pour le groupe (sinon l'ennemi prendra notre terre, nos biens, notre âme...), ou qu'il fallait éliminer ce qui est nuisible au confort du groupe (il faut écraser les *Tutsis* comme les cancrelats dans nos maisons), ou qu'il fallait détruire ce groupe pour ne pas

---

<sup>39</sup> Cherif BASSIOUNI, "International Criminal Investigations and Prosecutions: From Versailles to Rwanda", publié dans *International Criminal Law: Enforcement*, sous la direction de Cherif BASSIOUNI, vol.3, 2e éd., New York, Transnational Publishers, 1999, 31-86, p. 63: "What is lawful for victors is not unlawful for vanquished".

<sup>40</sup> Jean HATZFELD, *Une saison de machettes*, Paris, Seuil, 2003.

avilir ou salir ce que l'on est (le *Tutsi* n'est pas "un juste" comme nous). En d'autres mots, si l'exercice de légitimation a consisté à présenter l'ennemi (les victimes pour la communauté internationale) comme le mal ou le danger absolu, le combattant voit malheureusement sa guerre et le génocide d'un tout autre œil. Et le sens de sa guerre nous est inintelligible.

En somme, la guerre se présente comme ayant les mêmes caractéristiques que la norme pénale, mais de façon inversée: la guerre est permise comme le crime est défendu. Les belligérants respectent donc la norme impérative (élaborée en termes d'obligation de respect). Les criminels de guerre ou d'une entreprise génocidaire seraient plutôt des obéissants au lieu d'être des déviants comme on se représente volontiers les criminels. Examiner l'état d'esprit des belligérants et le très grand nombre de crimes à partir de cette observation, c'est offrir un début d'explication sur ce phénomène particulier d'un si grand nombre de crimes, des comportements conformes à la norme en temps de guerre, et d'une si grande dénégation générale et individuelle de culpabilité. C'est par conséquent seulement dans le rétablissement durable et généralisé de la paix que l'on peut énoncer et promouvoir la norme générale que tuer, c'est criminel.

Adhérer à l'idée que des massacres sans nom et inqualifiables constituent un crime d'agression ou un génocide d'un peuple sur un autre, exige finalement plus que l'adoption d'une définition juridique de l'agression et du génocide. Il faut se distancer de plusieurs siècles d'histoire qui ont exalté la guerre en termes de devoir collectif, de noblesse guerrière et de courage individuel et il faut reconstruire la vérité historique de plusieurs conflits aux yeux de plusieurs peuples. À court terme aussi, cela demande de démystifier la rhétorique d'un droit international public soi-disant humanitaire qui met un baume sur la mauvaise conscience de la communauté internationale, mais qui sélectionne les criminels seulement du côté des vaincus ou des pays "impuissants". Il ne peut être question d'une justice qui penche que d'un seul côté et qui offre "deux poids, deux mesures". Les mots du droit pénal international doivent promouvoir une justice internationale indépendante et impartiale qui poursuit indistinctement les crimes des uns et des autres. C'est à cette condition que ce droit travaille à l'édification de la paix. Mais, cela prend du temps pour transformer des cultures et des civilisations qui se sont bâties sur la guerre afin qu'elles se développent sur une nouvelle fondation de paix. Mais assurément, les mots du droit international pénal s'ils deviennent réellement d'application générale et universelle, peuvent jouer un rôle de puissant levier.



## SUMMARY

*The Author notes that the process of defining collective and inhuman massacres in criminal justice terms is counterbalanced, today, by a logic of war which hinders the enforcement of international criminal law. The article examines how the terms “agression” and “genocide” came to be used in order to define the massacres in former Yugoslavia and Rwanda and explores how the notions of war and crime affect the perception of real acts. The study offers some explanation as to why it is difficult, both on a political and a legal/judicial level, to achieve an international criminal justice system which will work towards peace and security for all peoples.*

## RESUMEN

El Autor observa que el proceso de calificación de las masacres colectivas e inhumanas en términos criminales actualmente siempre resulta obstaculizado por una lógica de guerra que dificulta la aplicación del derecho penal internacional. El artículo examina los procesos de denominación de las masacres que se llevaron a cabo en ex-Yugoslavia y en Ruanda con palabras como “agresión” y “genocidio” y explora como las nociones de guerra y de crimen afectan de forma muy distinta a la percepción de su realidad. El estudio ofrece algunas explicaciones de las razones por las que tanto en el ámbito político como en el ámbito jurídico y judicial no es evidente ni fácil que la justicia penal internacional esté al servicio de la paz y de la seguridad humana.

**deve rimanere bianca**

# Criminalidad y Contexto Urbano en España\*

por

LUIS ARROYO ZAPATERO

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale

## Introducción

España ha experimentado en los últimos treinta años, con la instauración de la democracia, en 1978, un espectacular proceso de desarrollo y modernización económica, social e institucional. Desde 1980 el PIB per cápita de los españoles ha pasado de unos 5.000 a alrededor de 20.000 dólares. Se ha multiplicado por tres el número de estudiantes universitarios, pasando de 500.000 en 1980 a 1.500.000 en 2004. De apenas 38 millones de visitantes extranjeros en 1978 se ha llegado a más de 82 millones a lo largo de 2003. Valgan tales datos para expresar en pocos parámetros el grado de cambios producidos.<sup>1</sup>

También el crimen ha experimentado en estos 20 años un notable incremento, lo que se vincula de modo natural al de la propia actividad social, así como a los fenómenos de la movilidad que acompañan a la globalización y a la desaparición de fronteras.<sup>2</sup>

---

\* Versión española revisada y puesta al día, sin cuadros estadísticos, del texto publicado en *Current Issues in International Crime Prevention and Criminal Justice. Papers from the Ancillary Meetings held within the framework of the United Nations Eleventh Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Bangkok, 18-25 April 2005*, by Jay Albanese (Ed.), ISPAC, Milan, 2005.

<sup>1</sup> Vid. Anuario *El País*, 2005.

<sup>2</sup> La relación entre el incremento del PIB y el de la criminalidad fue puesto de relieve ya en 1990 por Jan J. M. VAN DIJK, cit. por PIERRE-HENRI BOLLE, *Dimensions, formes et évolution de la criminalité en Europe*, en: *Mélanges en*

Una síntesis de los rasgos más característicos de la criminalidad en España a comienzos del nuevo siglo se puede expresar con la referencia a los datos generales de la evolución de la criminalidad y a lo que pueden ser los aspectos más singulares de la misma en España: relación muy preponderante de los delitos contra la propiedad respecto de los delitos contra las personas, el fenómeno del terrorismo interno y externo, el tráfico de drogas, la criminalidad organizada y la violencia de género.

Después de ello se informará sobre las dificultades para la implementación de una política general e integrada de seguridad pública (II), para terminar con una descripción del “modelo Barcelona” de seguridad pública (III).

## **I - Evolución de la criminalidad en España. Rasgos particulares**

### **1. Evolución general**

Con una población de 42.717.064 millones de habitantes en 2003 la criminalidad detectada alcanzó las 1.932.463 infracciones penales, de las cuales 955.802 son infracciones penales constitutivas de delito, es decir, no leves o contravencionales, que en España toman el nombre de faltas. La criminalidad se multiplicó por cuatro entre los años 1980 y 1987, para mantenerse relativamente estable con muy ligero crecimiento en los años posteriores, con un aumento relevante de 2000 a 2002 y una reducción a partir de 2003.

El conjunto de la criminalidad sigue ofreciendo las características tradicionales, con un peso muy preponderante de la delincuencia contra el patrimonio: el 85,8% de ese total son delitos contra el patrimonio y sólo un 2,8% son delitos de violencia contra las personas. Se aprecia en los últimos años un incremento de estos últimos que viene a expresar un incremento absoluto y relativo de las conductas violentas.

---

*l'honneur de François Knoepfler*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2005, p. 472.

## **2. Delitos contra las personas y homicidios**

La tendencia indicada puede expresarse en la evolución de las cifras de homicidios de 663 en 1993 a 1.162 en 2003, cifra última que representa una tasa de 2,8 homicidios por 100.000 habitantes.<sup>3</sup> Bien es cierto que buena parte de ese incremento de homicidios la información policial lo imputa “a los ajustes de cuentas” dentro del propio espacio del crimen organizado internacional recientemente establecido en España.

## **3. Evolución de la criminalidad organizada**

También resulta de interés el incremento reciente del crimen organizado establecido en España, tanto de carácter nacional como internacional, lo que se expresa en las cifras de grupos organizados conocidos y del número de integrantes. Interesa el número de hechos detectados de lavado de dinero, lo que parece ser la primera reacción policial relevante tras la instalación y asentamiento del crimen organizado internacional.<sup>4</sup>

## **4. El terrorismo en España**

El rasgo característico y más trágico de la criminalidad en España es la pervivencia del terrorismo interno vinculado a la organización independentista ETA, que opera en todo el territorio español, aunque su base se encuentra en el País Vasco, que conviene saber que es una región dotada de Gobierno Autónomo, de tipo federal, con una población de 2.112.204 habitantes, políticamente dividida al 50% entre nacionalistas y no nacionalistas.

Mientras que las demás organizaciones terroristas de los 70 fueron desarticuladas y han desaparecido, la organización terrorista ETA ha producido más de 900 asesinatos en sus 30 años de vida. Su actividad

---

<sup>3</sup> Vid. C. RECHEA ALBEROLA, E. FERNÁNDEZ MOLINA, M. J. BENÍTEZ JIMÉNEZ, *Tendencias sociales y delincuencia, Centro de investigación en Criminología*, Informe nº 11 (2004), <http://www.uclm.es/criminología/pdf/11-2004.pdf>.

<sup>4</sup> En 2003 los grupos conocidos eran 542, de los cuales 344 se habían formado – y 351 habían sido desarticulados – en el año anterior, estimándose en 190 la cifra de grupos activos, vid. *Criminalidad organizada 2003*, Ministerio del Interior.

comenzó a decaer con el inicio y perfeccionamiento de cooperación policial y judicial entre España y Francia, país vecino de la Región Vasca que albergaba las bases y agentes de la organización terrorista.<sup>5</sup> El efecto más notable de la acción terrorista es el sometimiento de la sociedad vasca a una intensa opresión, proyectada sobre todo sobre el 50% de la población no nacionalista, cuyos dirigentes políticos o intelectuales, periodistas o profesores universitarios de cualquier nivel viven bajo amenaza permanente, pero también sobre los nacionalistas que no se pliegan a sus requerimientos, especialmente al pago del “impuesto revolucionario”, como ocurrió con el asesinato del propio presidente de la confederación empresarial vasca y destacado nacionalista. De modo específicamente regional se produce como complemento de la acción terrorista directa una acción en las ciudades del País Vasco orientada a complementar el terror mediante el ejercicio de violencia contra las personas y bienes, en forma de vandalismo callejero del más alto nivel.<sup>6</sup>

Es entre los jóvenes del vandalismo de donde ETA obtiene la reposición de sus militantes. A la acción policial se sumó una reforma del Código penal que incrementó las penas de los hechos de vandalismo cuanto tuvieren esta orientación de generar terror en la vida ciudadana. Lo que a tenor de la notable reducción de número de hechos de esta clase parece haber resultado eficaz.

Además de la acción policial y normativa ha sido relevante en la lucha contra el terrorismo de ETA la acción de protesta ciudadana, especialmente de las víctimas, tanto de los delitos en sí como de la opresión del terror. Así, en palabras de Fernando Savater<sup>7</sup> pronunciadas ante el Parlamento Europeo con ocasión de la concesión del Premio *Sajarov* a la “Plataforma Ciudadana ¡Basta Ya!”: “Hemos salido a la calle y hemos alzado nuestras voces porque estamos convencidos de que, cuando la democracia está en peligro, los ciudadanos no pueden refugiarse en su anonimato y esperar mansamente a que todo se resuelva en las altas esferas del poder político. No queremos sustituir a las instituciones legítimamente establecidas sino urgirlas a que protejan nuestros derechos y nuestras libertades sin concesiones al terror. Nos hemos movilizado, señoras y señores

---

<sup>5</sup> Vid. Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, España 2003.

<sup>6</sup> Vid. J.M. BENEGAS, *Diccionario del terrorismo*, Ed. Espasa, Madrid 2004. F. REINARES, *Patriotas de la muerte. Quienes han militado en ETA y por qué*, Edit. Taurus, Madrid 2001.

<sup>7</sup> Profesor de Ética y Filosofía, portavoz de la Plataforma Ciudadana “¡Basta Ya!”.

parlamentarios, por solidaridad con las víctimas del fanatismo ideológico asesino y también en defensa propia contra él.”

Con el atentado de Madrid del 11 de marzo de 2004 hizo aparición en España el terrorismo islamista, cuya presencia había comenzado a detectarse tras el 11 de septiembre, con motivo de descubrirse policialmente y someterse a intervención judicial agentes de Al Qaeda con bases en España amparados en la relevante población originaria fundamentalmente del Magreb, lo que ha abierto una nueva y difícil etapa de la lucha contra el terrorismo en España.<sup>8</sup>

## 5. Tráfico de drogas

Un factor de primordial importancia en la generación de las características del crimen en España es su condición de punto de encuentro y llegada a Europa del movimiento internacional de personas provenientes de América del Norte y de África – Oriente Medio y del tráfico de mercancías. Esta circunstancia ha favorecido dos fenómenos criminales. Por una parte, el tráfico de drogas y la instalación en el terrorismo de los grupos de criminales organizados. Por otra, el tráfico de personas y el crimen organizado al respecto. El tráfico de drogas se produce en todo el territorio español pero en dos zonas del mismo se presenta de modo “regional”: la Costa de Galicia y la Costa de Algeciras. En ambos casos el tráfico de drogas y sus organizaciones criminales se han desarrollado a partir de la transformación del contrabando tradicional de tabaco propio de las fronteras marítimas. La transformación criminal ha sido muy relevante y ha afectado a la estructura y a la vida social de las respectivas regiones y ciudades, tanto por la incorporación de residentes en la zona a la actividad criminal, impulsada por el diferencial de rentabilidad inmediata frente a la actividad lícita, como por la instalación en la zona de jefes de organizaciones criminales y por su introducción en la actividad comercial e industrial del territorio, como medio para el lavado del dinero producto del crimen. El fenómeno más destacable es que cuando la acción coordinada de la policía española, portuguesa y otras ha incrementado la seguridad pública, se ha inducido a antiguas víctimas de chantajes o amenazas a la reclamación de bienes inmuebles expropiados. La combinación del paisaje

---

<sup>8</sup> Vid. F. REINARES y A. ELORZA, (eds) *El nuevo terrorismo islamista*, Madrid, Ed. Temas de Hoy, 2004 y A. BLANCO [et al]: *Madrid 11-M: Un análisis del mal y de sus consecuencias*, Ed. Trotta, Madrid 2005.

turístico privilegiado y de ocio con la condición de puerto de mar abierto al Mediterráneo y de aeropuertos internacionales, ha dado ocasión en la región Málaga-Marbella a la instalación de dirigentes del crimen organizado internacional, fenómeno que interesa desde el punto de vista de la relación entre crimen y ciudad o territorio. El espectacular desarrollo urbanístico de la zona sólo encuentra explicación en la presencia masiva de dinero de origen ilícito que se “lava” a través de la especulación del suelo y de la construcción. Esos intereses altamente especulativos han producido en esta zona un fenómeno de corrupción político administrativo sin precedentes en España, con la creación de partidos políticos locales dirigidos por los protagonistas de los intereses financieros.<sup>9</sup> El desarrollo urbanístico informal y masivo ha impedido el más elemental control sobre propiedades, residentes, etc. Si el año pasado se produjo la más relevante acción policial, con la detención de más de 30 personas que incluye a notarios y abogados de la zona, en investigación coordinada con Policía de seis Estados distintos y por un fraude estimado de 330 millones de euros,<sup>10</sup> este mismo año 2006 el renovado impulso del nuevo Gobierno en la lucha contra dichas tramas de delincuencia organizada y lavado de dinero de la mano de la especulación urbanística, se ha plasmado en otra operación policial de envergadura, la denominada *Operación Malaya*, que ha supuesto la detención de otras 28 personas – entre ellas la propia alcaldesa y hasta tres ediles de la ciudad de Marbella – calculándose en este caso el volumen de operaciones ilícitas en torno a los 250 millones de euros.<sup>11</sup>

## 6. Violencia de género

Lo que quizá pueda señalarse como una singularidad española presente ante policía y tribunales así como en los medios de comunicación y opinión pública, es el fenómeno de dimensiones epidémicas de la violencia de género en la pareja, es decir la violencia y malos tratos del varón sobre la mujer a la que está ligado, o lo ha estado, por un vínculo similar al matrimonial. El fenómeno ha sido respondido con una reacción social extraordinaria lo que ha sido acompañado en la agenda política y legislativa

---

<sup>9</sup> Vid. J. L. DIEZ RIPOLLES, y otros, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio en la Costa del Sol*, Ed. Tirant, Instituto Interuniversitario Andaluz de Criminología, Valencia 2004.

<sup>10</sup> Vid. [www.belt.es/noticias/2005/marzo/14/red\\_blanqueo.htm](http://www.belt.es/noticias/2005/marzo/14/red_blanqueo.htm)

<sup>11</sup> Vid. El País, 18 de mayo de 2006: vid. también, en versión *online*.



desde 1994 y ha dado lugar a una Ley de protección integral contra la violencia de género (Ley orgánica 1/2004, de 18 de diciembre). La primera del nuevo Gobierno Socialista.<sup>12</sup>

## **7. La percepción social de la criminalidad y delincuentes en prisión en España**

En la esfera de la opinión pública y del debate político el papel de la seguridad ciudadana – que la opinión distingue como un problema distinto del que representa el terrorismo, preocupación prevalente – fue de alta relevancia en los años 80, habiéndose relegado a un lugar no prioritario en la preocupación-percepción social.

Con todo, el problema ha sido especialmente utilizado en la agenda política del Gobierno del Presidente Aznar, como reacción al incremento real y de la percepción social de la criminalidad del año 2000-2001 y transferido a reformas represivas exageradas de la legislación penal en el 2003, que, a su vez, se proyectan en la práctica en una superpoblación penitenciaria que amenaza con poner en crisis todo el sistema penitenciario español, que en su conjunto puede afirmarse que es de nueva construcción en los últimos 20 años. Si bien esta cuestión ha de ser todavía completada a la luz de las cifras ofrecidas por el Consejo de Europa.<sup>13</sup> Así cabe destacar como la ratio de internos por cien mil habitantes estaría en España en los 135,8 mientras que en Alemania sería de 96,4, en Italia de 101,7, en Francia de 93,1 y en Reino Unido (Inglaterra y Gales) sería de 139. Por otro lado y en referencia a dichos mismos países resultaría todavía necesario señalar que el índice de densidad carcelaria en las prisiones sería de 101,9 en Alemania, de 134,2 en Italia, de 118,2 en Francia de 116,8, y 95, 5 en Inglaterra y Gales, mientras que en España sería de 114,1.

## **8. Inmigración: Prevalencia de la solidaridad sobre el rechazo**

En contraste con la experiencia de otros países, aunque la inmigración ha experimentado un incremento espectacular no se ha producido – al

---

<sup>12</sup> Vid. BOLDOVA y RUEDA, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, en especial, p. 306 y ss.

<sup>13</sup> Vid. *Council of Europe Annual Penal Statistics. Survey 2003*. Strasbourg, September 2004.

menos todavía – una reacción social que de modo perturbador identifique la inseguridad ciudadana con la presencia cada vez más numerosa de población inmigrante. Las razones para un comportamiento tan positivo puede encontrarse en el hecho de que España ha pasado de ser en sólo dos generaciones un país de emigrantes a un país de inmigración, así como también el hecho de que la nada despreciable cifra del 31,26% de los inmigrantes son de origen iberoamericano con quienes hay una comunidad de lengua, cultura y religión, frente a un 26,29% de origen africano, con quién si puede producirse un choque cultural y de inserción social. Estas cifras responden únicamente a los inmigrantes en situación de regularidad, pero cuyo carácter relativo queda a la vista con una mera aproximación a la enorme diferencia entre las cifras de los flujos migratorios regulares e irregulares, por otro lado tan solo estimativas. Así, en 2005 se ha llevado a cabo un proceso de regularización de inmigrantes ilegales con contrato de trabajo y han aflorado más de 700.000 adultos.

Por otra parte, además de los actores antes mencionados, en la determinación de una reacción social no negativa ante los inmigrantes puede estar operando un impulso de solidaridad y comprensión ante el terrible espectáculo cotidiano y televisivo de la llegada a las costas del sur de la península y de las Islas Canarias de las peligrosas “pateras” en que los traficantes de personas transportan a magrebies y subsaharianos, con su correlato de peligros y muertes en el mar. Como se advierte, la trata de seres humanos reviste en el empleo de medios más peligrosos y mortíferos toda su despiadada crueldad. Para terminar este apartado merece indicarse que la ausencia de reacciones xenófobas y antimagrebies tras el atentado del 11 de marzo de 2004 en Madrid, protagonizado por magrebies residentes en España ha sido considerado un buen indicio de la salud moral de la sociedad española.<sup>14</sup>

## **II -Las razones del retraso de la implementación en España de una política moderna de seguridad pública coordinada e integrada en el territorio**

No se corresponde con el alto grado de modernización institucional y social general de España el de diseño y ejecución de las políticas de prevención del delito conforme a los paradigmas contemporáneos de la

---

<sup>14</sup> La *Encuesta Social Europea* revela que España es el país que más positivo considera la llegada de inmigrantes, vid. *El País*, 7 de junio de 2006.

política de seguridad pública comunitaria, por que se quiere entender la articulación de los políticas de intervención policial y de acción social, tanto en la prevención como en la represión del delito y la reinserción del delincuente, así como de sus diseño y ejecución coordinada por la administración general del Estado y la de las ciudades y regiones.<sup>15</sup>

La lucha contra el delito y por su prevención se ha seguido desarrollando en España desde la esfera central de las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado, sin más articulación relevante que con la nueva policía local de las ciudades, que se ha venido creando precisamente en estos 25 años, ampliando sus funciones más allá del puro orden urbano y de tráfico, a tareas de seguridad ciudadana, y complementadas con instancias municipales de servicios sociales.

## **1. Evolución histórica 1977-2004**

Dos son, en mi opinión, las razones de este retraso en la actualización de las políticas integrales de seguridad pública en España. La primera consiste en la emergencia permanente y real del terrorismo a lo largo de todos estos años. Baste indicar que – más allá de los datos ofrecidos en el apartado 4 del epígrafs I – en algunos momentos más de 5.000 responsables político-administrativos de todas la ciudades españolas relevantes han necesitado de protección policial directa, incluidos los más modestos como son los consejeros municipales de más del 80% del arco parlamentario, pues ETA, aunque radica en el territorio vasco (español y francés), ha actuado sistemáticamente en toda España, y si bien el Ministerio del Interior no ofrece datos exactos sobre cuántos policías y guardias civiles se dedican a este cometido ni el número de guardas privados que trabajan como escoltas, cabe constatar en cualquier caso que en España, en la actualidad, hay más de 30.000 empleados de empresas privadas de seguridad con licencia y

---

<sup>15</sup> Para este capítulo vid. especialmente A. RECASENS, *Políticas de seguridad y prevención en el Estado español*, en “Revista catalana de seguretat publica” nº 11, 2002, p. 151 y ss. Para la presentación en España de la nueva doctrina de la seguridad v. A. GARCIA PABLOS-MOLINA, *Tratado de Criminología*, 3º ed., edit Tirant lo Blanc. Valencia 2003, p. 979-1010. Así mismo, L. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Policía Comunitaria y de Seguridad Pública*, en *Annales Internationales de Criminologie*, 2003, vol. 41-1 p. 177 y ss.

capacitación para prestar servicios de escolta<sup>16</sup> y más de 100.000 agentes de seguridad privada.

Además se ha producido un incremento de 24.697 miembros en la seguridad privada en España entre 2001 y 2003, frente a tan sólo un incremento de 672 miembros de la Guardia Civil que llega a constituir incluso un *decremento* en la cifra ocupacional de menos 444 miembros de la policía nacional para idéntico periodo de tiempo.<sup>17</sup>

La tarea de las fuerzas de seguridad españolas en estos años ha sido, pues, titánica y, para colmo, durante las últimas legislaturas, 1996-2004, una consideración errática del control de déficit público llevó a la pérdida por jubilación sin sustitución de más de 10.000 agentes.<sup>18</sup> En realidad la tarea de prevención general de la criminalidad se ha podido llevar a cabo por la aparición de una nueva y mucho más numerosa policía local y por la generación masiva de servicios de seguridad privada.<sup>19</sup> La policía local en 2005 asciende a 55000 agentes, lo que representa el 29% del sistema de seguridad pública.<sup>20</sup>

La segunda razón del retraso institucional español en materia de nueva política de seguridad pública estriba en el hecho de que durante estos 25 años España se ha transformado por impulso de la Constitución de 1978 desde un Estado radicalmente centralizado en un Estado materialmente federal, en 17 Comunidades Autónomas con competencias que regiones como el País Vasco o Cataluña superan las de un *Land* de la República Federal de Alemania. El mayor exponente de esta descentralización es el grado actual de gestión del gasto presupuestario total español:

---

<sup>16</sup> Vid. *El País*, 25 de agosto de 2004.

<sup>17</sup> Respuesta del Gobierno a la pregunta escrita formulada por la Senadora Quesada Bravo sobre el número de miembros de la Policía Nacional y Guardia Civil en los últimos cuatro años, desglosado por provincias y sobre. Boletín Oficial de las Cortes Generales del 22 de julio de 2004. Número 55, pág. 54 y ss.

<sup>18</sup> Informes ministeriales en: *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Interior*, nº 85, 29-11-2004, p.10 y 11: pérdida de 124.709 policías del Estado en 1995 a 114.771 en 2003. Se han programado 36.000 nuevos policías para 2006-2009, que representarán unos 20.000 policías más que en 1995.

<sup>19</sup> Sobre el sistema y razones del auge de la seguridad privada v. A. GIMENEZ SALINAS, *La génesis de la seguridad privada de la Ley 23/1992 de seguridad privada*. Tesis inédita, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete 2003.

<sup>20</sup> Vid. Ministro del Interior en: *Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Interior*, 3 de Marzo de 2005, p. 7. A ello se añaden 17.000 policías de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña.

administración central 55%, administración autonómica 31,5% y administración local 13,5%. (Fuente: Intervención General del Estado, Ministerio de Economía y Hacienda).

Los esfuerzos y compromisos institucionales y políticos se han concentrado en este proceso de reorganización radical normativa, competencial y práctica de toda la administración pública y de las gestión política de la sanidad, la educación, la agricultura, las obras públicas, la industria, etc., que en las Comunidades de Cataluña y País Vasco alcanza hasta la titularidad de fuerzas de seguridad propias. La reforma de la administración y gestión de la seguridad pública quedó así relegada, por su mayor complejidad política y material, así como por la presión del fenómeno terrorista y los nuevos fenómenos de la criminalidad, a la vez que se llevaba a cabo la seria asunción de las obligaciones de seguridad añadidas por la incorporación de España al espacio *Schengen* de la Unión Europea.

El modelo policial hoy vigente se definió en la Ley 2/1986, y la política general de seguridad quedó en buena parte limitada a una política sobre la organización policial.

A la reorganización policial siguió en 1992 una Ley de Seguridad Ciudadana, de orden puramente represivo, que incidía especialmente en las necesidades policiales y procesales de lucha contra la criminalidad en general y, en particular, contra el tráfico de drogas – cuyo problema se encontraba en el momento más extremo de todo el periodo – que fue reparada en buena parte por el Tribunal Constitucional.

Un nuevo impulso político y normativo se produce en 1994 con la fusión de los Ministerios de Justicia e Interior y el nombramiento de dos magistrados a la cabeza de ambas secciones ministeriales. En los años 90 había comenzado a abrirse paso la idea de la necesaria coordinación entre las políticas de seguridad y las políticas sociales, llegándose a crear en 1995 un Consejo Nacional de la Seguridad Ciudadana, aunque no llegó a incorporar las propias instancias fundamentales de política social, en especial el Ministerio de Bienestar Social.

Al impulso político de este año 1994 pertenece un proceso de reformas del Derecho penal material y procesal cuya máxima expresión en el año 1995 fue el nuevo Código Penal, acompañado por reformas diversas como la de la organización judicial (1994) y la introducción del jurado popular (1995), la creación de la fiscalía anticorrupción (1995), la ampliación de la justicia gratuita (1996), o la ley de indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos y de terrorismo.

También se diseñó y presentó en 1994 una política gubernamental de seguridad cuya novedad se advierte en su título “Plan de Seguridad y

Libertad Ciudadana”, cuyos frutos prácticos fueron sobre todo situar plenamente en el debate público la necesaria combinación de seguridad, libertad y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y los municipios, tanto de la acción policial como la de política social. Se comienza también la transferencia de competencias integrales a la policía catalana y se impulsa la coordinación con la policía local. A su vez las Comunidades Autónomas, competentes ya en política social, incrementan su acción en materia de coordinación de la policía local y de los servicios sociales y presionan “desde abajo”.

Las dos legislaturas conservadoras de 1996 a 2004 no han representado mejoras relevantes en orden al diseño y ejecución de la nueva política de seguridad pública. Al igual que en 1994 se llegó a presentar en el año 1999 un plan, “policía 2000”, con el que se pretendía descentralizar los servicios policiales del Estado en zonas territoriales y locales más próximas a los problemas de seguridad del ciudadano. Se pretendía este modo también el objetivo de una policía de proximidad, la mejora en la atención a las víctimas y la coordinación con las instancias policiales autonómicas, locales e, incluso, privadas. Pero una nueva ofensiva terrorista en ese mismo año 2000 concentró de nuevo todos los esfuerzos en la lucha contra ETA. No obstante, se avanzó en políticas nacionales de seguridad sectoriales, como en materia de drogas, en materia de inmigración, de lucha contra el tráfico de personas, violencia escolar y la violencia doméstica y de género. Los dos primeros asuntos con una Delegación especial del Gobierno y una Secretaría de Estado, respectivamente, además de una Secretaría de Estado para la inmigración.<sup>21</sup>

La legislatura 2000-2004 se completó con un intenso proceso de reformas penales, en buena parte regresivas respecto del código de 1995, formuladas como una auténtica política criminal de telediarío, es decir, actuando sobre lo simbólico y sobre las percepciones sociales, pero sin modificar la realidad en una mejora de la protección de los ciudadanos, salvo en el incremento desmesurado de la población penitenciaria, a la que ya se ha hecho referencia. Junto a ello, merece destacarse en positivo la transformación del proceso penal por delitos menos graves en un sistema de “juicios rápidos”, lo que tiene que ver con el objetivo de la justicia de proximidad.

---

<sup>21</sup> Para las reformas penales de los últimos años, vid. L. ARROYO ZAPATERO y M. A. GUTIERREZ ZARZA, “Reformas penales sustantivas y procesales en España 2002-2005”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2005.

La segunda legislatura conservadora se cerró con los atentados del 11-M en Madrid y con las elecciones generales del inmediato 14 de marzo de 2004.

## **2. Perspectivas 2005 en política de seguridad**

A la altura de finales de 2005, el nuevo Gobierno desarrolla una política de seguridad que tiene los siguientes elementos básicos:

1. Recuperación del número de efectivos policiales perdidos en la década pasada, con 10.000 nuevos policías para 2006, en un programa de 36.000 nuevos policías para el periodo 2006-2009.

2. Reorganización operativa de los recursos con especial relevancia de las divisiones de “inteligencia”, además de la tradicional contra el terrorismo y el tráfico de drogas, la ampliación de efectivos contra el terrorismo islamista, con programación de más de 1.000 efectivos, la constitución del grupo contra el crimen organizado (GRECO), del grupo de localización de fugitivos (GLF), del especializado en la lucha contra el tráfico de personas y falsificaciones, así como del servicio de asistencia contra la violencia de género (SAM), con elevación de efectivos de 150 a 200.

3. Constitución del Consejo de Política de Seguridad, creado por Ley de 1986 pero no reunido hasta 2005, que integra la dirección política de la policía del Estado y las de las Comunidades Autónomas, a la que seguirá la constitución efectiva y permanente de las juntas locales de seguridad, como instrumento fundamental de la política de seguridad urbana.

4. En paralelo el Gobierno ha presentado un Proyecto de Ley de Justicia “de proximidad” o “de barrio” que, en lo que se refiere a la delincuencia más leve, constituye un eje básico de la política de seguridad urbana.

5. Naturalmente pertenece a la actual política la prioridad de la cooperación internacional, especialmente en el marco de UE, en lo que destaca el impulso y ratificación del Tratado llamado “Schengen III”, de 27 de mayo de 2005, junto con Bélgica, Francia, Alemania, Austria, Luxemburgo y Países Bajos, para la cooperación policial transfronteriza en especial contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal.

### III. Política de seguridad pública en España: El modelo de Barcelona<sup>22</sup>

La crisis de seguridad pública que se produce en 1983 lleva al alcalde de Barcelona Pascual Maragall a asumir la gestión de dicha crisis – aún cuando carece de competencias específicas en esa materia – como responsable municipal de una ciudad de 1.500.000 habitantes, rodeada de un poderoso cinturón industrial y urbano, que se caracteriza en esa época por ser la más moderna y avanzada de las grandes ciudades españolas, la que mejor urbanismo y estructura de servicios municipales, con un aceptable grado de cohesión social con experiencia en el tratamiento de los conflictos sociales y culturales, adaptada desde hace tiempo para afrontar los problemas de la inmigración.

A iniciativa del alcalde se crea así en 1984 el Consejo de seguridad urbana, en el que se integran todas las instancias públicas del Estado, de la Comunidad autónoma, la Ciudad y sus Distritos, así como la administración de justicia, las organizaciones empresariales y sindicales y otras organizaciones sociales, y todo ello regido por el principio de cooperación pactada, y bien ajeno a lo puramente jerárquico u estrictamente competencial.

El consejo se reproduce en cada uno de los distritos en que se divide la ciudad, con población que oscila entre los 300.000 y los 600.000 habitantes, que preside el consejero municipal del partido más votado en cada distrito y que dispone de un gerente, de quien depende la policía local, y un secretario técnico. El modelo se diseñó en el primer informe que realizó la Comisión técnica de seguridad urbana, en el propio año 1984, con el significativo título de “Del orden público a la seguridad ciudadana”.

---

<sup>22</sup> Para este capítulo encontrado con la ayuda inestimable del máximo especialista y protagonista del modelo, Josep LAHOSA, Director del servicio de seguridad y prevención de la ciudad de Barcelona, a cuyos trabajos me remito: *Delincuencia y ciudad. Hacia una reflexión geográfica comprometida*, en “Biblio 3W”, Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales, *Universidad de Barcelona*, vol. VII, n. 349, 20 febr. 2002, en [www.ub.es/geocrit/b3w-349.htm](http://www.ub.es/geocrit/b3w-349.htm); con *El “modelo Barcelona” de seguridad participada*, en <http://habitat.aq.upm.es/ch/g014.html>; “La prevención de la (in)seguridad en Barcelona”; FLACSO Quito, inédito, 2005. *Prevención de la inseguridad urbana en las ciudades*; en *Compromiso para la construcción de la Prevención de la inseguridad urbana de una sociedad mas solidaria y segura*, en “Problemas criminológicos en las sociedades complejas”, Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2000, Col. Ciencias Sociales vol. 6.



El modelo se ha venido desarrollando y aplicando a lo largo de 20 años, sumándose a su propia complejidad la general de la ausencia de una política de seguridad integrada de todo el Estado. Desde 1984 se tomó la decisión de realizar una encuesta de victimización y es la única ciudad española que dispone de ella y, además, con una serie de 20 años, lo que tiene un extraordinario valor. La encuesta revela una progresiva y sistemática reducción del índice global de victimización desde el 24.9 en 1983 hasta el 19.9 en 2003<sup>23</sup>. Fruto de la experiencia de la ciudad de Barcelona ha sido su extensión a todo el territorio de Cataluña, en especial a partir de la ley del parlamento catalán, ley 7/2003, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Cataluña, cuyo mero índice expresa muy bien la política de seguridad que se formula.

En definitiva, el modelo de seguridad pública de Barcelona será muy probablemente proyectado no sólo sobre el conjunto de Cataluña sino también para toda España, y su experiencia propia, su vinculación al “Manifiesto de las ciudades sobre seguridad y democracia”, adoptado en Nápoles en el año 2000, así como su papel de iniciativa española respecto del Foro europeo de la seguridad, servirá para una fase política nueva en España en materia de seguridad y ciudadanía.

## RÉSUMÉ

Au début de la transition politique vers la démocratie, en Espagne on entama une politique moderne de Sécurité publique; toutefois le terrorisme de l'ETA, toujours croissant, a fait en sorte que la lutte contre le terrorisme est restée au milieu des politiques de sécurité. La plupart des recours et de l'activité d'enquête contre la criminalité s'est concentrée sur elle. Il suffit d'évoquer le fait qu'à la fin des années 90 cent membres des Conseils, Municipaux sur le territoire national tout entier ont dû se doter d'une escorte, outre les hauts fonctionnaires de l'Etat. Une politique moderne de sécurité urbaine a pu être appliquée à partir de l'année 2004, malgré que le terrorisme d'origine islamique se soit uni au terrorisme de l'ETA.

---

<sup>23</sup> Vid. LAHOSA J., *La prevención de la (in)seguridad en Barcelona*, Docum. FLACSO, Quito 2004.

**deve rimanere bianca**

## **Eurojust, aujourd'hui et demain**

par

FRANÇOIS FALLETTI

Avocat Général à la Cour de Cassation, Représentant de la France à Eurojust

Lorsque l'on lit un bon livre, l'on apprécie de découvrir page après page le fil d'une histoire dont on ignore le dénouement final. Mais devenir soi-même acteur de l'histoire en train de s'écrire est encore plus prenant quand et comment le projet que l'on a entre les mains va-t-il aboutir? Que doit-on faire pour l'aider à se réaliser? Tel est bien le contexte dans lequel s'inscrit aujourd'hui Eurojust qui agit de façon concrète et visible dans un cadre dont chacun sent bien que pour être récent, il n'est certainement pas définitif.

C'est vrai, la création d'Eurojust a été précédée, entourée et suivie de nombreux débats: certains auraient souhaité aller beaucoup plus loin en instituant d'emblée un Procureur Européen spécialement pour lutter contre les fraudes au budget communautaire. Celui ci aurait eu pour mission de diriger les enquêtes et les poursuites selon les schémas développés par le *Corpus Juris* et le Livre Vert élaboré par la Commission Européenne. Les Etats Membres n'ont pas entendu aller aussi loin et ont opté lors du Sommet de Nice pour la création de l'Unité Eurojust composée de procureurs, de juges ou de policiers ayant des prérogatives équivalentes afin de faciliter, soutenir et coordonner les enquêtes et poursuites à l'échelle européenne.

Ce nouveau dispositif a pris corps il y a quelque trois ans à la suite de la publication de la Décision du 28 février 2002 avec l'installation d'Eurojust à Bruxelles puis à La Haye.

Le premier bilan de l'Unité illustré par ses rapports annuels successifs est loin d'être négligeable et Eurojust se campe de plus en plus dans le paysage quotidien des praticiens en charge de lutter contre la criminalité transnationale. Certains feignent de l'ignorer parce qu'ils auraient préféré que l'on aille plus loin tout de suite; d'autres au contraire redoutent le

développement d'une unité dont l'on ne sait pas jusqu'où elle pourrait aller dans la mise en cause de la maîtrise traditionnelle des échelons nationaux sur le cours de l'entraide internationale; et puis il y a tous ceux qui ne connaissent pas encore la plus value que peut leur apporter dans leur travail au jour le jour une structure dont ils ont du mal à discerner les contours et les missions en raison de sa jeunesse.

C'est bien pour ces raisons qu'il faut se féliciter de l'initiative prise par le Professeur Pisani de regrouper en un seul ouvrage la documentation déjà abondante dont peuvent avoir besoin les praticiens, les universitaires et plus généralement tous ceux qui à un titre ou à un autre doivent se pencher sur les évolutions de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice: il est évidemment précieux de pouvoir accéder ainsi aisément à des documents souvent dispersés ou peu connus. Or une telle documentation se justifie pour appréhender les tâches que conduit Eurojust aujourd'hui, mais aussi s'agissant de celles qui pourraient lui être confiées dans le futur.

### **Eurojust aujourd'hui**

Il est permis de considérer qu'après trois années d'existence, Eurojust a fait ses preuves et que la phase expérimentale est terminée au vu des progrès qu'elle a réalisés dans son organisation générale comme sur le terrain opérationnel.

Une structure telle qu'Eurojust implique la mise en place d'une logistique permanente et de stratégies qui conditionnent l'efficacité de ses actions: après avoir adopté son règlement intérieur, y compris dans le volet relatif à la protection des données entériné par le Conseil des Ministres de la Justice et des Affaires Intérieures le 24 février 2005, Eurojust a pu développer son système informatique sécurisé dont le caractère indispensable est évident au regard des données enregistrées. Il faut à présent poursuivre les travaux pour améliorer la qualité des transmissions avec les autorités judiciaires de chaque Etat Membre, et il est précieux à cet effet de pouvoir bénéficier de l'expérience acquise par la Direction Nationale Antimafia qui a été confrontée à des problématiques voisines. Bien entendu, tout cela implique le strict respect des règles de protection des droits individuels et de la vie privée sous le contrôle d'un organe indépendant dans les conditions définies par la décision du 28 février 2002.

Il a aussi fallu assurer l'implantation de l'Unité dans ses locaux de La Haye, concevoir et construire des salles de réunion qui servent avec les appuis logistiques indispensables, notamment en matière de traduction, à accueillir les magistrats de tous les pays de l'Union désireux de coordonner

leurs investigations. Il a fallu de façon simultanée créer les conditions d'une bonne administration pour une Unité dont le budget était de 13,5 millions d'Euros en 2005 (non compris les salaires des membres nationaux et de leurs assistants qui demeurent à la charge des Etats Membres) avec la montée en puissance d'unités spécialisées en matière informatique, de ressources humaines, de gestion financière, etc. ... Cela passe aussi par le recrutement de secrétariats et d'analystes pour un traitement des données, de juristes susceptibles de travailler sur les contrats liant l'Unité à ses différents partenaires. Ce travail est toujours en cours, et il faudra encore quelques années pour qu'Eurojust parvienne à son niveau de croisière sans chercher en aucune façon à prendre une dimension bureaucratique excessive.

Dans le même temps ont été signés les premiers accords avec des pays tiers (Norvège, Roumanie, Islande) tandis que d'autres sont en cours de négociations: prévues par la décision fondatrice d'Eurojust, ces négociations sont fondamentales pour que l'Unité puisse développer ses contacts opérationnels avec tous les pays extérieurs à l'Union qui connaissent des réseaux ayant leurs racines ou leurs prolongements dans l'espace européen.

A côté de ces "travaux d'architecture" dont la Présentation ici n'est au demeurant pas exhaustive, Eurojust doit avant tout développer son action opérationnelle qui seule lui donne sa légitimité immédiate: elle le fait en s'appuyant sur des démarches stratégiques de politiques pénales, par exemple en matière de règlement des conflits de juridictions et en dégageant les difficultés concrètes de la coopération judiciaire qu'elle peut au demeurant mettre en évidence dans ses rapports annuels; mais le premier but est évidemment de trouver au cas par cas la solution praticable pour permettre aux magistrats d'aller de l'avant dans leurs dossiers. Or, l'expérience montre que souvent le seul rapprochement de praticiens permet de supprimer des malentendus ou de trouver des moyens adaptés au traitement de dossiers que chacun a à cœur de résoudre.

Le nombre d'affaires soumises à Eurojust est ainsi en progression constante au fil des ans, ayant atteint 381 saisines nouvelles en 2004; surtout, les affaires sont de plus en plus complexes et sortent des seuls cadres de la facilitation et de l'assistance pour favoriser une démarche de coordination au stade précoce des investigations et des poursuites.

L'arrivée des dix nouveaux Etats Membres en 2004 a entraînée la nomination de magistrats émanant de chacun d'entre eux dans d'excellentes conditions; elle est certainement l'une des causes de l'augmentation des cas soumis à Eurojust dès les premiers mois de 2005.

Il est clair qu'en dépit de la visibilité encore insuffisante de son action, Eurojust est en train de réussir la mission qui lui a été assignée. De plus en plus, des magistrats prennent le réflexe de la saisir et la plus value est au rendez-vous. Pourtant, il faut bien admettre que la voilure choisie ne permet pas à Eurojust de développer toutes les stratégies qui seraient opportunes, et que l'on pourrait aller plus vite dans la recherche de l'objectif essentiel de mieux lutter contre les réseaux criminels et le terrorisme en adoptant un dispositif d'une efficacité renforcée.

### **Eurojust demain. ...**

Il faut d'abord admettre que la structure se développe de manière trop peu coordonnée au gré de l'implication de chacun des Etats Membres; on relève ainsi des disparités importantes dans la composition des bureaux nationaux alors qu'il est essentiel qu'ils se renforcent parallèlement; comment isoler les besoins des Etats requis par rapport à ceux des Etats requérants? Au surplus, des différences importantes existent entre les lois nationales dont certaines laissent aux autorités judiciaires une totale latitude à l'égard d'Eurojust alors que d'autres organisent des signalements systématiques d'affaires susceptibles d'intéresser Eurojust.

Apparaît aussi la question essentielle des pouvoirs des membres nationaux à l'intérieur de leur Etat: certains disposent en effet de prérogatives directes d'enquête, notamment en cas d'urgence, là où la plupart ne peuvent qu'agir en demandant à leurs autorités judiciaires nationales d'intervenir.

Il est vrai que la décision du 28 février 2002 ne détermine que des pouvoirs non contraignants pour les membres nationaux; ceux-ci peuvent demander l'ouverture d'une enquête, l'engagement de poursuites, suggérer le dessaisissement d'une autorité judiciaire nationale au profit de celle d'un autre Etat, proposer la constitution d'une équipe commune d'enquête. Encore est-il possible pour les autorités nationales de refuser de suivre la demande par une décision en principe motivée. La décision du 28 février 2002 ne donne d'ailleurs pas de portée supérieure aux demandes formulées dans le même sens par le collège des 25 représentants nationaux.

C'est dire que le renforcement des possibilités offertes à Eurojust serait certainement source d'une efficacité accélérée dans la lutte contre les réseaux criminels. Ces réflexions doivent se poursuivre en complémentarité de celles qui sont à approfondir sur les relations d'Eurojust avec Europol et l'Office de Lutte Anti Fraude de la Commission. Il en va de même au

demeurant s'agissant des rapports entre Eurojust, le Réseau Judiciaire Européen et les Magistrats de liaison.

On le mesure, la marge de progression dans le cadre actuel est encore considérable, surtout si certains aménagements sont apportés à la décision du 28 février 2002. Cependant, la réflexion tendant à la création d'un parquet européen demeure toujours un sujet fort d'intérêt en raison de l'impulsion que cette institution donnerait à la lutte contre le crime transnational.

Rappelons à cet égard que le projet de Constitution envisage la création d'un tel parquet européen par une décision unanime des Etats avec une compétence étendue aux fraudes au budget communautaire; toutefois, il est également prévu que ce parquet pourrait voir sa compétence élargie aux enquêtes et poursuites en matière de criminalité organisée.

Il est certain qu'un tel schéma serait porteur d'efficacité; on relève de nombreuses affaires dans lesquelles des magistrats travaillent sur le même réseau sans le savoir: une meilleure centralisation des informations permettrait à l'évidence de mieux coordonner et diriger une véritable action publique intégrant la dimension européenne. Au surplus, un parquet européen serait un excellent interlocuteur pour Europol et favoriserait la mise en œuvre efficace d'une politique pénale européenne.

Il s'agit là évidemment d'une question dont la réponse appartient au politique; elle implique que soient bien prises en considération les traditions nationales, et l'on sait que les statuts des ministères publics ne sont pas les mêmes partout. Pourtant, est-il impossible de tendre en Europe vers ce qui a pu être réalisée à l'échelle universelle avec la convention de Rome instituant en 1998 la Cour Pénale Internationale?

L'étendue des enjeux aujourd'hui et demain montre bien l'importance et l'intérêt de disposer des outils juridiques nécessaires pour une bonne connaissance des instruments utiles pour la réflexion et l'action. La connaissance est évidemment le préalable incontournable de toute dynamique: les documents figurant dans le présent ouvrage répondent à cette préoccupation et constituent par là les bases fondamentales de toute démarche académique ou pratique en ce qui concerne Eurojust et les évolutions en cours autour de cette structure en plain devenir au sein de l'espace judiciaire européen.

## *SUMMARY*

*After its first three years, it may now be fairly said that the experimental phase of Eurojust is at an end. The Author makes an initial and favourable evaluation of its operation and at the same time outlines possible and desirable ways to strengthen and develop it further.*

## RESUMEN

Tras tres años de vida, se puede suponer que ha acabado la fase experimental de Eurojust. El autor presenta un primer balance positivo y, conjuntamente, las directrices para poder fortalecer y desarrollar este órgano.



## **Justice universelle et juridiction espagnole: problèmes et perspectives**

par  
CRISTINA RODRIGUEZ YAGÜE  
Maître de conférences de Droit Pénal  
Université de Castilla-La Mancha

### **La justice universelle et la législation espagnole**

Le principe de justice universelle est établi, dans la législation espagnole, à l'article 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ). Le contenu littéral de l'art. 23.4 de la LOPJ – 6/1985, du 1<sup>er</sup> juillet – stipule que “la juridiction espagnole sera également compétente dans la connaissance des faits commis par des espagnols ou des étrangers hors du territoire national susceptibles d’être qualifiés, selon la Loi Pénale Espagnole, comme l’un des crimes suivants: *a*) génocide; *b*) terrorisme; *c*) piraterie et appropriation aérienne illicite d’aéronefs; *d*) falsification de monnaie étrangère; *e*) crimes relatifs à la prostitution et à la corruption de mineurs ou d’handicapés; *f*) trafic illégal de drogues psychotropiques, toxiques et de stupéfiants; *g*) crimes relatifs à la mutilation génitale des femmes, tant que les responsables se trouvent en Espagne; *h*) et tout autre qui, selon les traités ou les conventions internationales, doit être poursuivi en Espagne”.

Celui-là n'exclut pas, sinon qu'il complète le principe de territorialité, caractère propre à la souveraineté nationale de chaque Etat, afin de faciliter la poursuite des conduites délictueuses les plus graves, préjudiciables à la communauté internationale, quelque soit la nationalité de l'auteur et le lieu où ait été commis le crime.<sup>1</sup> C'est la nature de celui-ci qui, lorsqu'il porte

---

<sup>1</sup> GARCIA ARÁN, M. “El principio de justicia universal en la L.O. del poder Judicial español”. *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso*

atteinte à un bien juridique appartenant à la communauté internationale, justifie l'extraterritorialité de la juridiction, à la différence d'autres principes tels que le principe de personnalité, du réel ou de protection, pour lesquels la légitimation provient de l'existence d'un intérêt éprouvé par l'Etat. Les fondements du principe de justice universelle, constituant la création d'un principe de solidarité universelle en matière de procédure pénale de formes de criminalité déterminées, se trouvent présents également dans la création de Cours pénales internationales et au sein même de l'espace judiciaire européen.<sup>2</sup>

La LOPJ, au moment d'attribuer aux tribunaux espagnols la compétence requise pour la procédure des délits et crimes énumérés par l'article 23.4, ne fixe pas d'autre limitation que la possibilité que ces crimes soient normalisés comme tels par la législation pénale espagnole.<sup>3</sup> Face à une configuration aussi large du principe de justice universelle, l'*Audiencia Nacional* (AN) et le *Tribunal Supremo* (TS) [Cour de cassation] se sont vus dans l'obligation d'élaborer une série de conditions requises, à la suite des plaintes déposées pour crime de génocide et autres crimes survenus à l'étranger, avec le but d'empêcher que l'AN ne devienne pas une sorte de seconde Cour pénale internationale.

Plus encore, quand notre pays n'envisage pas le principe de justice supplétoire, permettant de juger les délits commis hors du territoire espagnol, si l'Etat compétent ne peut ou ne veut pas exercer sa juridiction sur ceux-là, le principe de justice universelle prend alors une importance particulière pour la poursuite d'actes criminels déterminés.

Cependant, le Conseil Constitutionnel (TC), dans son récent arrêt 237/2005, du 26 septembre, (STC) [arrêt du Conseil Constitutionnel], a déclaré que telles limitations s'opposaient au droit fondamental d'accès aux

---

*Pinochet*. Coords: Mercedes GARCÍA ARÁN et Diego LÓPEZ GARRIDO. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 65.

<sup>2</sup> LAMARCA PÉREZ, C., "El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile". *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, vol. I. Edición de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 1100 et 1101.

<sup>3</sup> De fait, quand le législateur a voulu établir de plus grandes limites, il l'a formé à l'intérieur de la loi; c'est le cas de la L.O. 3/2005, du 8 juillet, qui réforme l'article 23.4 de la LOPJ pour introduire dans le catalogue des crimes soumis au principe de juridiction extraterritoriale la mutilation génitale, et qui fixe deux limites: il circonscrit la poursuite de mutilation génitale de la femme et, dans un second temps, la condition que ses responsables se trouvent en Espagne.

tribunaux, et également au droit à la tutelle judiciaire effective de l'article 24 de la Constitution espagnole (CE). La question qui retourne de cet arrêt du TC est qu'à partir de maintenant il n'existe plus aucune limite concernant l'application du principe de justice universelle de l'art. 23.4 LOPJ et, qu'en conséquence, il existerait bien un risque que l'AN devienne une seconde Cour Pénal Internationale, particulièrement pour les cas qui, en raison de leur distance temporelle, ne peuvent pas être jugés par cette dernière ou si, au contraire, il est possible de fixer des limitations qui, n'étant ni disproportionnées ni contraires à la finalité même du principe de justice universelle, ne contrarieraient pas le droit à la tutelle judiciaire effective.

### **Est-elle possible une juridiction universelle des tribunaux espagnols sans limites?**

Le 3 novembre 2005, conformément à l'art. 264 LOPJ, la séance plénière de la Chambre criminelle de l'Audience Nationale adopte un accord pour harmoniser les critères d'application du principe de juridiction extraterritoriale de l'art. 23.4 LOPJ. Ce qui doit être évité, selon la séance plénière de la Chambre criminelle, qui reprend les mots du *Tribunal Supremo* 1362/2004, du 15 novembre, c'est cette interprétation de l'art. 23.4 LOPJ qui entraîne, dans la pratique, que l'on entame une procédure après la connaissance de la commission de n'importe quel crime énuméré par celui-ci, et ceci indépendamment du lieu où les faits aient été commis et de la nationalité des auteurs présumés ou des victimes. Comme l'affirmait la Cour de Cassation, "aucun Etat en particulier ne doit s'occuper unilatéralement d'établir l'ordre en ayant recours au Droit Pénal, contre tous et partout dans le monde". Cette ligne approfondit les critiques de Ruiz Miguel et Bermejo qui reprochent à l'arrêt du TC d'être irresponsable et politiquement incorrect en affirmant que les "tribunaux espagnols ne sont pas d'organes de la "morale universelle" mais de l'"Etat espagnol" et manifestent une certaine peur du fait que l'exercice absolu de la juridiction universelle, par des juges n'étant pas choisis par le peuple, rend possible le fait qu'eux-mêmes déterminent la politique extérieure du pays, ce qui pourrait engendrer de sérieux conflits diplomatiques.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> "Una sentencia incongruente e irresponsable". *El País*, 9 octobre 2005.

Mais d'un autre côté, comme le Conseil Constitutionnel l'ordonne dans son arrêt, il faut éviter une interprétation aussi restrictive du principe de justice universelle, conformément aux critères qui ne sont pas prévus légalement, qui par sa disproportion, rend l'accès à la juridiction plus vulnérable, les limitations doivent venir des formalités elles-mêmes, qui ont été établies par le système juridique.

La séance plénière rappelle la nécessité de la réalisation d'un examen des fonctions de la juridiction elle-même en ce qui concerne les requêtes et les plaintes déposées pour certains crimes dont la compétence revient à la juridiction espagnole en vertu de l'art. 23.4 LOPJ, considérant qu'il s'agit d'une question d'ordre public de la procédure.

L'acceptation de procéder à la dénonciation ou à la plainte demandera une étude de l'ensemble des conditions requises par l'Ordonnance juridique interne – de laquelle font parties les traités et les conventions internationales auxquels l'Espagne a souscrit et qui sont d'application préférentielle à la loi interne – pour constater, respectivement à chacun des crimes de la liste de l'art. 23.4 LOPJ, la compétence de la juridiction espagnole.

La deuxième étape consiste à éviter la concurrence entre la juridiction espagnole et les juridictions prioritaires afin d'éviter que l'on arrive à une duplication des procédures et à la violation du principe *ne bis in idem*. Pour cela, la juridiction du lieu de perpétration du délit (*locus delicti*) et celle des Tribunaux internationaux auront la priorité. Il faudra pour cela constater l'inactivité judiciaire, tant de l'Etat dans lequel furent commis les faits présumés de la requête ou de la plainte, que de la Communauté Internationale. Dans ce but, la séance plénière de la Chambre criminelle de l'Audience Nationale ajoute que l'on se servira des instruments de coopération internationale existants, en sollicitant les fonctions d'information de l'Etat où, par présomption, ont été commis les faits, et les organismes internationaux pertinents – en particulier les Nations Unies –. Même si la vérification de l'inactivité judiciaire dans la procédure contre le crime en question reste attribuée à l'AN, on envisage la possibilité que le plaignant lui-même, ou dénonciateur, puisse être celui qui accrédite cette inactivité, par le biais d'indices sérieux et raisonnables. Dans ce cas, après un délai raisonnable sans aucune réponse, l'AN devra constater l'absence d'activité de la Communauté Internationale. Devant la réponse que l'organe judiciaire aura obtenu, ou, dans son cas, après un délai raisonnable sans réponse, l'AN décidera dans sa juridiction si elle ordonne ou non l'acceptation de l'étude de la plainte, ou la mise en archive de la dénonciation.

Pour cela, le dernier critère limitateur signalé par l'Acte du 3 novembre 2005 est celui de la "raisonnabilité". Selon ce critère, l'AN pourra dénier sa juridiction dans le cas où lui incomberait d'apprécier s'il existe un excès ou un abus de droit dans la requête ou plainte, dû à l'absence totale de connaissance de l'affaire lorsqu'il s'agit soit de crimes soit de lieux totalement étrangers et/ou éloignés, et qu'il est impossible d'accréditer l'existence d'une relation ou d'un intérêt direct de la part du dénonciateur ou plaignant.

Par conséquent, l'AN ne renonce pas à l'établissement de limites déterminées qui permettraient le rejet d'une requête ou d'une plainte pour certains crimes qui, d'après l'art. 24.3 de la LOPJ, relèvent en principe de sa compétence; concrètement, les conditions requises par le système juridique interne (qui inclut les Traités internationaux que l'Espagne a souscrit), la priorité de la juridiction de l'endroit où le crime a eu lieu les Tribunaux internationaux face à la juridiction espagnole, et la raisonnabilité de la requête ou de la plainte.

Les conséquences de l'arrêt du Conseil Constitutionnel 237/2005 ne se sont pas fait attendre. En effet, jusqu'à maintenant, deux plaintes ont été déposées devant l'AN pour actes de génocide, entre autres choses, contre Fidel Castro et contre des dirigeants chinois pour le génocide du Tibet.

Seulement quelques jours après la résolution du Tribunal Constitutionnel, et même avant sa publication dans le Bulletin Officiel de l'Etat, le 14 octobre 2005 *La Fundación para los Derechos Humanos en Cuba* déposait une plainte devant l'Audience Nationale contre le Président cubain Fidel Castro et contre des dirigeants de son gouvernement, pour des actes de génocide, de terrorisme, de crimes contre l'Humanité, de torture et de terrorisme.<sup>5</sup> Le 4 novembre, le titulaire du Tribunal d'Instruction a refusé de traiter la requête en faisant appel à l'immunité dont jouit Fidel Castro en tant que Chef de l'Etat, immunité qui reste réglée non seulement

---

<sup>5</sup> Plainte qui ne faisait rien d'autre que reprendre celle déposée en 1998 devant l'AN et qui fut d'abord rejetée par le Tribunal d'Instruction n° 2 en décembre 1998, puis résolue lors du recours déposé par la séance plénière de la Cour Pénale de l'AN en mars 1999, démontrant que l'AN ne pouvait pas devenir un Tribunal pénal international, et enfin que "si l'Espagne reconnaît la souveraineté du peuple cubain et maintient avec ce pays-ci des relations diplomatiques, la juridiction pénale espagnole ne peut pas s'attribuer la connaissance des crimes supposés (génocide ou non), dès que l'un des accusés est l'excellentissime Fidel Castro, qui représente, face à l'Espagne, la souveraineté du peuple cubain".

par les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires, mais aussi par les traités bilatéraux signés par les Etats, et par le droit coutumier international.

La solution est différente, en revanche, dans le cas de la plainte contre le génocide chinois au Tibet. La décision judiciaire de la 4<sup>ème</sup> section de la Chambre criminelle de l'Audience Nationale, datée du 10 janvier 2006, approuve la compétence de l'Audience Nationale pour enquêter sur le supposé génocide chinois réalisé par le Gouvernement chinois lors des années 80 et 90, en consentant à s'occuper de la plainte déposée par le *Comité de Apoyo al Tibet, la Fundación Casa del Tibet*, en particulier contre sept dirigeants chinois, parmi lesquels on retrouve l'ex-président de la Chine *Jiang Zemin*.<sup>6</sup>

La Chambre criminelle a ici l'occasion de façonner la nouvelle doctrine qui figure dans l'Accord de la séance plénière du 3 novembre 2005. La décision judiciaire soumet la plainte en question à un triple jugement: que les faits, objet de la plainte, revêtent les caractéristiques d'un génocide, que les conditions de l'art. 6 de la Convention de génocide relatives aux possibilités judiciaires de procédure de jugement soient remplies, et en troisième lieu, que l'on constate qu'il s'agit d'un exercice rationnel du droit à présenter en Espagne la plainte mentionnée.

Une fois obtenue une réponse affirmative à la première de ces questions, l'AN commence à analyser les possibilités judiciaires de procédure de jugement des faits dénoncés en Espagne, soit par le biais du territoire sur lequel ils ont été commis, soit par la Communauté Internationale. La décision judiciaire conclut que la seconde condition est remplie puisqu'une multitude de tentatives de la part de la communauté tibétaine ont été réalisées afin de trouver une solution pacifique devant la Communauté internationale – concrètement, devant l'ONU<sup>7</sup> –, et de plus, beaucoup de

---

<sup>6</sup> A la suite de la doctrine suivie par l'AN, dans un premier temps, le Tribunal instructeur de l'AN rappelle le refus de traiter cette plainte déposée pour génocide, refus également demandé par le Parquet. Devant l'Acte du 5 septembre 2005 de rejet de la plainte, un recours en appel a été émis, en vue de se subordonner à la résolution du Conseil Constitutionnel et à l'Accord postérieur de la séance plénière de la Cour Pénale. En conséquence, sa résolution se retrouve totalement conditionnée par cette dernière.

<sup>7</sup> Qui provient de trois grandes résolutions des Nations Unies: la Résolution de l'Assemblée Générale 1353 (XIV) de 1959, dans laquelle on demande le "respect des droits humains fondamentaux du peuple tibétain et pour la vie culturelle et religieuse qui lui est propre", la Résolution 1723 (XVI) de

réponses ont été données par différents organismes internationaux en ce qui concerne les violations des droits de l'homme au Tibet,<sup>8</sup> les faits ne pouvant être jugés par la Cour Pénale Internationale, car ils ont été dénoncés avant 1998, date d'entrée en vigueur de la Cour (art. 11 du Traité de Rome) – ni devant les tribunaux chinois – par les particularités du fait, le temps écoulé et ainsi que le démontrent les gestions infructueuses déjà réalisées par les autorités tibétaines –.

Le dernier jugement consiste à éviter que la plainte implique un abus dans l'exercice du droit à l'accès à la juridiction espagnole, ce qui peut se constater avec les documents qui accompagnent la plainte et dans lesquels se justifie l'existence de certains faits qui revêtent l'apparence d'un génocide, ainsi que la compétence de la juridiction espagnole pour son jugement. Ainsi, l'AN, en acceptant le recours en appel contre le refus de l'affaire par le Tribunal d'Instruction n° 2, accepte, donc, de s'occuper de l'affaire pour crime de génocide contre les mandataires chinois.

Enfin, il faut se référer au premier arrêt condamnatore pour l'une des procédures lancées devant l'AN pour crime de génocide. C'est ce que l'arrêt de l'AN 16/2005, du 19 avril, dans l'"affaire Scilingo" a impliqué: une surprenante nouvelle "mise au point" dans la construction réalisée jusque là. Dans cet arrêt, l'Audience Nationale abandonne la qualification de génocide, terrorisme et torture soutenue par le juge instructeur et sollicitée par l'accusation civile et acceptée par l'Audience Nationale et la Cour de Cassation, au moins de manière "provisoire" dans le jugement de sa compétence juridictionnelle – et qualifie les faits de crime de lèse-humanité. Concrètement, elle condamne Adolfo Scilingo à 640 ans de prison pour crime de lèse-humanité avec 30 morts, pour un crime de torture et un crime de détention illégale, étant donné sa participation à deux "vols de la mort" (prisonniers jetés d'un avion en plein vol), pour une détention illégale et pour acte de torture sur une personne.

Le changement de qualification de l'AN, puisque, face au concept social étendu de génocide, initialement soutenu par l'Acte de 1998, elle accueille une interprétation stricte du concept de "groupe national", pose deux grands

---

l'Assemblée Générale de 1961 qui reconnaît son droit à l'autodétermination, et la Résolution 2079 (XX) de 1965.

<sup>8</sup> Parmi celles que mentionne l'Acte: la résolution du Parlement Européen sur les Droits de l'Homme au Tibet du 15 mars 1989, les prononcés du Congrès et du Sénat des Etats-Unis de 1987 et 1989, du *Bundestag* allemand de 1987, du Parlement italien de 1989 ou de la Convention Internationale sur le Tibet et la paix dans l'Asie du Sud de 1989.

problèmes: l'application de l'article 607 bis du CP [Code Pénal], introduit par la LO 15/2003, à certains faits survenus il y a trente ans suppose la violation du principe de légalité, qui s'approche de l'interdiction de non-rétroactivité des normes défavorables. En revanche, l'AN met en place l'application de l'art. 607 *bis* aux faits dénoncés en vertu du droit coutumier international qui, déjà au moment où se sont produits les faits punis, envisageait la sanction des crimes contre l'humanité. L'AN considère que, une fois que la norme nationale – art. 607 *bis* – intègre dans notre législation une norme préexistante du Droit international public, avec le caractère de *ius cogens* et l'efficacité *erga omnes*, son application à des faits antérieurs ne supposerait pas une violation du principe de légalité puisque son application ne serait pas rétroactive respectivement au mandat que celle-ci envisage.

Mais cette nouvelle qualification implique, en outre, une reformulation de l'exposé du problème, jusqu'à ce moment défendu, du principe de justice universelle de l'art. 23.4 LOPJ. Jusqu'à aujourd'hui, on avait assuré la compétence de l'AN, avec les oscillations signalées par rapport aux critères corrects établis par la jurisprudence, argumentant que le crime de génocide était inclus dans l'art. 23.4 LOPJ. Cependant, le crime de lèse-humanité ne se trouve pas dans la liste des crimes pour lesquels la compétence extraterritoriale est attribuée aux organes juridictionnels espagnols. Pour éviter cet important écueil, l'AN fonde la vigueur du principe de justice universelle non pas dans la couverture légale d'un article comme l'art. 23.4, ni dans une mutation de celui-ci dans un traité international, mais directement à partir de son caractère international. De cette façon, la légitimation de la procédure de jugement des crimes commis contre la Communauté internationale dériverait directement du droit de la personne.<sup>9</sup>

Mais cette interprétation est lourde, c'est pourquoi on ne modifie pas la législation espagnole dans le but d'inclure dans le catalogue des crimes énumérés dans la liste de l'art. 23.4, le crime de lèse-humanité. Ces crimes pourront seulement être traités par des tribunaux espagnols quand on applique d'autres principes figurant aux titres 1, 2 et 3 de cet article: principe de territorialité, principe réel ou de protection, et principe de personnalité.

---

<sup>9</sup> Comme le souligne très justement GIL GIL, A.: "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-rl (2005).



En attendant la réponse de la Cour de Cassation, même si l'on a déjà assisté à la présentation d'un recours à cet arrêt controversé, les critiques doctrinales à propos de son fondement juridique ne se sont pas faites attendre.<sup>10</sup>

#### *SUMMARY*

*The Spanish Constitutional Court (judgement 237/2005, 26<sup>th</sup> September) has given back the pure or absolute character to the principle of universal justice in Spain, as it is contemplated in art. 23,4 of the Statutory law of Judicial Power, after the attempts of restriction made by the Supreme Court and the National Court in the "Guatemala Case". Both Courts, influenced by the legislative and jurisprudential tendency of other European countries (particularly Germany and Belgium), have tried to condition its exercise to the presence of connection links with state interests.*

---

<sup>10</sup> Voir l'analyse critique de GIL GIL, A.: "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", *op cit.* Cet auteur conclut en faisant ressortir la manière dont le désir d'éviter l'impunité des faits déterminés conduit à des interprétations de caractère excessivement vaste des genres pénaux et de la LOPJ qui en arrivent à violer, comme dans le cas de cet arrêt, les principes de légalité en ce qui concerne les peines et de non rétroactivité des lois pénales.

**deve rimanere bianca**

## **La marche forcée vers l'unification de la procédure pénale en Suisse**

par

**PIERRE-HENRI BOLLE**

Professeur aux Universités de Neuchâtel (Suisse)  
et de Galatasaray (Turquie)

Plus que celle du droit pénal de fond, la réforme de tout le droit pénal de procédure traduit une importante évolution de la société et de la conception que l'on se fait dans un pays des rapports des citoyens entre eux et de ceux qu'ils entretiennent avec l'Etat et ses autorités. Et cette évolution prend des airs de révolution quand elle se traduit par l'unification de la procédure pénale dans un petit Etat comme la Suisse qui compte 26 cantons et un Etat fédéral, lui-même doté de trois procédures pénales différentes (fédérale, militaire et administrative), soit 29 systèmes dont on découvre avec surprise, voire stupéfaction, qu'ils sont fort divers. C'est ainsi que certains pratiquent l'opportunité ou la légalité des poursuites, connaissent le juge d'instruction ou l'ignorent ou l'ont aboli, ont consacré la participation populaire à la justice pénale sous forme ici du jury, là de l'échevinage, et quant aux voies et moyens de recours, ont institué la cassation, ou l'appel, voire les deux. Il y a là davantage que des différences techniques: des choix de société.

Or, le Conseil fédéral (gouvernement), suite à une révision de la toute récente Constitution fédérale de 1999, vient de saisir les Chambres d'un projet de procédure pénale fédérale unifiée (Feuille fédérale 2006, p. 1057 ss) qui fut, comme le veut la légistique au plan fédéral, précédé de vastes procédures de consultation, qui ont en l'espèce souligné autant les divergences profondes que les points communs, mais qui ont aussi permis aux auteurs du projet, d'opter pour les solutions les plus respectueuses de majorités et de motiver

soigneusement là où, compte tenu des objectifs et impératifs juridiques et/ou politiques, il s'est agi de faire douce violence aux cantons dont les spécificités sont sacrifiées. Ainsi, l'espoir est bien réel de voir les travaux parlementaires aboutir dans un délai raisonnable, en tous les cas plus raisonnable que le rythme pachydermique auquel le législateur fédéral nous a habitués pour légiférer sur des réformes essentielles, et que le référendum sur le nouveau code nous sera épargné, et si tel n'était pas le cas, qui sera rejeté en votation.

Il n'en demeure pas moins que certains arguments subsistent en faveur du *statu quo*: la solution fédéraliste du droit positif, étant entendu que cette option ne signifie pas l'immobilisme, la stratification des institutions et des pratiques, mais la préférence pour la voie de l'harmonisation, plus souple et respectueuse de la mosaïque des cultures socio-juridiques cantonales, au détriment d'une unification, par nature plus brutale et dommageable en termes de fédéralisme.

C'est pourquoi il nous a semblé pertinent et utile de rompre une lance en faveur du *statu quo*. Mais que nous soyons bien compris: il n'y a pas là l'expression d'une opposition de principe à l'unification de la procédure pénale suisse, mais celle de notre souci de respecter la nature plurielle de la Suisse, de son type de démocratie et de la culture socio-juridique qui la sous-tend (P.H. Bolle, *Du juge des vallées à la procédure pénale fédérale*, in: Unification de la procédure pénale, fédéralisme et organisation judiciaire, vol. 23 des Etudes et colloques de l'Institut du fédéralisme, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2003, p. 3 ss, 14). Voici donc quelques-uns de ces arguments:

- Depuis 1898, date de l'insertion dans la Constitution fédérale de 1874 d'un article 64 bis, une disposition dont l'esprit avait été respecté dans la Constitution fédérale de 1999, en son article 123, le droit de punir revient à la Confédération, tandis que celui de juger appartient aux cantons "comme par le passé", un partage des attributions pénales qui respecte le fédéralisme dans la conception socio-culturelle qu'on en a en Suisse.

- Dans un petit pays comme la Suisse, dont les entités fédérales sont parfois minuscules, les policiers, juges et autres magistrats pénaux, mais aussi les avocats se connaissent bien, se fréquentent dans l'exercice de leurs fonctions et professions, se respectent dans leur diversité, ce qui facilite leur collaboration et, pendant longtemps, n'a pas trop nui à l'efficacité de la lutte contre le crime.

- La répartition susdite des attributions entre la Confédération et les cantons en matière pénale a subi très tôt quelques accrocs et le législateur fédéral a imposé des règles de procédure et d'organisation judiciaire,

applicables sur l'ensemble du territoire national, par exemple dans le Code pénal suisse et la Loi sur l'assistance aux victimes d'infractions de violence criminelle et dans la Loi sur la circulation routière, sans oublier des concordats inter-cantonaux, approuvés par la Confédération, dans le domaine de l'entraide judiciaire interne en matière pénale, tout cela constituant un fond commun d'institutions et de pratiques.

- La constitutionnalité des normes cantonales de procédure pénale et d'organisation judiciaire pénale peut être vérifiée par le Tribunal fédéral, qui joue ainsi un rôle non négligeable dans l'harmonisation, voire l'unification des institutions et des pratiques.

- Enfin, l'adhésion de la Suisse à la Convention européenne des droits de l'Homme, puis au Pacte ONU II sur les droits civils et politiques, ainsi que sa ratification d'autres instruments internationaux universels, mais surtout régionaux (ceux, notamment, du Conseil de l'Europe), ainsi que la conclusion d'accords bilatéraux avec des Etats voisins ou d'autres, avec lesquels la Suisse est en relation constante, comme les Etats-Unis d'Amérique, contraignent les cantons à adapter leur justice pénale, pas à en changer; ce qu'ils ont fait à satisfaction relative, bon an, mal an, par un processus d'harmonisation.

- Ajoutons en outre un argument de professeur: la mosaïque des systèmes de justice pénale cantonaux est un véritable laboratoire législatif, le droit et la pratique de chaque canton permettant des expérimentations utiles et très illustratives de la richesse d'une culture juridique vécue: pour un comparatiste, unifier, c'est appauvrir, et harmoniser, c'est enrichir.

- Tous ces arguments n'ont pas fait le poids, face à la volonté du gouvernement, puis du parlement, et enfin du peuple souverain qui, en 2003, a permis la révision de la Constitution fédérale qui, dorénavant, confie à l'Etat central une part bien plus importante des attributions pénales: au droit pénal de fond s'est ajouté le droit pénal de forme, étant entendu que l'organisation judiciaire pénale, le droit de la police et celui de l'exécution des peines restent aux cantons à moins que, ajoute prudemment le constituant, une disposition de droit pénal fédéral ne prévienne le contraire.

- A cet argument d'ordre politique, s'en ajoute un autre, d'ordre socio-culturel, c'est la composition de la population du pays: nous constatons que la population des cantons, longtemps homogène, est de plus en plus hétérogène et compte une proportion croissante de Suisses dits "confédérés", c'est-à-dire de

citoyens provenant d'autres régions du pays, et d'étrangers, résidants ou domiciliés en Suisse, ce qui brouille l'authenticité des cultures cantonales.

- Un autre argument est de politique criminelle: pour être efficace, une telle politique doit être rationnelle, raisonnable et cohérente, trois qualités plus difficiles à acquérir et à respecter dans une mosaïque de systèmes très éclatée.

- Enfin, une brochette d'autres arguments sont d'ordre juridique. Il s'agit tout d'abord d'imposer l'égalité de tous devant la loi pénale, d'imposer à tous les mêmes mesures de contrainte, d'offrir à tous les mêmes voies de recours et de faire fonctionner partout une organisation judiciaire commune, à tout le moins comparable. Dans le même ordre d'idées, le souci est de garantir à toute la population une sécurité du droit de procédure pénale: est-il encore raisonnable, voire simplement concevable, d'entrer dans le XXI<sup>ème</sup> siècle avec autant de systèmes de procédure pénale différents? Une chatte n'y retrouverait pas ses petits et à moins d'être un spécialiste processualiste pénal de haut vol, il est quasi impossible à un justiciable, voire à son conseil, de sauvegarder les droits de la défense dans un ensemble aussi hétéroclite de normes, étant entendu que dans certains cantons, la même institution porte des noms différents, et que dans d'autres, la même dénomination qualifie des institutions différentes. D'ailleurs, cette situation peut conduire les autorités pénales étrangères appelées à pratiquer l'entraide internationale en matière pénale avec la Suisse, à des incompréhensions et à des méprises regrettables. Dans son Message à l'appui d'un Code de procédure pénale fédéral, le Conseil fédéral (Message, p. 16 de l'édition séparée) mentionne le souci de garantir l'accès des professions judiciaires pénales (barreau, magistrature, police judiciaire) à la pratique intercantonale, un accès qui peut être entravé par le maintien du *statu quo*.

- A tout cela s'ajoute un argument de poids par les temps qui courent, d'ordre utilitaire et financier: la mosaïque actuelle des procédures pénales helvétiques implique que les justices s'organisent en réseaux, ce qui, malgré ce que nous avons dit *supra* de leurs compréhension et estime réciproques, rend leur coopération lente et onéreuse; et l'entraide pénale intercantonale est en elle-même source de recours. En terme d'efficacité, et alors que les formes modernes de la criminalité font fi des frontières cantonales, comme elles le font des nationales, la situation est devenue intenable.

Telles sont les raisons qui nous ont poussé à qualifier la réforme de la procédure pénale suisse de "marche forcée": non seulement la Confédération y

est contrainte, mais elle doit adopter, pour y parvenir, un rythme de réforme soutenu.

### **Modalités de la réforme et procédure législative**

L'unification de la procédure pénale en Suisse n'est pas un sujet nouveau et la question s'est posée dès l'entrée en vigueur du Code pénal suisse, en 1942. La Société suisse des juristes avait même réservé comme thème de son assemblée générale de 1947 à Neuchâtel ce thème politiquement brûlant; malgré la qualité des travaux présentés à cette occasion, l'affaire fit long feu. Le fédéralisme était alors trop vivace et l'évolution de la criminalité n'avait pas encore montré la nécessité de procéder à cette réforme. Les choses n'évoluèrent qu'à la fin des années 80, et suite à d'importantes réformes apportées au Code pénal suisse, partie spéciale, notamment dans le domaine des infractions contre le patrimoine, réformes dues à l'accroissement de la criminalité économique, organisée ou non, mais de plus en plus de dimension intercantonale, voire internationale. De leur côté, les législateurs cantonaux n'avaient pas chômé et de nombreux codes de procédure pénale avaient été rendus plus efficaces contre ce type de criminalité. Il est donc tout naturel que le problème de l'unification de la procédure pénale helvétique ait été à l'ordre du jour de l'élaboration d'une nouvelle Constitution fédérale à cette époque. Nous l'avons dit, pour des raisons essentiellement politiques et de respect du fédéralisme, la Constitution fédérale de 1999 avait maintenu, dans sa forme originaire, la répartition des attributions opérée par celle de 1874, depuis la nouvelle de 1898. Mais le sujet avait mérité étude et se rappelant la procédure législative qui avait précédé la réforme de 1898 et qui avait conduit le Conseil fédéral de l'époque à désigner un expert, en la personne du célèbre Carl Stooss, pour procéder à une étude comparative des législations pénales cantonales, puis pour élaborer un premier avant-projet de code pénal suisse, deux tâches que l'expert accomplit brillamment de 1890 à 1893, le Conseil fédéral constitua un groupe d'experts qui, de mi-1994 à l'automne 1997 élaborera un rapport sur la faisabilité et l'ampleur de la réforme envisagée. Son rapport, intitulé: *De 29 à l'unité. Concept d'un code de procédure pénale fédéral*, fut largement diffusé dans tous les milieux intéressés dans le cadre d'une procédure de consultation. Les experts distinguèrent quatre concepts de justice pénale (procédure et organisation judiciaire) avant d'exprimer leur choix. Nous en traiterons

ultérieurement. Ce rapport fut bien accueilli de la doctrine et bien sûr, des praticiens rodés au modèle préconisé, ainsi que de ceux qui pouvaient s'en accommoder pour des raisons pragmatiques. Mais la Confédération, forte des résultats globaux de la consultation, s'y opposa, tout en rendant hommage aux vertus et à la légitimité scientifique de cette contribution de droit comparé. Elle ne retint de cet exercice qu'une conclusion, c'est que le temps était venu d'unifier la procédure pénale suisse et que la réforme était faisable. C'est alors que le Professeur Niklaus Schmid, de l'Université de Zurich, qui n'avait pas participé au précédent groupe d'experts, fut chargé d'élaborer un avant-projet de code de procédure pénale suisse. Mission lui fut confiée de s'inspirer du système zurichois, dont le modèle avait été écarté par les experts, mais qui, aux yeux du Conseil fédéral, était davantage apte à répondre aux impératifs d'efficacité, de rapidité et d'économie, qui posait moins de difficultés dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale et qui présentait en outre l'avantage d'être compatible avec les systèmes germaniques, italien et de *Common Law*. Le projet du Professeur Schmid, flanqué d'un abondant rapport explicatif, fut à son tour soumis à une procédure de consultation, puis, retravaillé par les services de la Confédération, avant d'être, sous forme de projet et de message, présenté aux Chambres en décembre 2005 (Feuille fédérale, précitée).

Tel est l'état actuel de la réforme et si le Parlement en est saisi, il n'a pas encore agendé ses travaux.

### **Quelques traits essentiels de la réforme**

Décrire, ne serait-ce qu'à grands traits, l'ensemble du projet de CPPS dépasserait largement la dimension de la présente contribution. D'autre part, cette dernière s'adresse davantage à des lecteurs étrangers à la Suisse et qui ne fréquentent, surtout ne pratiquent pas ou guère, la procédure pénale helvétique. Il semble donc judicieux de se concentrer sur deux aspects: *primo*, ce qui relève d'une approche comparatiste interne, que l'unification, remplaçant l'harmonisation en cours fera disparaître, et *secundo*, de décrire quelques aspects de la réforme typiques des préoccupations d'un législateur contemporain de procédure pénale.

Nous avons signalé *supra* l'effet de laboratoire législatif que produit la mosaïque des procédures pénales helvétiques. En en tirant profit, le groupe



d'experts chargé d'élaborer un concept de CPPS a dégagé de la diversité des lois étudiées quatre modèles d'organisation de la poursuite pénale. C'est là un de ses plus riches apports à la réforme, même si – nous l'avons dit et nous le verrons – le choix qu'il préconisa à l'issue de ses recherches n'a pas été retenu par le législateur (*De 29 à l'unité. Concept d'un Code de procédure pénale fédéral*, p. 31 à 46; A. Kuhn, L'avant-projet de Code de procédure pénale unifiée, in: *Unification de la procédure pénale, fédéralisme et organisation judiciaire*, précité, p. 41 et 42). Nous allons nous en inspirer.

Si les experts n'ont distingué que quatre modèles d'organisation judiciaire de poursuite pénale, ils ne sont pas tombés dans le réductionnisme, même s'ils ne l'ont fait qu'en fonction d'un seul critère: l'autorité ou les autorités de la poursuite. Il s'agit donc de savoir si les investigations (l'enquête préalable ou préliminaire à l'ouverture de l'action pénale, puis, celle-ci étant ouverte, l'instruction proprement dite jusqu'à la mise en accusation ou renvoi à l'autorité de jugement) sont confiées à un juge d'instruction – indépendant ou non du Ministère public – ou directement à un procureur, qui peut déléguer certaines tâches d'investigation à la police judiciaire sous ses ordres. Dans cet exercice de typologie, les experts ont distingué les modèles qu'ils dénomment juge d'instruction I et II, et Ministère public I et II.

### **Modèle du juge d'instruction I**

Dans ce modèle, les investigations ne se distinguent pas vraiment en deux phases: l'enquête préalable ou préliminaire (à l'ouverture de l'action pénale), puis l'instruction proprement dite. Toutes les investigations sont confiées à un juge d'instruction indépendant du Ministère public et des autres autorités judiciaires, comme les juges du siège, voire la Chambre d'accusation qui ne peut intervenir dans sa sphère d'activité qu'*a posteriori*, sur plainte ou recours dirigée contre l'un ou l'autre des actes ou décisions du juge d'instruction. En bonne logique, et comme il est le seul organe judiciaire saisi de la cause avant la saisine de l'autorité de jugement, le juge d'instruction décide de l'ouverture et du classement éventuel de l'action pénale, et de l'option pour une procédure simplifiée ou accélérée. Il est organe d'enquête, de poursuite, d'instruction et de renvoi. Comme il ne peut pas tout faire tout seul, la police judiciaire lui est subordonnée. Il en est le seul chef, des premières investigations consécutives à

la découverte de l'infraction, jusqu'à la saisine de l'autorité de jugement, moment où il passe définitivement la main, et à partir duquel il n'apparaît ni n'intervient plus dans la procédure. Quant au Ministère public, son rôle est clair et limpide tout au long de la procédure: il est et reste partie au procès, où il représente la société. Il va donc intervenir en procédure avec tous les droits des parties qui en découlent, au stade de l'ouverture de l'action pénale, tout au long des investigations, au stade du renvoi, puis il joue le rôle de l'accusateur à l'audience de jugement, et enfin, le cas échéant, recourt contre la décision finale. C'est le modèle où le Ministère public a le rôle le moins déterminant sur le déroulement de la procédure, une procédure qui lui échappe autant qu'elle le fait aux autres parties au procès. Ce système implique une nette césure entre les deux phases classiques du procès pénal, à savoir l'information (enquête policière, puis instruction) et le jugement (les débats). Il garantit ainsi aux justiciables qu'une fois l'information close, aucune autorité judiciaire qui y avait joué un rôle institutionnel (par exemple, l'autorité de poursuite, ou celle de mise en détention préventive), continuerait d'intervenir au cours de la procédure de jugement. L'indépendance du juge de jugement est donc parfaite, par rapport à l'autorité pénale chargée des poursuites et de l'instruction.

Cinq cantons connaissent ce système actuellement, à savoir, dans l'ordre alphabétique, Fribourg, Glaris, Vaud, Valais et Zoug (état au 21 décembre 2005).

## **Modèle du juge d'instruction II**

Dans ce modèle, les rôles et missions respectifs des juges d'instruction et Ministère public sont moins simples. L'appareil institutionnel est plus complexe, car les compétences sont partagées entre ces deux organes. En outre, les systèmes réunis dans ce modèle sont très divers. Pourtant, ils ont tous un point commun: partout, le juge d'instruction est soumis – certes, plus ou moins – au pouvoir d'instruction du Ministère public qui jouit, au moins selon la procédure pénale et en théorie, d'une primauté, mais qu'il est loin d'exercer en pratique. Alors, en réalité, le juge d'instruction agit avec une grande indépendance. Faute de textes légaux parfaitement clairs, juge d'instruction et procureur général se partagent missions et compétences de façon quelque peu subjective, au gré de la conception qu'ils se font de leurs rôles respectifs et en

tenant compte des circonstances, notamment de la nature, de la gravité et de la complexité des causes dont ils sont saisis. Si un tel état de fait permet au système de fonctionner avec une certaine souplesse, donc une efficacité certaine, la sécurité du droit en est fragilisée et les justiciables, qui ne savent pas, ou plus, de quelle autorité dépend la procédure, sont plus vulnérables dans la protection de leurs droits fondamentaux; en outre, l'égalité de tous devant la loi de procédure pourrait ne plus être suffisamment garantie.

Dix cantons connaissent ce système, à savoir, Appenzell Rhodes-Extérieures, Berne, Bâle-Campagne (partiellement: pour la procédure ordinaire), Grisons, Lucerne, Nidwald, Obwald, Schaffhouse, Schwyz et Thurgovie.

### **Modèle du Ministère public I**

Ce modèle est directement inspiré du système français, donc, mieux connu des comparatistes. Il se caractérise par une nette césure de l'information en deux phases successives. La première phase est l'enquête préalable ou préliminaire (à l'ouverture de l'action pénale), de la compétence du Ministère public, diligentée en pratique par la police judiciaire. Le juge d'instruction n'y intervient pas, ou bien s'il le fait, c'est en qualité non de juge d'instruction, mais d'officier de la police judiciaire, sur délégation du Ministère public. A l'issue de cette phase purement policière, le Ministère public décide de la suite à donner à l'affaire, et le cas échéant, ouvre l'action pénale dont il a le monopole. S'il l'estime nécessaire, ou tout simplement utile, ou si la loi l'y contraint, le Ministère public saisit le juge d'instruction qui mène alors les investigations en toute indépendance, alors que le Ministère public devient partie à la procédure. L'avantage, c'est que le juge d'instruction est un *vrai juge*: il offre aux justiciables la garantie judiciaire et administre en toute indépendance les preuves à charge et à décharge. Comme il ne lui incombe ni d'ouvrir l'action pénale, ni de dresser l'acte d'accusation ou d'ordonner le renvoi, ni, le cas échéant, de mettre fin aux poursuites, le juge d'instruction jouit d'une indépendance et d'une impartialité suffisantes pour imposer des mesures de contrainte et ordonner la détention préventive. Une fois l'instruction close par le juge d'instruction, le dossier retourne au Ministère public, qui redevient organe de poursuite, ou bien, qui devient organe de renvoi, et statue sur la suite à donner à l'affaire (non-lieu ou acte d'accusation).

Dès lors, le juge d'instruction n'intervient plus dans la procédure, ce qui est normal, puisque la transcription de tous ses actes d'investigation figure au dossier. Si cette navette entre les deux magistrats de l'information est source de complications et de lenteurs, elle garantit l'indépendance et l'impartialité du juge d'instruction et permet, au plan juridique, de faire l'économie de l'institution d'un juge des mesures de contrainte, ou des libertés, et au plan pratique, d'administrer la preuve en amont des débats de façon si équilibrée que les instances de jugement ne seront saisies que des affaires où les charges qui pèsent sur le prévenu sont telles que, confrontées aux éléments à sa décharge, elles seront davantage déterminantes; en d'autres termes, les non-lieux seront plus fréquents, et les libérations au bénéfice du doute, plus rares.

La Loi fédérale sur la procédure pénale entre dans cette catégorie, où elle rejoint les systèmes des cantons d'Argovie, de Genève, du Jura, de Neuchâtel et d'Uri.

## **Modèle du Ministère public II**

Ce modèle existe en République Fédérale d'Allemagne et en Italie, et en Suisse, dans les cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures, de Bâle-Campagne (pour la criminalité économique seulement), de Bâle-Ville, de St-Gall, de Soleure, du Tessin et de Zurich. Il s'agit du seul modèle d'où le juge d'instruction est totalement absent. Le Ministère public a le monopole des poursuites et des investigations. Seul maître à bord, il est le patron de la police judiciaire. Une fois close l'information, et à défaut de prononcer un non-lieu, il devient organe de renvoi, puis, pendant les débats, soutient l'accusation en qualité de partie du procès. Pendant l'information, tout dépend de son autorité, ce qui est gage de cohérence dans l'action de la justice pénale, de célérité et de simplification de la procédure. Mais ces pouvoirs ainsi institués sont redoutables pour les justiciables qu'il s'agit de soustraire à toute pression infondée, à tout risque d'abus. L'égalité des armes entre parties au procès, et la sauvegarde des droits de l'homme l'exigent. Des garde-fous s'imposent. Ils sont de deux ordres: tout d'abord, pendant l'information, toutes les mesures de contrainte limitant les libertés des justiciables, et surtout, la mise en détention provisoire, sont soustraites à la compétence du Ministère public et confiées à un juge des mesures de contrainte, appelé aussi juge des libertés, et le bien-fondé de l'accusation est contrôlé par une autorité judiciaire au terme d'une

procédure intermédiaire. On voit donc qu'en termes utilitaires, l'économie que certains rêvent de réaliser en évacuant le juge d'instruction de la scène pénale, est réduite à presque rien, voire à néant. Il en va de même de l'accélération et/ou de la simplification du procès, si les parties profitent de l'existence de ce juge des libertés et du passage par cette procédure intermédiaire pour user et – abuser – de leurs droits de plainte, de requête et de recours. Ensuite, au cours de la phase du jugement, les débats doivent être résolument contradictoires, donc, soumis au strict respect du principe de l'immédiateté des preuves. Ce système, du moins dans la phase des débats, a l'avantage d'être le plus proche de la procédure accusatoire anglo-saxonne et des procédures germaniques et italiennes; cette parenté est appréciable dans le monde de l'entraide internationale en matière pénale où il réduit les occasions de conflits de culture juridique.

Appelé à choisir entre ces quatre modèles, le législateur suisse a tout d'abord constaté qu'aucun ne constitue la panacée, ni ne l'emporte sur tous les autres (De 29 à l'unité ..., *op.cit.*, p. 33), si bien que trancher pour l'un n'est pas une question de principe, mais d'utilité, de pragmatisme. Il n'est donc pas étonnant que les auteurs du rapport précité n'aient pas opté pour le même modèle que le Professeur Schmid, père de l'avant-projet, dont l'optique fut reprise par le Conseil fédéral dans son projet actuellement soumis aux Chambres fédérales. Vu du dedans comme du dehors, il est d'ailleurs intéressant et en théorie et en pratique de constater que dans un tout petit pays comme la Suisse, et en l'espace de quelques années, des solutions très différentes aux mêmes problèmes soient officiellement avancées, en l'absence de toute considération dogmatique ou idéologique.

### **La proposition des experts: le maintien du juge d'instruction**

Dans leur rapport précité (*op.cit.*, p. 34 à 38), les experts ont fourni une brochette d'arguments en faveur du maintien du juge d'instruction, dont voici la quintessence.

L'expérience l'a démontré, le juge d'instruction, qui instruit à charge et à décharge, offre au prévenu une meilleure protection de ses droits fondamentaux, notamment des droits de la défense. L'examen du dossier par deux magistrats assumant des fonctions différentes pendant l'information est

aussi une garantie de saine justice. Tout particulièrement, cette façon de procéder permet de reconnaître comme tels des soupçons infondés et des accusations injustifiées le plus tôt possible, c'est-à-dire pendant l'information, plutôt que de les liquider ultérieurement en audience publique.

D'autre part, comme nous l'avons déjà mentionné, la disparition du juge d'instruction a des effets pervers qui suppriment tout ou partie des avantages pratiques qu'on peut y voir: la simplification et l'accélération, donc l'économie du procès. En effet, cela ne peut se faire sans offrir à la justice et aux justiciables des garanties accrues, dont la principale est l'institution d'un juge des mesures de contrainte, ou des libertés, ainsi que l'organisation d'une procédure de mise en accusation et, enfin, au cours des débats, le renforcement du principe de l'immédiateté.

Opter pour un modèle de juge d'instruction ne suffit pas. Encore faut-il trancher entre les modèles susmentionnés I et II, car ils sont incompatibles. Le choix n'est pas facile et les auteurs du rapport ne furent pas unanimes à trancher pour le second modèle, qui revêt mieux que l'autre les qualités et avantages que nous venons de mentionner, et, surtout, qui permet de se passer du juge des mesures de contrainte, ou des libertés, une institution lourde, onéreuse, compliquée et difficile à mettre sur pied dans les petits cantons. Faire l'impasse sur un tel juge se justifie de par la qualité du magistrat saisi: dès le départ, la procédure est diligentée par un juge indépendant et impartial.

Ce modèle permet de mieux respecter un des principes cardinaux du procès pénal moderne, celui de l'égalité des armes: tout au long du procès, le Ministère public et l'auteur de l'infraction sont considérés comme parties au procès, et, mis ainsi sur un pied d'égalité, disposent des voies de recours que cette qualité implique.

Magistrat indépendant, le juge d'instruction peut mieux jouer le rôle d'organe de conciliation, surtout, mieux décider de l'opportunité des poursuites, et enfin et surtout, opter en meilleure connaissance de cause pour une procédure simplifiée, notamment, celle de l'ordonnance pénale.

Soumise à la consultation des milieux intéressés, et notamment des cantons, cette solution fut nettement rejetée par 15 sur 26 d'entre eux, au profit de celle qui lui est clairement opposée, celle du modèle du Ministère public II, à la base du projet de CPPS actuellement pendant devant les Chambres. Ce choix est celui du gouvernement, donc est politique, ce qui est normal, et implique que l'essentiel des arguments invoqués à son appui soit plus largement ouvert que

celui proposé par les experts (A. Kuhn, *op.cit.*, p. 41/42). Il s'agit maintenant de l'exposer.

### **La proposition du Conseil fédéral: l'abolition du juge d'instruction et le choix du modèle Ministère public II**

Les arguments en faveur de ce modèle figurent aux pages 25 à 28 du Message. Pour le Conseil fédéral, l'affaire est entendue pour des raisons avant tout utilitaires, rappelons-le: "ce choix représente, sur le plan procédural, la solution la mieux à même de permettre, aujourd'hui comme demain, une lutte efficace contre la criminalité".

Les arguments garantistes, qui avaient en grande partie fondé le choix des experts, sont laissés à l'arrière-plan, sans pour autant être négligés. Nous nous contenterons donc de renvoyer au rapport des experts pour ceux-ci, et d'exposer ceux-là (Message, *op.cit.*, p. 26 à 28).

Pour le gouvernement, il s'agit avant tout d'éviter des doubles emplois et les risques de charges concurrentes, fatals dans les modèles où interviennent en alternance Ministère public et juge d'instruction. Le but est donc non pas tellement de permettre de juger dès que possible, mais d'"optimiser le processus" (Message, *op.cit.*, p. 26) de l'information.

*De facto*, et dans de nombreux cas signalés par la pratique, et même, pour certains, dénoncés par les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'Homme (Message, *op.cit.*, p. 27, n. 61), la distinction des fonctions de poursuivre et d'accuser, confiées au Ministère public, et d'instruction, réservées au juge d'instruction, donc l'indépendance et l'impartialité de celui-ci, sont un leurre. Bref, si le statut du juge d'instruction affuble bel et bien ce dernier de ces qualités, ses fonctions font qu'il ne peut en faire profiter ni la justice, ni le justiciable. Le Conseil fédéral parle même, ici, d'"espoir ... fallacieux", un terme qui nous paraît tout de même un peu fort.

Confrontée à certains types de criminalité grave (économique, informatique, organisée, terroriste), notamment transnationale, la justice pénale doit se spécialiser, ce qui implique une organisation hiérarchisée. Or, le juge d'instruction, tel que préconisé par les experts, est par définition indépendant, donc, ne peut s'intégrer dans une hiérarchie. Il y a alors incompatibilité pratique entre justice spécialisée et juge d'instruction.

Réunir toutes les fonctions de l'information pénale entre les mains du Ministère public fera de ce dernier un grand corps de magistrats, aux nombreux titulaires, plus ou moins hiérarchisés et spécialisés, si bien que ce modèle peut "être concrétisé avec souplesse" (Message, *op.cit.*, p. 27), en fonction des spécificités des cantons (territoire, population, urbanité, tissu économique, etc.).

L'institution d'un tribunal des mesures de contrainte, ou des libertés, aura un coût moindre que celui brandi par les contempteurs du modèle du Ministère public II. En effet, l'imposition de telles mesures, notamment de la détention provisoire, est déjà et dans tous les systèmes, soumis à un contrôle judiciaire exercé par des autorités existantes. Or, soit celles-ci continueront d'exercer cette charge, soit elles en seront soulagées au profit d'une nouvelle autorité *ad hoc*. Il va de soi que cette estimation est quelque peu spéculative, en l'absence de données chiffrées fiables, ajoute honnêtement le Conseil fédéral (Message, *op.cit.*, p. 28).

A ces arguments purement utilitaires, le Conseil fédéral en ajoute deux, plus politiques.

Le premier, d'ordre interne, est le progrès du modèle du Ministère public II en Suisse: six cantons l'appliquent déjà, et lors de la procédure de consultation, neuf autres s'y sont déclarés favorables: Appenzell Rhodes-Extérieures, Berne, Bâle-Campagne, Genève, Grisons, Schaffhouse, Schwyz, Uri et Zoug.

L'autre argument politique est d'ordre externe, c'est que les pays voisins de la Suisse, la France non comprise, ont opté pour ce modèle: dans l'ordre chronologique, la République Fédérale d'Allemagne, l'Italie et l'Autriche. Le Statut de la Cour pénale internationale, auquel la Suisse a adhéré, connaît le même système (art. 53 ss dudit Statut). Ajoutons que la disparition du juge d'instruction des systèmes helvétiques rendra la procédure pénale suisse moins exotique, donc plus fiable, dans le cadre de l'entraide internationale en matière pénale avec les pays de *common law*.

## Conclusions

Que conclure sur ce point, qui puisse intéresser le comparatiste, qui plus est, étranger?

Tout d'abord, un point est certain, acquis et sans conteste: la mondialisation du crime et de la lutte anticriminelle, ainsi que la mobilité des populations,



donc des criminels, donc des agents des systèmes pénaux, condamnent à mort les systèmes pénaux, de fond comme de forme, qui n'atteignent pas la "taille critique", par quoi il faut entendre ceux qui s'appliquent dans des Etats qui ne sont pas suffisamment grands et/ou puissants et/ou riches (critères quantitatifs et qualitatifs). Aucun des cantons suisses n'atteint cette taille critique, et même la Suisse en tant que telle sera bientôt acculée à faire des choix sacrificiels de son fédéralisme, confrontée qu'elle est au puissant mouvement intégrateur européen qui, suite aux Traités de Maastricht et d'Amsterdam, comprend de plus en plus la matière pénale. Le Procureur européen, le mandat d'arrêt européen, Europol, après Schengen, sont à ses portes, et si la Suisse peut se payer le luxe de plus en plus déraisonnable de refuser d'intégrer l'Union Européenne, elle ne peut empêcher cette dernière d'entrer en elle. D'ailleurs, sous son masque d'hypocrisie, le pays semble consentant à cette intégration, et, lambeau par lambeau, se dépouille de ses oripeaux nationalistes. L'unification de la procédure pénale helvétique, et l'adoption de concepts euro-compatibles vont dans ce sens. Il y a là œuvre de politique politicienne autant que de politique criminelle. Il faut s'en réjouir.

Si l'objectif de l'unification est bon, la façon d'y parvenir l'est moins. Et voici pourquoi. Lors des travaux préparatoires à la nouvelle Constitution fédérale de 1999, entrée en vigueur en 2000, la question de l'unification du droit pénal de forme était posée. Par crainte d'un rejet du nouveau texte, le constituant fédéral a repris à l'article 123 al.3 de la Constitution de 1999, la substance de l'ancien article 64bis de la Constitution fédérale de 1874, ajouté en 1898, consacrant ainsi le *statu quo*: le droit de punir à la Confédération, et celui de juger, aux cantons.

Parallèlement, le Parlement s'agitait d'interventions en faveur d'une unification de la procédure pénale et dès mai 1994, des experts planchaient sur cette opération et déposaient leurs conclusions en décembre 1997. Alors que les travaux préparatoires, comme la doctrine (cf. notamment le Professeur Robert Roth: *Vers un tribunal pénal européen? Pour quelles sanctions? Brèves réflexions comparatistes*, in: *L'Espace pénal européen: enjeux et perspectives*, édité par G. De Kerchove et A. Weyembergh, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 283) concluaient à l'incongruité, voire à l'impossibilité de distinguer la procédure pénale et l'organisation judiciaire pénale dans le cadre d'une révision touchant l'ensemble de la justice pénale, le constituant fédéral, le 1<sup>er</sup> mars 2000, fit voter au peuple et aux cantons une révision de l'article 123 de la nouvelle Constitution qui modifie les attributions

pénales entre Etat fédéral et Etats fédérés, allant dans le sens d'une unification de la justice pénale en Suisse.

Le Conseil fédéral allait *illico presto* montrer quelle était son interprétation de ce nouveau texte, puisqu'au début 2000, il confiait au Professeur Schmid le mandat d'élaborer un avant-projet de CPPS, tout en précisant que l'expert devait s'inspirer en priorité du modèle du Ministère public II (A. Kuhn, *op.cit.*, p. 34, n. 12). Le rapport fut déposé en décembre 2000 et est à la base du Message de 2005 dont de larges passages traitent de l'organisation judiciaire pénale. Il s'agit bien là, à notre sens, d'un double langage, dénoncé par plusieurs spécialistes (cf., *passim*, les contributions réunies dans le volume collectif: Unification de la procédure pénale, fédéralisme et organisation judiciaire, *op.cit.*). Est-ce de la mauvaise foi ? Nous ne le pensons pas, et penchons plutôt pour la manifestation de la faiblesse d'un gouvernement collégial aux ministres surchargés et partiellement paralysés par la règle du consensus collégial, combinée à l'incompétence en matière technique d'un parlement de milice, mal à l'aise devant un rapport de plus de 300 pages et un projet de code de plus de 400 articles.

Faut-il regretter ce dysfonctionnement? La réponse ici s'impose tout en nuances. Certes, il eût été préférable de tenir au souverain des propos plus limpides, traduisant une pensée claire, une volonté univoque et sereine. Cependant, un tel discours, évidemment plus facile à contrer pour des opposants de tous poils, dont les pires sont démagogiques, aurait pour effet pervers d'augmenter les risques de rejet par le constituant (peuple et cantons). *Volens nolens*, le constituant est resté sur ce point dans un flou crépusculaire, se contentant de poser à l'intention du souverain quelques balises. Lui aurait-il fourni toute la lumière qu'il y noyait du même coup les balises. En politique, on peut se perdre dans la lumière comme dans les ténèbres. Seul compte alors le résultat obtenu, le but auquel on est parvenu. Ce but est de doter la Suisse d'une procédure pénale unifiée. Reste à savoir si les Chambres feront suffisamment confiance à un gouvernement qui a dysfonctionné, et le cas échéant, si le référendum sera demandé, puis éventuellement couronné de succès. Si tel devait être (hélas) le cas, il serait juste d'adresser blâmes et reproches aux pères de la réforme avortée, et pour jurer, mais un peu tard, qu'on ne nous y reprendrait plus.

## SUMMARY

*Switzerland is a small country divided into 26 Cantons, each having its own criminal procedure which reflects different cultural and historic traditions, while, as a Federal State, it is endowed with three distinct criminal procedures (federal, military and administrative). Consequently, there exists a total of 29 systems.*

*The Swiss Government, after a series of widespread consultations and debates, has recently presented a project for approval by Parliament, aiming at a unified criminal procedure. In this context, the Author, presents a series of arguments in favour of maintaining the status quo, in other words, of maintaining the Confederation's pluralistic nature, the peculiarities of its democratic system and of its underlying social/legal culture.*

*In the Author's opinion, the arguments in the opposite direction render the reform of the criminal procedure an "uphill trek" and this because the Confederation is in a certain sense compelled to proceed with the reform and, in order to achieve its objectives, must do so in a limited time frame.*

*The Author subsequently outlines the main elements of the reform project, including the various options with regard to potential models for the functions of investigating judge and public prosecutor, and reaches the conclusion that while he approves of the unification idea he is less certain about the method used to achieve this objective.*

## RESUMEN

Suiza es un Estado pequeño dividido en 26 Cantones, cada uno con su disciplina en materia procesal penal, en la que queda reflejada la diversidad de cultura y de tradiciones históricas, y en cuanto a Estado federal, tiene tres procesos penales diferentes (federal, militar y administrativo). Por consiguiente, en total son 29 sistemas.

El Gobierno helvético recientemente presentó a las Cámaras un proyecto de proceso penal unificado tras un largo trabajo de consulta y de confrontaciones.

Ante dicho programa, el Autor, en el intento de respetar la naturaleza pluralista de la Confederación, las peculiaridades de su democracia y de la

subyacente cultura social y jurídica, ilustra algunas alegaciones por el cambio del *status quo*.

Otras alegaciones, en cambio, en opinión del Autor, estarían en contra, por consiguiente, la reforma del proceso penal tiene un recorrido a “marcha forzada”.

Esto se debe tanto al hecho que la Confederación está un poco obligada a hacerlo como también a que para llegar a la meta, el ritmo de la reforma debe ser bastante rápido.

El Autor, a continuación, esboza algunas de las características fundamentales del proyecto de reforma, las distintas opciones con respecto a los modelos posibles de juez de instrucción y de fiscal y en las conclusiones aprueba el objetivo de unificar pero en menor.

## **El inconsciente criminal codicioso en Dostojevski**

por

ALI LASSER

Miembro honorario del Consejo Directivo de la SIDS

El descubrimiento del inconsciente significó en el campo de la Psicología, de la Psiquiatría y de otras ciencias del hombre un acontecimiento tan importante como el de la gravitación universal en el dominio de la Física o en el movimiento rotatorio de la Tierra alrededor del Sol en Astronomía. A partir de este suceso, se empezó a comprender que la conciencia y el Yo eran solamente la superficie de una realidad más vasta y compleja, según sus descubridores y seguidores, que la de la conciencia. Otros, más cautos, sin negar el inconsciente, prefieren concebir el yo como el centro del acontecer síquico, no como su periferia.

### **Naturaleza del lucro**

Antes de desarrollar el tema de este estudio, conviene investigar, aunque sea someramente, la naturaleza del lucro, esto es, si se trata de un instinto, o de una tendencia, o si es algo libre y racional que se identificaría con la “libertad de comercio” predicada por la doctrina del liberalismo económico. Empecemos por averiguar si el lucro es un instinto o una tendencia. Escudriñemos el “Diccionario de Filosofía” de Abbagnano: Instinto. “Una guía natural, esto es, no adquirida ni elegida y poco modificable de la conducta animal y humana...de carácter biológico, ya que se dirige a la conservación del individuo o de la especie y está ligado a una determinada estructura orgánica, lo que la

distingue de la tendencia.” ¿Contiene el lucro estos caracteres? No. El lucro, bajo su forma más general, la ganancia, aunque natural en las relaciones humanas, puede adquirirse o no según la educación y el ambiente social; puede elegirse también y renunciarse. La mayor parte de los hombres lo practican, ya sea para subsistir, o para vivir cómodamente, o para enriquecerse. Sin embargo, una minoría excepcional renuncia a él por motivos religiosos, filosóficos o éticos, como los santos, los sabios y los reformadores. De esto se sigue que es modificable, lo que no ocurre con el instinto, no siendo tampoco de carácter biológico sino económico. Además, no está vinculado a ninguna estructura orgánica como el instinto. Nos acercaremos más a la verdad si concibiéramos el lucro como una “tendencia o inclinación o propensión en los hombres y en las cosas a determinados fines”. (DRAE). Esta inclinación es compatible con la libertad, ya que el hombre no está enteramente determinado por ella. El lucro sería, por consiguiente, una mezcla de tendencia y libertad, a menos que se convierta en codicia en la que se pierde la libertad. De esta pérdida hablaremos más adelante. El DRAE define el lucro en su primera acepción así: “Ganancia o provecho que se saca de alguna cosa”. Y a la tendencia: “Propensión o inclinación en los hombres y en las cosas a determinados fines”. Entre la ganancia y el lucro existe una diferencia de contenido: la ganancia posee una extensión conceptual mayor que el lucro, esto es, ella es el género y el lucro la especie o clase. El lucro se presenta en el comercio, en toda clase de negocios y profesiones y, generalmente, es exigible en dinero. No hay comercio sin lucro, y cuando éste no se traduce en un cobro o pago, no es comercio sino otra cosa. En el caso de que el comerciante done el producto en venta al comprador, cesa de ser comerciante para convertirse en donante, a menos que done el producto para promoverlo o que sostenga financieramente alguna institución benéfica por filantropía. La ganancia, en cambio, puede ser no lucrativa, no comercial, como en algunos juegos de niños y de adultos en los que se actúa y participa por el puro placer del juego, por afición, como en el ajedrez, algunos deportes y otras actividades. Un ejemplo de esto son los retos que se lanzan los niños para verificar quien llega primero a una meta prefijada. En este caso y en otros el móvil de los jugadores no es pecuniario sino axiológico, esto es, ellos persiguen un valor – la velocidad – el de acreditarse como el más veloz o hábil. En el arte, los artistas prefieren el valor de la fama al dinero. Se dice: “Se ganó el aprecio de todos...”

## **El lucro y la “Libertad de comercio”**

Convenía haber determinado, aunque someramente, la naturaleza del lucro, esa especie o clase de la ganancia, antes de analizar su perversión. Ocurre que el lucro, positivo en su forma natural y original, ya que estimula el desarrollo económico y social, es pervertido por la codicia, seducido y engañado por ésta, hasta alcanzar límites intolerables para ponerse al servicio del hedonismo, de la acumulación y de la dominación. El individuo vivirá casi exclusivamente por y para la ganancia de dinero mediante esta desnaturalización del lucro. Obtener la mayor ganancia posible en los negocios es una ley, o ideal, hasta una ética, sin reparar, a menudo si los medios empleados son ilícitos o no éticos. En efecto, cierto liberalismo económico para valorizarse e inspirar confianza, se sirve de los términos “Libertad de comercio” y no de los denigrantes “libertad de codicia” que son los más apropiados en su caso. Ese término “libertad” le permite infiltrarse, penetrar subrepticamente, en el campo de las relaciones comerciales, económicas y jurídicas, y figurar al lado de las auténticas libertades, como las de religión, pensamiento, expresión, voto, tránsito, asociación política, manifestación y oposición pacífica, etc. Al convivir entre virtudes, la “libertad de comercio” se acredita también como virtuosa y le permite a sus defensores, seducidos y poseídos por ella, incurrir en deplorables excesos, lo que es frecuente en algunos países sud americanos donde los hombres de negocios, con excepciones, en vez de ganar un 30 o 40% en sus operaciones, perciben más de un ciento por ciento. La riqueza de una nación acaba, por esta vía, en acumularse en una minoría, lo que produce graves desequilibrios económicos y sociales, desigualdades profundas entre las clases sociales, teniendo las fuerzas mismas de la Historia que intervenir mediante revoluciones para alcanzar un equilibrio razonable. En tal sistema, la libertad no existe, es solamente nominal porque ha sido atrapada por la codicia. El consumidor o usuario es una presa que se disputan los más fuertes. Parecidamente, en los sistemas totalitarios, la tan pregonada justicia es otro nombre con el que se disfraza el apetito de poder. En ellos, el hombre es un esclavo del sistema y se halla en una situación aún peor que en el liberalismo desatado por la codicia.

Ahora bien, el parricidio en que incurrió Iván Karamazovi, uno de los tres personajes principales de la novela “Los Hermanos Karamazovi”, fue inspirado por la codicia agazapada en el inconsciente, llamada por Dostojevski

el “demonio”, la cual lo engañó con la ya célebre frase: “Si Dios no existe, todo está permitido”. Volveremos más adelante sobre este punto.

Dostojevski concebía la conciencia y el inconsciente como zonas en que se libreaba una batalla entre Dios y el “demonio”. El término “demonio” de origen teológico, no debe hacernos sonreír ni parecernos fantástico. En efecto, la codicia existe abstractamente como sustancia o sustantivo pero busca un sujeto, el hombre, en quien concretarse o encarnarse, y de esa encarnación resulta el adjetivo codicioso que al actuar – el verbo – para obtener sus fines, se convierte en un “demonio” si cae en una codicia excesiva o si encuentra oposición a sus fines.

Ocurre con el lucro lo que con otros instintos o inclinaciones. Por ejemplo, alimentarse regularmente es beneficioso para el individuo y la especie pero si se efectúa con demasiada frecuencia y cantidad es nocivo y se convierte en glotonería, esto es, en vicio. El instinto sexual, necesario para la perpetuación de la especie, cae, cuando se hipertrofia, en la lujuria y en otras aberraciones y vicios que lo desnaturalizan como el sadismo y el masoquismo. Así mismo, la ambición política, la normal que aspira al poder libremente elegido para gobernar y servir a la nación, se transforma en tiranía cuando se pervierte. Pero entre el lucro pervertido por la codicia, – no el normal –, y los tres últimos ejemplos citados, existe una diferencia radical. El individuo que se enriquece desmedidamente inspirado por el vicio de la codicia es honrado en la sociedad, en tanto que el glotón, el lujurioso y el tirano son censurados u odiados.

Sin embargo, el lucro y la ganancia son los más poderosos medios de paz, libertad y justicia si se les practica dentro de sus justos límites. Suele pensarse que solo partiendo directamente de la libertad, la justicia y la solidaridad se edificará la paz entre los pueblos. Pero este mismo fin es alcanzable partiendo del comercio. La Unión Europea, por ejemplo, partió sabiamente de un Mercado Común para prevenir las guerras periódicas entre las grandes y las pequeñas potencias que asolaban a Europa durante siglos y la amenazaban culminar en una guerra nuclear que destruiría a la Civilización. Ese Mercado Común ha evolucionado por etapas cada vez más elevadas – un Congreso, una moneda y una ciudadanía europeas, etc., son ya realidades que imposibilitan las antiguas guerras entre las potencias. Una guerra actual entre Estados Unidos y China es hoy más improbable que antes debido a las intensas relaciones comerciales entre ambos países. En las edades primitivas de la Humanidad, el comercio, sin duda, era inexistente. Una tribu, impulsada por la codicia, invadía a otra, le arrebatava sus tierras y animales y mataba a sus habitantes,



pero ella, tarde o temprano, sufría la misma suerte. Un día, alguna tribu más inteligente que las otras, se le ocurrió intercambiar en paz con otras tribus los productos que ambas necesitaban y lo logró con satisfacción para ambas partes. El comercio, acuciado por la necesidad, el lucro y el instinto de conservación, acababa de nacer.<sup>1</sup>

### **Ojeada histórica al inconsciente**

El descubrimiento del inconsciente se asocia, con frecuencia, a los nombres de Freud, Jung, Adler, y otros. La noción del inconsciente, sin embargo, era ya muy conocida por algunos filósofos de los siglos XVIII y XIX. Así, Leibniz recalcó por primera vez, la importancia de las percepciones carentes de conciencia. “Se ve también que las percepciones de nuestros sentidos, incluso cuando son claras, deben contener un sentimiento confuso”. Leibniz, *Monadología, Discurso de Metafísica*, pag. 1q07, Ed. Orbis, Aguilar, Argentina, 1983). Para Leibniz, las percepciones claras eran las conscientes y las confusas las inconscientes por su oscuridad. Su enfoque de la naturaleza del inconsciente era de carácter racional. No se trataba de saber si el objeto percibido era un instinto, tendencia o emoción como sucedió más tarde sino de determinar si su percepción intelectual era clara u oscura. En efecto, Shopenhauer fue más explícito. Para él, la voluntad de vivir en la que fundaba su concepción del mundo era “un impulso ciego, una inclinación sin fin ni razón...un impulso irreflexivo que no tiene razón suficiente en el mundo exterior. (Shopenhaauer. *El Mundo como Voluntad y Representación*. Ed. Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1942, pag. 762 y 763). El siguiente texto del mismo autor, citado por Abbagnano, *Ib.*; es aún más preciso:

“La Voluntad, considerada en sí misma, es inconsciente, como lo vemos aparecer en la Naturaleza inorgánica, vegetal y también en la parte vegetativa de nuestra vida.” (Abbagnano, *Ib.*, pag. 658.) En Hegel, la conversión del Espíritu consciente, por negación de sí mismo, en Naturaleza, y su consiguiente alineación en ella, lo convierte en inconsciente. Shelling vio en el inconsciente

---

<sup>1</sup> *En conclusión: el codicioso es una víctima de la codicia, la cual se personifica en él, lo engaña disfrazándose con la libertad y la verdad, y aún no satisfecha, lo convierte en su cómplice y esclavo.*

el elemento fundamental de su Metafísica, o sea, en uno de los aspectos esenciales de lo Absoluto como la identidad de Naturaleza y Espíritu (o sea, para el caso, de inconsciente y conciencia.) Nicolás Hartmann, más radical, hizo del inconsciente, partiendo de Shelling y Shopenhauer, el fundamento de su filosofía en su obra, *Filosofía de lo Inconsciente*". No obstante, estas nociones del inconsciente poseían un carácter general, abstracto, apropiado a la Filosofía, y carecían de un contenido concreto, particular, de consecuencias prácticas. Fue a finales de la década de los 70, Siglo XIX, cuando el novelista ruso, Dostojevski, le atribuyó por primera vez al inconsciente un contenido concreto, individual, esto es, lucrativo, económico, en su novela "Los Hermanos Karamazovi". Después, a principios del siglo XX o a finales del XIX, el siquiatra austriaco Sigmund Freud, le halló un contenido sexual, aunque no el único, como él mismo lo reconoció: "Todo lo reprimido tiene que permanecer inconsciente; pero queremos dejar sentado desde un principio que no forma por sí solo todo el contenido del inconsciente. Lo reprimido es, por lo tanto, una parte de lo inconsciente. "(Sigmund Freud, *Obras Completas*, Tomo I, Pag. 1063, Ed, Biblioteca Nueva, Madrid, 1948). Jung, en efecto, declaró la existencia de otro inconsciente, del colectivo, pero Dostojevski se anticipó a ambos mostrando el inconsciente lucrativo o económico, cuyo carácter era criminal. El novelista ruso, ciertamente, no analizó el nuevo territorio que se le ofreció desde un punto de vista científico, describiendo y clasificando sus diversas partes y deduciendo la ley general que los regía, sino desde una perspectiva narrativa, novelesca, que no excluía la descriptiva.. Tampoco identificó ese territorio con un nombre, con el de inconsciente lucrativo o económico, sino con el de una lucha entre Dios y el demonio, el inconsciente codicioso en la siquis humana. El nombre "lucrativo codicioso" es una ocurrencia nuestra, ya que me pareció el más apropiado para designar un homicidio cuyo autor intelectual, Iván Karamazovi, actúa inconscientemente para heredar la fortuna de su padre, un terrateniente viejo y corrompido. El autor material del crimen, Smerdiakov, hermano bastardo de Iván, epiléptico, resentido contra su padre, obra bajo la influencia de Iván a quien admira por su inteligencia y por su cultura. La razón, motivo o idea que impulsan al intelectual Iván a incurrir en el parricidio y que constituyen a al vez el tema de la novela es una frase suya "Si Dios no existe, todo está permitido" que impresionará hondamente a Smerdiákov. Esa frase e idea preside toda la novela, l cual, por cierto, fue calificada por Freud como "la novela más acabada que jamás se escribiera..." (Freud, *Ib.*; Tomo II, pag. 1044. ) Para

impulsar a Smerdiákov a que perpetre el crimen, Iván no emplea un lenguaje directo, claro, sino sinuoso, ambiguo, sibilino, dictado por una fuerza extraña, más poderosa que su voluntad, la del demonio, según Dostojevsky –, o se, el inconsciente criminal bajo la forma de la codicia, lenguaje que él emplea sin proponérselo pero que Smerdiákov, el resentido, interpreta erradamente como la voluntad parricida de Iván, como una exigencia suya para que asesine a su progenitor. Desde el punto de vista del inconsciente de Iván, Smerdiákov no estaba equivocado pero sí desde el punto de vista del lado consciente, racional de su hermano Iván quien se horroriza del parricidio, – no hipócrita o cobardemente, – cuando se entera del hecho y, sobre todo, cuando Smerdiákov, a quien visita en la cárcel donde se hallaba recluso como autor del crimen, culpa a Iván de ser el autor intelectual del asesinato. Para Dostoyevski, el hombre está desdoblado en dos realidades contrarias: una oscura, la del Mal, que habita en las profundidades de la siquis, y otra luminosa, el Bien, que mora en sus alturas. Tal desdoblamiento le inspiró su frase: “No creáis en la unidad del hombre”.

Me aproximaré aún más a ese inconsciente codicioso citando algunos pasajes de la novela. En la página 994, *Ib.*, Iván, al entrar al hogar paterno, encuentra a Smerdiákov, a quien detesta, y observa que éste le guiña el ojo y sonríe, como diciéndole: “¿Adónde vas? No pases de largo, mira que ambos somos personas de talento, tenemos que hablar”. Iván, irritado, iba a rechazarlo y alejarse, “pero con gran asombro suyo salió de su boca algo muy distinto.... y le preguntó al criado, suave y dulcemente, si su padre estaba dormido o despierto. Y de modo no menos inopinado sentóse en el banco “. Se inicia así entre ellos un diálogo de sobreentendidos en el que Iván cala los deseos homicidas de Smerdiákov, pero en vez de condenarlas e inclusive, de castigar o denunciar al criado, o de arrojarlo de allí, lo escucha atentamente, a veces con ira, otras divertido, esto es, le “Sigue la corriente”, sin poder evitarlo, dominado por su inconsciente criminal codicioso que desea la muerte del padre para heredarlo. Esa anuencia tácita, inconsciente, de Iván, que reprobaría su yo consciente, acompañada de gestos que la corroboran, se desarrolla magistralmente en la página 1225 del Capítulo VI y en la del VII de la novela. Esa actitud de Iván es interpretada maliciosamente por Smerdiákov como consentimiento o ratificación del parricidio, como la “Luz verde” que se le concede para que lo ejecute. Después del parricidio, Iván, comienza a sospechar si él mismo estará implicado en el hecho. Más todavía: Que él fue el autor intelectual. Esta auto sospecha es una de las ocurrencias más geniales de

la Literatura. En una tentativa para librarse de ella, sostiene otra entrevista con Smerdiákov a quien acusa como al único responsable del parricidio pero Smerdiákov le responde, despectivo, sin tapujos: "... De sobra sabe usted que no he sido yo... usted fue quien mató, usted ha sido y es el principal asesino y yo no fui más que su instrumento, su fiel servidor, y siguiendo sus indicaciones, lo hice..."

### **Consecuencias del Descubrimiento de Dostojevsky**

Ya hemos dicho que este hallazgo Dostojevskyano del contenido económico criminal del inconsciente produjo incalculables consecuencias en la cultura general y en el arte en particular. ¿Por qué en el arte y específicamente en el de la narrativa? Porque antes de la aparición de "Los Hermanos K...", el rol del inconsciente como determinante de los destinos de los personajes era desconocido en la narrativa y en la dramaturgia. Los autores fijaban su atención en otras causas. Así, para citar solo algunos ejemplos, esa atención, en los autores trágicos griegos, sobre todo en Esquilo y en Sófocles, se dirigía a una realidad externa, a la Fatalidad. El fin trágico de un Edipo, incestuoso y parricida, estaba ya determinado por el Hado. Shakespeare supera esta posición fatalista cuando ve en las pasiones y en el carácter de los hombres la explicación y la determinación de su destino. Algo parecido ocurre en el teatro de Molière, Corneille y Racine y también en el de Tirso de Molina y Lope de Vega y otros. Unos tres siglos después, en autores como Ibsen y Brecht, los grandes determinantes están representados por el medio social, la herencia, las estructuras económicas, la cultura, la sociedad clasista. De estos enfoques se aparta radicalmente Dostojevsky en quien el inconsciente, en la novela que mencionamos aquí, es el que determina el destino de los personajes.

Hay algo más. Parece que el inconsciente económico criminal rebasa el campo artístico y penetra en el del Derecho Penal, la Ética y la Criminología. ¿Qué rol desempeñan la responsabilidad penal y moral en el caso de Iván Karamazovi y de quienes viven su misma situación? ¿Existe o no esa responsabilidad? Iván, como acaba de verse, no es autor intencional, consciente, del parricidio, al que al contrario, abomina con toda su conciencia, y por consiguiente, no sería responsable del parricidio ni punible. El principio general consagrado por el Derecho Penal es que nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido intención de realizar el hecho que lo

constituye... (Art. 61 del Código Penal). Según este principio no son responsables ni punibles el menor de 12 años, absolutamente, y el mayor de 12 y menos de 15, a menos que éste haya actuado con discernimiento (Art. 69). El art. 63 enumera otras situaciones de irresponsabilidad y no punibilidad, como el de las personas que obran en cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de un derecho, o en el de su propia persona o derecho, o en caso de necesidad, etc., a las cuales se aplica el principio de intencional e impunidad, pero entre esas situaciones no se previó el caso del sujeto que, como Iván, se convierte en autor intelectual sin intención, sin darse cuenta, ya que fue impulsado solamente por su inconsciente, por su doble, su otro, quien le insinúa a Smerdiákov que cometa el parricidio. Las palabras insinuantes salen de la boca de Iván sin que él se proponga, como si obedeciera a una voluntad poderosa y extraña, privándolo de la conciencia de su acción y de su libertad. Obra, hasta cierto punto, como un autómata. En estas circunstancias, ¿Es Iván responsable de parricidio? Pienso que no lo es porque no fue el genuino Iván sino el otro, el doble, el inconsciente suyo –“No creáis en la unidad del hombre” – decía Dostojevsky –, el que, a fin de cuentas, determino el crimen. Iván, ciertamente, no es responsable pero la prueba judicial de su inocencia es casi imposible. El condenado por el juez fue Dimitri Karaamazovi, el impetuoso hermano de Iván, abandonado por su padre en su niñez. Dimitri, públicamente, habló mal de él, deseó su muerte y hasta lo amenazó con ella. Estas imprudencias, junto con otros actos sospechosos en que incurrió durante la noche del parricidio, lo comprometieron gravemente a la hora de las averiguaciones, hasta el punto de que fue condenado por el juez por haberlo hallado culpable... Dimitri termina aceptando su culpabilidad, más no la individual, la pronunciada por las leyes humanas y quienes las aplican sino la dictada por las leyes divinas, por la solidaridad del género humano, la de que “Todos somos culpables de todo y por todos”, frase que constituye el subtema de la novela. “todos – dice Iván, espumajeando como una Gorgona inspirada –, todos somos culpables de la muerte del padre; todos, Miitia, yo, Smerdiákov; todos... todos vosotros también porque todos deseáis la muerte de vuestro padre; todos sois parricidas...” Se podría añadir otro factor tan importante como los anteriores, también de carácter irracional, en la determinación del humano destino: la política, esto es, la voluntad de poder. Ya Napoleón decía: “El destino es la política”. El lucro que tentó a Iván Karamazovi y lo empujó al parricidio no fue el natural, el moderado y suficiente, el que participa de la ganancia o juego sin interés material, sino el pervertido por la codicia

insaciable. Esa codicia que obraba en su inconsciente, se personifica, según Dostojevsky, en el demonio en lucha contra Dios que prohíbe matar. Si en Freud, el Yo o Conciencia rechaza por inmoral el deseo incestuoso del niño y lo confina en el inconsciente, en Dostojevsky, ese mismo Yo repulsa el instinto de lucro pervertido por la codicia, la cual, insistimos es una perversión del instinto natural de lucro que obra en las actividades humanas. Sin él no hay desarrollo económico en un Estado, sea o no socialista.

Semejanzas y diferencias entre el lucro pervertido codicioso y el instinto sexual incestuoso en Freud.

Ambos son reprobables para el super yo que los rechaza hacia el inconsciente donde esperan ser satisfechos.

En el inconsciente freudiano, el complejo de Edipo sucumbe, entre otras causas, cuando el niño logra una identificación con el padre por admiración o por amor. En el lucro pervertido podría ocurrir la misma identificación si el padre, a causa de un hecho heroico o un gran cambio positivo en su conducta, se reivindica ante el hijo y gana su admiración. En la novela de Dostojevsky, es cierto, el padre de Iván no cambió su conducta viciosa. Diferencias.–

El instinto sexual incestuoso aparece en la primera edad del niño. El el lucro codicioso a partir de la juventud en la que aparece la razón.

El instinto sexual incestuoso si no es superado por el sujeto puede causarle a éste trastornos síquicos más o menos graves que exigen la intervención del siquiatra. En el caso de Iván, no hubo sicosis o neurosis sino un intenso sentimiento de culpa.

En el complejo de Edipo, el instinto reprimido es de carácter sexual. En el parricidio de Iván, lo que se reprime es la codicia.

Lo expuesto en este estudio es a grandes rasgos, Nos propusimos constatar un hecho evidente: el descubrimiento, por parte del gran novelista ruso Dostojevsky en su obra Los Hermanos Karamazovi, de un inconsciente lucrativo codicioso con antelación al descubrimiento, por parte del gran siquiatra Freud, del inconsciente sexual incestuoso. Esto no significa que ellos descubrieran el inconsciente sino que lo ampliaron añadiéndole nuevos territorios para la ciencia. Sospecho que hay otros por descubrir para futuros exploradores.

## SUMMARY

*Greed, as a perversion of the drive for wealth, serves subconsciously as the inspiration for parricide which is central to The Brothers Karamazov.*

*According to the Russian novelist, its author, Man is split between two opposed inherent natures: the dark sense of Evil which lies in the depths of his psyche and the luminous sense of Good, which emerges in the noblest facets of his character.*

## RÉSUMÉ

L'avidité, en tant que perversion de l'esprit lucratif, inspire, dans l'inconscient, le parricide qui est au centre de "Les frères Karamazov".

Selon le romancier russe, l'homme se dédouble en deux réalités contradictoires: la première, obscure, celle du Mal, qui réside dans les profondeurs du psychisme; la seconde, lumineuse, le Bien, qui plane dans les sphères les plus élevées.

deve rimanere bianca



**CONFÉRENCES INTERNATIONALES /  
*INTERNATIONAL CONFERENCES***

**deve rimanere bianca**

## **ISPAC International Conference on Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls**

by

POLONA MOZETIČ

Institute of Criminology at the Faculty of Law University of Ljubljana, Slovenia

This International Conference on “Measuring human trafficking. Complexities and Pitfalls” was organised at the initiative of the International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme (ISPAC), of the Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (CNPDS) in cooperation with the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) based in Vienna. The Conference took place on 2<sup>nd</sup> – 4<sup>th</sup> December in Courmayeur, Italy.

As the title of the Conference indicates, its aim was to address the complexities and pitfalls of measuring human trafficking. The trafficking of human beings is recognised as a major problem all over the world. However, a comprehensive knowledge of the problem, based on reliable and comparable data, is not available. Despite certain improvements in recent years, the statistics on trafficking are still highly unsatisfactory all over the world. The existing data on human trafficking in various countries are incomplete, unreliable and non-comparable. Accordingly, the international community and individual countries face serious difficulties when trying to develop effective counterstrategies, designed to fight human trafficking and/or help its victims. In this respect, there is an urgent need for a structured monitoring system of human trafficking that would allow to assess and quantify this illegal activity and provide comparable quantitative and qualitative data for the various countries of the world.

The Conference convened public officials, researchers and practitioners in order to discuss the best methods to monitor and measure trafficking in human beings. About one hundred and fifty participants from all over the world attended the Conference. The audience was welcomed by Mr. Romano Blua, Mayor of Courmayeur, Ambassador Renato Ruggiero, President of the Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Mr. Michele Saponara, Under-Secretary of State at the Ministry of the Economy and Finance of Italy, Mr. Enrico Pianetta, President of the *Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani at the Senato della Repubblica*, and Ms. Catherine Volz on behalf of the UNODC.

The Conference was divided into three Working sessions. They covered definitional aspects of human trafficking, disclosed the complex nature of trafficking that causes several difficulties in measuring the phenomenon, and demonstrated some examples of actual measuring and research in human trafficking. The Conference tried to provide some answers to the following central questions in order to improve the measurement of trafficking in human beings across countries: which are the state of the art statistics on trafficking in human beings? How is it possible to gather good statistics on trafficking in human beings and to assess them across countries? Is it possible to develop a collection plan for statistical information and analysis? Which indicators should be considered?

The introductory session critically dealt with definitions of human trafficking and their implications for the development of research methods and crime policies. The first speaker, Mr. Gino Polimeni, Director of the United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), explained the interdependence of the definition of a phenomenon with its measurement. Generally speaking, before we measure a certain phenomenon, we have to define it, and yet, before we define it, we have to know what we are looking at. Furthermore, he examined the ambiguities in the definition of human trafficking, provided by the *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children*, supplementing the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, which entered into force in 2003. He outlined the main characteristics of this definition together with its pitfalls. Due to its complexity, the definition might not be of particular use for measuring trafficking in human beings. In addition, it focuses exclusively on the transnational element of human trafficking and sets aside those aspects of the trafficking phenomenon that are peculiar to for

individual countries. Besides, the Protocol does not provide a definition of a trafficked person and consequently makes it impossible to measure trafficking in human beings from the victim's standpoint. To sum up, it can be argued that the conceptualisation of trafficking, provided in the Protocol, is in certain aspects not satisfactory in some respects.

The second speaker was Mr. Kauko Aromaa, Director of the European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI). He emphasized the importance of a uniform definition for a better measuring of human trafficking and for the development of effective countermeasures. In his opinion, there is a need for a structured monitoring system of human trafficking that would employ relatively uniform criteria and comparable standards. In this respect, statistics should be based on the information provided by the relevant authorities and institutions, including the Non-Governmental Organisations that provide help and support for victims of trafficking, which are important sources of information. Therefore, common criteria should also be developed to effectively and extensively collect their information. However, as Mr. Aromaa outlined, data might provide some insight into the problem, but he did not tell what to do. Or perhaps, more precisely, measurements and definitions do not guarantee a successful crime policy. For a factual reduction of crime opportunities a profane knowledge of the phenomenon is needed. For example, in order to improve victims' cooperation with law enforcement in the investigation and prosecution of human trafficking, victims should receive protection and help in the form of accommodation, financial assistance, job training, and counselling and not be immediately deported – as is often the case – to their countries of origin, but permitted to stay in the country they were brought in.

The third speaker was Ms. Kristiina Kangaspunta, Officer-in-Charge of the Anti-Human Trafficking Unit, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). She presented the database of the Global Programme against Trafficking in Human Beings (GPAT) of the UNODC. This database was established in order to systematically collect and collate open source information on trafficking in persons such as: information on trafficking trends and routes, victim's and offender's characteristics and criminal justice reports. The main sources of the data are official reports from governments, information from Inter – and Non-Governmental Organisations, research reports, conference materials, and media reports. Through the analysis of

information included in the database, it is possible to assess how much a certain country is affected by human trafficking as a country of origin, transit, or destination. In this assessment the number of quotations in different sources is calculated. Trafficking affects almost all countries in the world. Victims are typically recruited from poor or politically and economically unstable countries, transported through countries that provide geographically expedient routes and exploited in more affluent parts of the world. Although the majority of known trafficking victims are women who are trafficked for sexual exploitation, there is a considerable number of men who can be victims of human trafficking as well. Besides, human trafficking that refers to forced labour should not be underestimated or even overlooked. Yet when trying to estimate these hidden forms of human trafficking we face many problems, especially due to the fact that trafficking for forced labour and trafficking of men are not worldwide recognised as a form of human trafficking.

Mr. Roger Plant, Head of the Special Action Programme to Combat Forced Labour of the International Labour Organization (ILO), continued with the topic, Ms. Kangaspunta introduced, and focused on human trafficking for labour exploitation. Since forced labour is a hidden problem, it is difficult to estimate its dimensions. He pointed out that although the *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children* especially mentions only women and children as possible victims of trafficking, human trafficking for labour exploitation affects significant number of men as well. Notwithstanding, trafficking legislation in many countries is limited to sexual exploitation of women and children, and as a consequence, human trafficking for the purpose of forced labour do not appear in their official statistics and reports. Furthermore, there is no relevant understanding as to what are the dimensions of human trafficking for labour exploitation in different sectors of the private economy. In this respect, a huge problem are some modern forms of debt-bondage that are well hidden, yet meet the definition of forced labour.

The last speaker of the day was Mr. Andrea Di Nicola, Researcher at the Faculty of Law, University of Trento, and a Coordinator of Transcrime (Joint Research Centre on Transnational Crime, University of Trento/Catholic University of Milan). He briefly presented official statistics on human trafficking and estimations of the phenomenon in Italy. This presentation referred to the “Study on national legislation on prostitution and trafficking in

women and children”, which was in a greater detail presented on the second day of the Conference.

The introductory speaker of the second day of the Conference was Professor Fausto Pocar, President of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Professor Pocar made a statement concerning an interesting aspect of human trafficking: human trafficking as a crime against humanity.

The second session of the Conference was divided into two parts. Speakers in the first part of this session focused on the question “Why is it difficult to measure human trafficking: the complexity of the phenomenon”, and tried to provide some answers to it. The second part was dedicated to the Non-Governmental Organisations and their viewing of human trafficking.

The next speaker Mr. Jay Albanese, Chief of the International Center, National Institute of Justice, Washington DC, directed the audience’s attention to the criminal network approach to understanding and researching human trafficking. According to this approach, human trafficking is perceived as a network or an enterprise. As a form of organised crime enterprise it has two main goals: to survive in the illicit market and to obtain financial gains. As such, it has to manage between the pressures coming from the regulators and the competition on the one hand. And on the other hand, it has to coordinate between the supply and demand side. When planning measures in order to effectively deal with human trafficking, it is useful to keep in mind this aspect of human trafficking. According to Mr. Albanese, estimates of the phenomenon should focus on risk, stating that a composite index of various risk factors can provide transparent estimates of the number of people at risk of becoming a victim of human trafficking. These estimates should serve as the basis for an effective risk education.

The focus of the Conference was then turned to the EU. Measuring human trafficking from the EU perspective was presented by Ms. Isabella Orfano, Expert Group on Trafficking in Human Beings of the EU Commission. She observed on some serious obstacles for developing systematic assessments on patterns, trends and volume of trafficking in each Member State and in the EU as a whole, based on a clear and uniform methodology. According to her opinion, EU should systematically monitor and evaluate policy measures and programmes at the EU, international and national levels to determine the envisaged and real impact of counter-trafficking policies and improve their effectiveness. She particularly pointed out that the EU Member States should establish an independent institution, where information from different sources

is systematically gathered and analysed. In order to make national data comparable, common guidelines for the collection of data should be developed.

Ms. Monika Smit, Dutch National Rapporteur on Trafficking in Human Beings, presented a Dutch dealing with measuring human trafficking. The study, Mrs Smit presented, was conducted for the Dutch national policy purposes, and accordingly focused exclusively on one country. The collection of data in human trafficking in The Netherlands appears well organised and accurate. Dutch study provides a detailed insight into the way in which human trafficking is committed in the Netherlands, by whom and with which type of victims. However, Dutch policy on trafficking is exclusively concerned with exploitation in the sex industry. Among other things, Ms. Smit expressed the need for a supranational information gathering so as to provide updated information on the phenomenon that would serve as a base for developing appropriate and effective counter-policies against human trafficking and measures that address the needs of the victims. In addition, research on effects of different interventions against human trafficking is also needed.

The second part of the second session entitled “Problems from the Non-Governmental Organisations’ perspectives” took place in the afternoon on the second day of the Conference. While Ms. Xin Ren from the Criminal Justice Division, California State University, provided a review from Asia, Mr. Pradeep Kumar Mehta, Inspector General of Police, presented the situation in India. Mr. Marcello Marinari, Judge at the Court of Appeals of Milan, explained the situation regarding human trafficking in Italy. Mr. Miroslav Scheinost, Institute of Criminology and Social Prevention in Prague, talked about the experience of the Czech Republic. And as the last speaker on this panel, Ms. Codou Bop, Groupe de Recherche sur les Femmes et les Lois au Sénégal (GREFELS), introduced a valuable overview of the situation in Africa, where trafficking often overlaps with some specific cultural characteristics (e.g. the involvement of families in trafficking their children). These perspectives revealed economic, cultural, and social context of the nature and magnitude of human trafficking in different parts of the world.

The third session presented some actual examples of the measurement of human trafficking. The first speaker from this session was Professor Grigoris Lazos from the Department of Criminology, Panteion University, Athens. He conducted a research on trafficking in human beings that is based on interviews with people, who possess relevant information concerning victims and clients of human trafficking. At the same time Professor Lazos emphasized that human



trafficking is primarily a social, economic, cultural and ideological phenomenon and the least of all a criminal behaviour. Despite, when studying statistics on human trafficking one can easily overlook its social context.

The next speaker, Andrea Di Nicola, Researcher at the Faculty of Law, University of Trento and a Coordinator of Transcrime (Joint Research Centre on Transnational Crime, University of Trento/Catholic University of Milan) presented a review of official statistics on trafficking in human beings for sexual exploitation and their validity in the 25 EU Member States and estimates of the phenomenon. His presentation exposed the “state of the art” in data collection on human trafficking in these countries. Only 24% of the Member States have a high reliability of quantitative data on trafficking in human beings, 24% a medium reliability, and the majority of Member States – that being 52% – a low reliability. In general, the existing data on human trafficking are therefore scarce and unreliable, in particular in respect to the hidden nature of the phenomenon. However, this is also due to the lack of specific anti-trafficking legislation, a lack of organisation in the data collection systems and, in some new Member States, the scarcity of adequate funds for data collection. As highlighted in Mr. Di Nicola’s lecture, in the EU it is extremely important to improve the existing data collection systems or implement new ones in order to obtain a clearer picture of human trafficking that will favour the enforcement of more effective counterstrategies and improve prevention and assistance to the victims.

The second day of the Conference was concluded by the speech delivered by Mr. Frank Laczko, Head of Research and Publications at International Organisation for Migration (IOM). He observed that during the last decade there has been a considerable increase in the number of studies about human trafficking. However, relatively few of these studies are based on extensive or empirical research. Mr. Laczko stresses some weaknesses in research on human trafficking such as short timeframe, low budget, non-representative samples, prevailing focus on trafficking in women and children for sexual exploitation, descriptive studies of legislation and policy measures, few detailed and independent evaluations of counter-trafficking measures, focus on the ‘supply’ side and transit countries, rather than ‘demand side’. He presented the IOM Counter Trafficking Module (CTM) Database, which was created to facilitate the management of assistance and return and reintegration programmes for the victims. However, it also contributes to the improvement

of understanding about the causes, processes, trends, and consequences of trafficking.

The third and last day of the Conference was reserved for only two speakers. First, the audience was invited to listen to Mr. Gert Vermeulen, Director of the Institute for International Research on Criminal Policy (IRCP) at the University of Ghent. Like his predecessors, he emphasized the importance of data collection for preparing and supporting evidence-based policymaking and outlined the possibilities to improve European data collection on human trafficking. At present, there is no comprehensive matrix of relevant indicators, characteristics and variables, standardised for the entire EU for the purpose of measuring human trafficking. In this respect, Professor Vermeulen presented a blueprint for an EU template and collection plan for statistical information and analysis on missing and sexually exploited children and trafficking in human beings, developed by IRCP and Transcrime.

At the end, the very last speaker was Ms. Sonia Stefanizzi, Professor of Sociology at the University of Milan-Bicocca. Ms. Stefanizzi critically analysed the impact of penal action against human trafficking. Not only does repressive penal action have no effect whatsoever on the causes that influence human trafficking, but leads to a greater exclusion of victims that usually belong to the most marginalized social groups. Therefore, government action should focus on political, social and cultural strategies aimed at improving the status of such social groups, rather than on policies based largely on the penal action. At the end of her presentation, Ms. Stefanizzi referred to an important, yet often neglected aspect of measuring crime: ethics of the researchers.

Together, all the speakers at the Conference pointed out several varied and interesting issues and concerns that ought to accompany our thinking about measuring human trafficking. The Conference was of real significance in that it allowed for an insight into how measuring a crime phenomenon such as human trafficking is developing. Since all presentations noted that the statistical collections were poor, it is fair to assume there are significant gaps in our knowledge concerning human trafficking. In this respect, it is important to develop appropriate methodologies in order to measure not only the dimensions of the phenomenon but also the effectiveness of both interventions against trafficking offences and prevention strategies. In all sessions the presentations were followed by active and intense debates, clearly indicating how complex and controversial this topic is. In all respects, issues, addressed at the Conference, turned out to be of great interest to the participants. At the end

of the Conference Professor Ernesto Savona presented a text of proposed final conclusions and recommendations of the Conference.<sup>1</sup> It includes results of the discussion, list of different issues that were raised during the Conference and eight important recommendations.

---

<sup>1</sup> Proposed final conclusions and recommendations can be found on the ISPAC's website, at <http://www.ispac-italy.org/>.

**deve rimanere Bianca**

# Human Trafficking: a Crime Against Humanity

by

FAUSTO POCAR

President of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia;  
Professor of International Law, University of Milan

## 1. Introduction

The notion of crimes against humanity as developed under international law since the adoption of the Statute of the International Military Tribunal of Nuremberg does not need to be discussed here. It suffices to recall that crimes against humanity were identified as serious violations of fundamental human rights, perpetrated either in war or peacetime as part of a widespread or systematic attack against a civilian population. However, the definition of crimes against humanity may be limited to violations committed in war time for jurisdictional reasons. In this connection, the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (“ICTY”)<sup>1</sup> limits the jurisdiction of the ICTY in respect of crimes against humanity “when committed in armed conflict, whether international or internal in character” (Article 5).<sup>2</sup> The Statute

---

<sup>1</sup> On 25 May 1993, the Security Council adopted the Statute of the ICTY by Resolution no. 827 (S/RES/827). This Statute has been amended several times. See the Resolution at <http://www.un.org/icty>.

<sup>2</sup> According to Article 5 “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: *a*) murder; *b*) extermination; *c*) enslavement; *d*) deportation; *e*)

of the International Criminal Tribunal for Rwanda (“ICTR”), meanwhile, requires that the attack against the civilian population be committed on certain discriminatory grounds as a jurisdictional requirement for the prosecution of crimes against humanity.<sup>3</sup> The most recent Statute, that of the International Criminal Court (“ICC”) adopted in Rome in 1998, does not impose either of these jurisdictional requirements.<sup>4</sup> Thus, the jurisdiction of the ICC extends to violations committed both in war– and peacetime and does not require that the violations form part of an attack against a civilian population which is discriminatory in nature (K. AA. Khan, R. Dixon & A. Fulford, 2005).<sup>5</sup>

The definition of crimes against humanity in the Rome Statute is set out in Article 7, and includes a list of acts which, when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack, will constitute a crime against humanity. The

---

imprisonment; *f*) torture; *g*) rape; *h*) persecutions on political, racial and religious grounds; *i*) other inhumane acts.”

<sup>3</sup> On 8 November 1994 the Security Council adopted the Statute of the ICTR by Resolution no. 955 (S/RES/955). Article 3 “Crimes against Humanity” provides that “The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: *a*) murder; *b*) extermination; *c*) enslavement; *d*) deportation; *e*) imprisonment; *f*) torture; *g*) rape; *h*) persecutions on political, racial and religious grounds; *i*) other inhumane acts.” (The text can be found at <http://www.ictor.org>).

<sup>4</sup> The Statute has been adopted on 17 July 1998 by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (<http://www.icc-cpi.int>). The Statute entered into force on 1 July 2002, in accordance to Article 126, when the 60<sup>th</sup> instrument of ratification was deposited. One hundred Countries are States Parties to the Rome Statute.

<sup>5</sup> For the definition of the crimes against humanity in the Statute of the Special Court for Sierra Leone, in the Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, in the Statute of the Iraqi Special Tribunal, in the Regulation No. 2000/15 concerning the Special Panel for East Timor, see K. AA. KHAN, R. DIXON & A. FULFORD, *Archbold International Criminal Courts*, London, 2005, p. 624 ff.

characteristic element of the ICC definition of crimes against humanity is therefore the existence of a “widespread or systematic attack” against any civilian population. In further defining this element, the Statute indicates that it means a course of conduct involving the multiple commission of serious violations of fundamental human rights, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack.

The last indication is of significant weight, in that it refers not only to State policies, but also to the policies of organizations. Criminal organizations, in association with or independent of national policies, and in particular those of a certain size which are active in international organized criminality may fall within the scope of Article 7 provided that the activity of the organization may be characterized as a widespread or systematic attack directed against groups of civilians. It is after all the most vulnerable civilians who become the targets of organised international criminal activity. It is of course too early to assess how the jurisprudence of the ICC may deal with this matter, as there is no case law of the Court so far. However, it has to be pointed out that the interpretation that the Court will give to the notion “organizational policy” and “widespread or systematic attack” will also impact significantly on the definition of human trafficking as an international crime.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> According to Article 7, crime against humanity means “any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health...”.

## 1 - The Rome Statute in relation to human trafficking (Art. 7)

The following acts listed in Article 7 of the Rome Statute may be considered in relation to human trafficking: enslavement, deportation or forcible transfer, sexual slavery and enforced prostitution, and finally the catch-all clause, “other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health” (W. Schabas, 2004; A. Cassese, 2002; D. Robinson, 2001; C.K. Hall, 1999).<sup>7</sup> Without going into detail, it appears that situations normally referred to as “human trafficking” – such as putting a person on the black labour market, trafficking for purposes of female and child prostitution, exploiting minors in various forms, adopting minors for purposes of removal of organs, and so forth – can easily be characterized as one or more of these acts. In this connection, it may be further pointed out that all these kinds of trafficking have a common denominator, i.e. reducing human beings to forms of property over which an unlimited power is exercised by another human being (Q. Obokata, 2005; J. Fitzpatrick, 2003).<sup>8</sup> This feature of human trafficking is largely underlined in international practice, including in the *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, adopted in November 2000 by the United Nations General Assembly

---

<sup>7</sup> See W. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2004, at p. 41 ff.; A. CASSESE, *Crimes against Humanity*, in Cassese, Gaeta, Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. I, Oxford, 2002, 353-378, at 374; D. ROBINSON, *The Elements for Crimes against Humanity*, in Lee (ed.), *The International Criminal Court*, Ardsley, 2001, p. 57 ff., especially p. 84 ff.; C.K. HALL, *Crimes against Humanity*, in Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 160 ff.

<sup>8</sup> Cfr. Q. OBOKATA, *Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 445 ff.; J. FITZPATRICK, *Trafficking as a Human Rights Violation: the Complex Intersection of Legal Frameworks for Conceptualizing and Combating Trafficking*, in *Michigan Journal of International Law*, 2003, p. 1143 ff.



(A/Res/55/25) (K. Abramson, 2003; L. Potts, 2003; M. Vandenberg, 2002).<sup>9</sup> This Protocol, in defining “trafficking in persons”, puts the accent on the control one person maintains over another person, for the purpose of exploitation<sup>10</sup>. It also finds strong support in the Statute of the ICC, which

---

<sup>9</sup> The Protocol entered into force on 25 December 2003. 101 States are Parties to the Protocol. Full text of the Protocol can be found at <http://www.unodc.org>. See, on the Protocol, K. ABRAMSON, *Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 473 ff.; L. POTTS, *Global Trafficking in Human Beings: Assessing the Success of the United Nations Protocol to Prevent Trafficking in Persons*, in *George Washington International Law Review*, 2003, p. 227 ff.; M. VANDENBERG, *Complicity, Corruption, and Human Rights: Trafficking in Human Beings*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2002, p. 323 ff.

According to Article 3, (a) “Trafficking in persons” shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs; (b) The consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used; (c) The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered “trafficking in persons” even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article; d) “Child” shall mean any person under eighteen years of age.”

<sup>10</sup> The same elements used in the UN Protocol are included in the Convention on Action against Trafficking in Human Beings (Article 4), adopted on 16 May 2005 by the Council of Europe, not yet in force. Full text of the Convention is at <http://www.coe.int>.

In the Framework Decision, adopted by the European Union (2002/629/JHA, in Official Journal of the European Communities, L 203, 1 August 2002, p. 1 ff.), on 19 July 2002 on combating trafficking in human being, the element of the control is highlighted in the definition of human trafficking (see Article 1, “Offences

defines enslavement as “the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such powers in the course of trafficking in persons, in particular women and children” (Article 7(2)(c)).

Commentators on this provision of the Statute have argued that it would be wrong to interpret the crime of enslavement in such a way so as to restrict the jurisdiction of the Court in respect of this crime to traditional forms of slavery. Furthermore, they have added that, in any event, new current forms of enslavement would fall within the Court’s jurisdiction as other inhumane acts intentionally causing great suffering, or serious injury to bodily or mental health. It may be noted, in this connection, that the prohibition of slavery is clearly inherent in human rights protection and is among the rules of customary international law that have to be regarded as mandatory, i.e. as *jus cogens*, and cannot be derogated from by treaty.

It also has to be recognised that the notion of slavery and enslavement has evolved in customary international law. This evolution is sufficiently apparent in the numerous conventions on the abolition of slavery, the abolition of human trafficking, and several conventions on the abolition of forced labour elaborated by the International Labour Organization. In light of these conventions one could easily come to the conclusion that enslavement is an illegal practice under international law that should not be construed narrowly. As a Commission of Inquiry of the International Labour Organization recently stated with regard to the 1930 Forced Labour Convention,<sup>11</sup> the narrow definition of slavery contained in international instruments adopted at the beginning of last century does not preclude the application of the prohibition contained therein to all contemporary features of such a practice.

In this context, it is interesting to note that a Trial Chamber of the ICTY, in the judgment rendered on 22 February 2001 in the *Kunarac et al.* case<sup>12</sup> (later

---

concerning trafficking in human beings for the purposes of labour exploitation or sexual exploitation”, as well as the European Commission Report of 2 May 2006 (COM (2006) 187), based on Article 10 of the Council Framework Decision.)

<sup>11</sup> The Convention adopted on 28 June 1930, was ratified by 169 States (the text is at <http://www.ilo.org>).

<sup>12</sup> *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (Case IT-96-23&23/1), Trial Chamber’s Judgment, 22 February 2001 (paras. 539 – 543).

confirmed by the Appeals Chamber on 12 June 2002),<sup>13</sup> applied just such an approach when it accepted, in relation to the trafficking of women in wartime (M. Jarvis, 2003),<sup>14</sup> that enslavement may occur even when the victims still enjoy *de jure* a certain freedom of movement, but the situation in which they find themselves leaves them with no real choice of escape with the prospect of conducting an independent life (G. Mettraux, 2002; C. Rathgeber, 2002; O. Swaak-Goldman, 2000).<sup>15</sup> Admittedly, the judgment of the ICTY was rendered in relation to wartime. But, as I indicated earlier, in the Statute of the ICTY, crimes against humanity are required to be committed in the context of war for purely jurisdictional purposes. It should not be viewed as a necessary substantive element of crimes against humanity. Therefore, the view expressed by the ICTY on enslavement may well serve as a precedent should a similar case be brought in a peacetime context.

In light of these considerations, if enslavement or slavery, is the characteristic feature of human trafficking – as was stressed, it is interesting to note by the Italian delegation at the Rome Conference – one can only conclude that, at least in its most serious expressions, human trafficking should be qualified as a crime against humanity, both under general international law and the Statute of the ICC.

---

<sup>13</sup> *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (Case IT-96-23&23/1), Appeals Chamber Judgment 12 June 2002 (paras. 116-124).

<sup>14</sup> M. JARVIS, *An Emerging Gender Perspective on International Crimes*, in Boas & Schabas (eds.), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Leiden, Boston, 2003, p. 157 ff.

<sup>15</sup> See G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford, 2005, at p. 175 ff. and p. 243 f.; Boot, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Antwerp, 2002, at p. 500 ff.; C. RATHGEBER, *The Victimization of Women through Human Trafficking – an Aftermath of War*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2002, p. 2 ff.; O. SWAAK-GOLDMAN, *Crimes against Humanity*, in MCDONALD & SWAAK-GOLDMAN, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, The Hague, London, Boston, 2000, vol. I, p. 141 ff.

## 2 - Conclusions

One final comment has to be made. The universal nature of crimes against humanity as crimes under international law imposes an obligation on all States to enact appropriate legislation in order to prevent and repress their commission, and to prosecute persons allegedly responsible for their commission. This obligation also implies a duty to identify the manifold features of contemporary human trafficking in order to define and harmonize offences as between national jurisdictions, with a view to enhancing international cooperation both for preventing and repressing a phenomenon which can only be addressed through the coordinated effort of all States. Harmonization and definition should be addressed, in particular, when a State enacts legislation incorporating the Statute of the ICC at the domestic level, as required by the Statute itself, in light of the cooperation that States must provide to the Court under the principle of complementarity.<sup>16</sup> It is regrettable that some States have delayed this process or have not addressed it properly, and that Italy in particular has still not enacted domestic legislation to comply with the requirements of the Rome Statute several years after its entry into force.<sup>17</sup>

## RÉSUMÉ

L'Auteur, en examinant la traite des êtres humains du point de vue du droit pénal international, se propose de déterminer si, et dans quelles limites et à quelles conditions spécifiques, on peut la définir en tant que crime contre l'humanité.

A partir de cela, l'Auteur conclut en soulignant le devoir des Etats de se donner notamment une législation adéquate pour prévenir et punir ce crime: il

---

<sup>16</sup> The ICC has jurisdiction only when national systems are “unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution” over the crimes within the jurisdiction of the Court (Article 17).

<sup>17</sup> The Treaty was ratified on 12 July 1999 by Law No. 232 (in *Official Journal, Supplement*, No. 167, 19 July 1999).

souligne également l'exigence qu'il y ait une action coordonnée, dans ce but, de la part de tous les Etats.

## RESUMEN

El Autor enfoca la trata de seres humanos conforme al derecho penal internacional con miras a determinar si, y dentro cuáles límites y condiciones específicos, se puede definir como crimen contra la humanidad.

Basándose en dicha premisa el Autor concluye recalcando la obligación que tienen los Estados de dictar una legislación apropiada para prevenir y castigar dicho crimen y la consiguiente necesidad de coordinar, con este fin, el esfuerzo de todos los Estados.

**deve rimanere bianca**

## **La traite et le trafic des personnes en Afrique**

par

**CODOU BOP**

Consultant, Groupe de Recherche sur les Femmes et les Lois  
au Sénégal-GREFELS, Dakar

Comme dans tous les pays du monde, la traite et le trafic des personnes sont pratiqué en Afrique, où ils commencent même à prendre des proportions inquiétantes. Cependant, malgré une certaine prise de conscience, pour des raisons politiques, administratives ou institutionnelles, les progrès dans la connaissance du phénomène restent faibles, de même que les efforts de lutte.

L'on en sait relativement peu non seulement sur l'ampleur du phénomène de manière globale, mais aussi sur le nombre et l'origine des personnes concernées selon la forme de traite ou de trafic considérée. Manquent aussi les données sur les trafiquants, leurs méthodes et types d'organisation et l'infrastructure mise à contribution dans le processus de la traite et du trafic, de même que sur les clients à qui sont destinés les personnes trafiquées. Pour combler les lacunes, de récentes études ont été menées comme celle commanditée en 2003 par l'USAID sur le Sénégal, et dont l'objectif était de fournir des informations et des données sur la nature et la magnitude du phénomène du trafic des êtres humains, en prenant en considération les aspects économiques et les relations de genre. Un autre objectif était aussi de décrire les activités des organismes impliqués dans la prise en charge de la question, des efforts menés par le gouvernement sénégalais dans ce domaine et enfin d'identifier les priorités et lacunes au niveau du pays. Mais devant l'insuffisance des données collectées par l'état et les ONG, peu d'informations significatives ont été recueillies.

Signalons qu'une étude similaire est en cours au Kenya et concerne 11 pays de la sous région.

## I - Les difficultés relatives à la collecte des données

Elles sont causées par:

### *La relative absence de volonté politique des états*

L'on note dans beaucoup de pays africains, une certaine absence de volonté politique de la part des gouvernements à reconnaître l'existence de traite et de trafic des personnes dans leur pays. Ceci explique probablement le faible nombre de pays ayant d'une part, ratifié le Protocole de Palerme<sup>1</sup> et l'ayant d'autre part, harmonisé avec leur législation nationale. En conséquence, la majorité des pays africains n'ont pas encore voté de lois réprimant le trafic et la traite des personnes. Il n'existe pas encore un corpus de jugements spécifiques de ces infractions sur lequel le chercheur pourrait s'appuyer pour collecter des informations sur le nombre personnes condamnées pour traite et/ou trafic d'êtres humains et sur les victimes. Cependant, dans certains cas, les tribunaux peuvent se référer aux articles du code pénal punissant l'enlèvement, l'exploitation, le travail forcé des mineurs de moins de 14 ans et celles qui sanctionnent la prostitution et les violences sexuelles ou domestiques, mais ces jugements n'informent pas spécifiquement sur le trafic et/ou la traite.

---

<sup>1</sup> Le Protocole Additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes plus connue sous le nom de Protocole de Palerme visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (2000) (l'un des trois Protocoles de Palerme) définit la traite des personnes comme suit: "Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes."



### *L'absence de mécanisme chargé de la collecte des données sur le trafic et la traite des êtres humains*

La rareté des recherches et des données collectées sur les formes, les auteurs, les victimes et les pays d'origine et de destination en Afrique et en Europe relève en grande partie de l'inexistence de mécanismes spécifiquement chargés de collecter les données sur le trafic et la traite des êtres humains, au niveau national et régional. Leur création est pourtant une recommandation régulièrement émise lors des réunions et conférences relatives à cette question. Des agences telles que l'Organisation internationale des Migrations ont promis leur soutien pour la réalisation d'un tel objectif qui reste encore à l'état de projet.

Cette lacune aurait pu être comblée par l'existence d'une composante étude et recherche dans les projets ou programmes, au niveau national ou régional, ou par l'intégration de questions concernant la traite des personnes dans la collecte de statistiques nationales. Mais tel n'est pas encore le cas.

### *Une vision sectorielle de la question*

De nombreuses études ont été menées en Afrique soit par les états, soit par les organisations internationales, notamment les agences des Nations Unies concernées par la traite et/ou l'exploitation des personnes, soit par des ONG, mais très rares sont celles qui adressent le phénomène dans sa globalité. De fait, les actions menées concernent le plus souvent. Il en résulte que la plupart des données disponibles concernent l'exploitation des enfants, notamment celle de leur force de travail, de même que les actions menées. Elles visent le plus souvent la protection des victimes, et ne sont pas encore évaluées. Il est à souligner que peu d'entre elles s'intéressent à la traite et au trafic des femmes.

### *La diversité des méthodologies utilisées*

Certaines recherches privilégient les méthodes quantitatives alors qu'il n'y a pas encore d'études diagnostiques donnant des informations sur la situation. D'autres reposent sur des méthodes qualitatives fondées sur des interviews de fonctionnaires impliqués soit dans la répression, soit dans l'action sociale, de policiers servant soit à la frontière, soit dans la brigade des mœurs, de prostituées, ou alors d'ONG. La plupart sont menées au niveau local et ne permettent pas une généralisation à l'échelle du continent.

*La faiblesse dans la politique de diffusion des résultats* qui pourraient favoriser la comparaison de données entre les pays frontaliers d'une part, les pays membres de la même entité régionale d'autre part et l'ensemble des pays africains.

*Le faible partenariat avec les ONG*, en particulier les ONG de femmes spécialisées en recherche, et celles travaillant pour la protection des droits des femmes et des enfants.

#### *La question de l'état civil*

Dans beaucoup de pays africains, les populations ne déclarent ni les naissances, ni les mariages, ni les décès à l'état-civil. Des mesures incitatives et même des sanctions ont été prises par les pouvoirs publics ou par des agences telles que l'UNICEF ou le FNUAP pour les amener à faire les déclarations. Mais jusque là, il n'y a pas encore d'amélioration notable dans la situation, surtout dans les zones rurales d'où proviennent la majorité des personnes trafiquées, les enfants notamment.

S'y ajoutent des facteurs tels que la relative facilité d'obtention de documents officiels et la possibilité de corrompre les officiers d'état civil, qui sont susceptibles de favoriser le développement du trafic des êtres humains.

Dans beaucoup de pays d'Afrique, les procédures d'obtention de documents officiels tels que les certificats de mariage, de consentement parental à une adoption, ou de bulletins de naissance sont peu rigoureuses.

Dans certains pays, il est possible de obtenir un bulletin de naissance pour une personne qui n'avait pas été déclarée, si deux adultes de bonne foi témoignent devant l'officier d'état civil que cette personne est bien née dans cette localité et qu'elle a l'âge et la nationalité qu'elle affirme.

La pauvreté généralisée et les bas salaires des fonctionnaires qui émettent les documents officiels peuvent augmenter les risques de corruption des témoins ou même de l'officier d'état civil. En effet, des gens qui ne sont pas nés dans le village, ou qui ne sont même pas citoyen du pays peuvent payer des témoins, ou même l'officier d'état civil pour obtenir un bulletin de naissance, puis un passeport. De même, des personnes trafiquées et des trafiquants peuvent être détentrices de documents officiels de pays dont ils ne sont pas originaires, ce qui est une autre difficulté si one veut recenser la nationalité des victimes.

Les récents refoulements par les polices marocaine et algérienne d'émigrés clandestins munis de documents officiels de pays d'Afrique subsaharienne exemptés de visa d'entrée alors que, leur propre pays ne bénéficie pas de tels avantages, attestent de l'existence d'un marché noir de

faux documents en Afrique de l'Ouest. L'on estime que c'est à partir de ce marché noir que des trafiquants, Nigériens surtout, obtiennent des documents officiels pour eux-mêmes et pour leurs victimes.

En ce qui concerne la prostitution infantile, dans les pays comme le Sénégal où la prostitution est autorisée pour toute personne âgée de plus de 21 ans, il n'est pas difficile pour une fille plus jeune d'obtenir par la corruption, le bulletin de naissance confirmant qu'elle a l'âge requis pour être légalement enregistrée comme prostituée.

De plus, des étrangers qui veulent "adopter" un enfant peuvent corrompre ses parents pour qu'ils acceptent de signer les documents les autorisant à amener l'enfant à l'étranger. Souvent les juges ne vérifient pas de façon rigoureuse les circonstances entourant l'acquisition des formulaires de consentement pour savoir comment ils ont été obtenus et pour déterminer si le fait d'aller à l'étranger est dans l'intérêt de l'enfant.

Toujours dans le cadre des problèmes posés par les déficiences de l'état civil en Afrique, il faut aussi considérer la question du mariage.

Dans beaucoup de sociétés africaines, le mariage coutumier ou religieux a plus de valeur que le mariage civil célébré à la mairie. Or le plus souvent, surtout dans le cas des mariages musulmans ou traditionnel, aucun document n'est délivré à la célébration.

Au Sénégal, par exemple, plusieurs types de mariages sont admis par le Code de la Famille, qui donne un délai de six mois pour l'enregistrement à l'état civil, d'un mariage religieux célébré à la mosquée. Malgré cette tolérance, peu de personnes se soumettent à la formalité.

De plus, les mariés ne sont pas physiquement présents lors de la célébration de ces types de mariages. Ils sont représentés par leurs parents ou par des personnes déléguées.

Dans une telle situation alliée à la facilité d'obtention de certificat de mariage, il est aisé de contracter de faux mariages avec des étrangers, qui, dès lors, peuvent obtenir des papiers officiels leur permettant de voyager à l'étranger, ou d'y amener des victimes.

En outre, avec le développement de l'internet, beaucoup de jeunes filles africaines candidates à un mariage avec un homme d'un pays du Nord, créent leur propre site et acceptent d'épouser et de rejoindre en Europe un homme qu'elles n'ont jamais vu et dont elles ne savent rien.

### *La porosité des frontières*

La porosité des frontières africaines est bien connue, et leur traversée, surtout si les postes frontières sont éloignées est facile. Souvent, des deux côtés de la frontière vivent les mêmes communautés ou les mêmes familles.

En Afrique de l'Ouest, du Centre et du Sud des accords économiques régionaux permettent la libre circulation et l'installation des ressortissants des pays membre dans les tous les états des communautés concernées.

#### *Les pratiques traditionnelles de confiage des enfants*

Dans les sociétés africaines, l'enfant appartient à l'ensemble du groupe familial. Et chacun a le droit et le devoir de s'occuper de son éducation. Un membre de la famille peut le prendre soit parce qu'il/elle n'a pas d'enfant, soit parce qu'il/elle a besoin d'aide, soit pour offrir à l'enfant de meilleures conditions de vie et d'éducation. Mais l'on note aujourd'hui un profond dévoiement des pratiques traditionnelles de confiage des enfants. Les petites filles confiées peuvent être utilisées comme aides familiales dans l'agriculture et comme domestiques ou vendeuses dans les familles urbaines et les garçons comme aides familiaux dans l'agriculture, l'artisanat ou la pêche ou, dans le milieu urbain comme apprentis, vendeurs, cireurs, marchands de journaux etc....

## **II - La situation sur le terrain**

Si l'on s'appuie sur la définition du Protocole Additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants de 2000, connu sous le nom de "Protocole de Palerme", non seulement la traite des personnes existe en Afrique, mais toutes les formes y sont présentes: l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage et la servitude. La traite est pratiquée au niveau interne, entre pays du continent et vers l'étranger. Les principales victimes sont les femmes et les enfants qui sont trafiqués dans le cadre de la prostitution, du tourisme sexuel, de la pornographie, du travail domestique ou dans les mines et les plantations et dans la mendicité.

Le travail forcé et /ou dans des conditions abusives

Bien que la pratique de l'esclavage soit formellement interdite dans les constitutions de tous les pays africains, la Mauritanie et le Soudan sont réputés la pratiquer dans ses formes les plus traditionnelles. D'autres pratiques s'apparentant à l'esclavage sont très répandues dans les exploitations agricoles dans des pays tels que le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali. Le servage pour dette existe également. On observe aussi des conditions analogues à l'esclavage et au servage pour dettes dans

le cas de nombreux travailleurs ruraux victimes de pratiques de recrutement coercitives, surtout lorsqu'ils sont destinés aux exploitations agricoles ou au travail domestique. L'on peut citer le système du "trokossi" en vigueur au Ghana, qui consiste à payer une dette à une divinité en remettant une jeune fille à un temple où elle sert d'esclave sexuelle aux prêtres tout en prenant en charge les travaux domestiques.

#### *Traite et trafic des enfants*

##### *Le travail domestique au niveau local*

Des jeunes filles font l'objet de trafic depuis les villages situés en milieu rural jusqu'aux centres urbains où travaillent comme domestiques dans des conditions abusives (exemple des Vidomegon du Bénin)

##### *La mendicité forcée*

Dans plusieurs d'Afrique de l'Ouest (Sénégal, Guinée Bissau, Guinée Conakry, Mali, Niger etc.), des enfants sont remis par leurs parents à des maîtres coraniques qui les forcent à mendier toute la journée et souvent une partie de la nuit, et ce tous les jours. Ces enfants qui doivent subvenir à leurs propres besoins doivent aussi remettre une certaine somme d'argent au maître, sous peine d'être battus.

##### *Le recrutement comme enfant soldat dans les zones de conflit*

##### *Le trafic au niveau régional*

Le scandale des bateaux (Eritonea) en provenance d'Afrique de l'Ouest à destination de l'Afrique centrale, a mis en lumière le cas de centaines d'enfants vendus par leurs parents pour travailler dans des plantations, le secteur de la pêche artisanale, des chantiers de construction, des usines, des carrières, des mines, des entreprises commerciales ou comme domestiques dans les familles, de même que les conditions scandaleuses de travail auxquelles ces enfants sont soumis.

##### *Le trafic international*

Il concerne surtout l'adoption illégale et/ou l'exploitation sexuelle des enfants en rapport avec le développement du tourisme et de l'internet. Dans les zones touristiques les enfants peuvent être loués ou vendus par leurs

parents ou par des proxénètes, ou être utilisés dans les films pornographiques. Un fait préoccupants mérite d'être signalé qui est la croissance exponentielle de la prostitution de fillettes très jeunes (12 ans) encouragée ou facilitée dans beaucoup de cas par des membres de la famille ou d'autres tierces personnes, dont des chauffeurs de taxi, des tireurs de pousse-pousse, des amis, ou des souteneurs/proxénètes traditionnels.

## **La traite des femmes**

### *Au niveau international*

Selon Ms Ndioro Ndiaye, directrice de l'IOM, la traite des femmes est un phénomène que l'on observe dans de nombreux pays de la région. En Afrique, les pays les plus concernés sont le Nigéria, le Ghana, la Côte d'Ivoire, le Sénégal, l'Éthiopie, le Kenya, le Cameroun, le Mali, le Niger, le Mozambique, l'Angola, le Malawi, l'Afrique du Sud et tous les pays en conflit. Par delà les frontières africaines, des pays tels que l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas, les États-Unis, le Moyen-Orient, en particulier le Liban, les États du Golfe, la Thaïlande, la Chine, certains pays d'Europe de l'Est, et même des pays d'Asie tels que la Chine sont des destinations fréquentes pour les victimes africaines tombées dans le piège des trafiquants<sup>2</sup>. Selon les études, dans beaucoup de cas, les femmes trafiquées se sont laissées convaincre d'émigrer "volontairement" en quête d'un emploi, et qui, arrivées à destination, découvrent qu'elles avaient été trompées. Elles n'ont jamais obtenu de contrat de travail, leur passeport leur était retiré dès l'arrivée et il leur était défendu de sortir.

### *Trafic en vue de l'exploitation sexuelle*

Soulignons d'abord que la prostitution des adultes est relativement courante, et même légale dans certains pays, et semble généralement résulter de l'initiative individuelle, plutôt que de la force, la fraude, ou la coercition.

---

<sup>2</sup> Ms NDIORO NDIAYE, Directrice Adjointe de l'Organisation internationale pour les Migration (OIM): Adresse au Groupe africain inter-organisations des Nations Unies sur les femmes et l'égalité entre les sexes, Addis Abeba Novembre 2000

Cependant, de nombreux cas de trafic de femmes et d'enfants ont été signalés dans pratiquement tous les pays de la région. Dans beaucoup de pays côtiers, on peut noter la présence de plus en plus importante de prostituées nigérianes ou originaires de pays en conflit qui attendent que les conditions soient réunies pour être transférées en Europe.

Au Sénégal, le départ d'une centaine de jeunes filles travaillant dans l'industrie de la mode et devant se rendre en Libye, a été empêché par la police qui soupçonnait un trafic à des fins sexuelles.

Au Malawi, des femmes d'affaires malawites liées aux syndicats nigériens ont été accusées de procéder au recrutement local de jeunes filles et garçons moins de 18 ans, que des camionneurs de longues distance amènent en Afrique du Sud où ils sont vendus dans des maisons de passe à Johannesburg<sup>3</sup>. Concernant ce pays, quelques chiffres sur le nombre de femmes trafiquées et les prix de vente sont disponibles.<sup>4</sup>

En France, selon des données collectées par l'Office Central pour la Répression du Trafic des Etres Humains (OCRTEH)<sup>5</sup>, en 2000, les Africaines représentent 27,5% des femmes trafiquées en vue de les prostituer. Ce chiffre était de 20% en 2002, de 15% en 2001 et de 10%. En 2002, l'Office avait démantelé six réseaux de trafiquants, en 2003, ce chiffre a doublé.

### *L'exploitation sexuelle des enfants*

Avec le développement des communications, du tourisme et des nouvelles technologies de la communication, l'exploitation sexuelle des enfants a pris, en Afrique aussi, des proportions extrêmement importantes.

### *Les trafiquants*

Les informations relatives aux trafiquants sont rares: des camionneurs, d'anciennes prostituées, d'anciens enfants trafiqués ont été cités. De même

---

<sup>3</sup> L'Oeil sur la Traite des Personnes: Bulletin de l'OIM. No.5, Janvier 2005. Pretoria

<sup>4</sup> Communication de Jonathan Martens de l'IOM à la conférence sur "The Next Steps to Path Breaking Strategies in the Global Fight Against Sex Trafficking" Johannesburg, Juin 2004

<sup>5</sup> Commissaire Jean Michel COLOMBANI responsable de l'Office Central pour la Répression du Trafic des Etres Humains (OCRTEH) interviewé par le magazine électronique Afrik.Com du 29 Novembre 2005

l'existence de réseaux, au niveau national, régional ou international n'est pas confirmé, ni les liens avec le crime organisé au niveau international.

#### *Les causes*

Elles sont connues dans la plupart des cas:

- Elles sont liées à la pauvreté, à l'instabilité politique et économique, à l'absence totale de perspectives et à la rareté des ressources disponibles dans le pays d'origine, aux conflits et guerres civiles.
- La faible prise de conscience des standards des droits humains, notamment des droits des femmes et des enfants. Comme le dit l'Unicef à propos de la société sénégalaise, une opinion qui s'applique à la plupart des sociétés africaines<sup>6</sup>, *“le faible niveau d'exercice de leurs droits par les femmes, la non application des textes et les pratiques discriminatoires dans la vie quotidienne s'expliquent en partie par le manque d'une véritable culture dans le domaines des droits au Sénégal. Ceci est caractérisé par la faible conscience d'une grande partie de la population de l'existence de droits fondamentaux de la personne humaine et donc de la poursuite de pratiques sociales qui bafouent les droits, les femmes étant le plus souvent considérées plus comme des objets de droit que des sujets de droit. Quant aux règles de droit, les populations qui les ignorent pour l'essentiel, ne s'en sont pas appropriées. De plus il y a peu de structures sociales, peu d'organisations, peu de personnes qui interviennent en faveur d'un respect des droits de la femme en tant que partie intégrante des droits de la personne humaine. Les personnes n'ont pas le réflexe d'exiger la reconnaissance et l'application de leurs droits à travers le dialogue social, encore moins sur le plan juridique”*

### **III - Les actions des intervenants**

Les agences des Nations intervenant sur cette question ou en charge des groupes concernés tels que les femmes et les enfants, certaines ambassades mènent des actions sur le terrain.

---

<sup>6</sup> UNICEF, 2000. Rapport d'Analyse de la Situation de l'Enfant et de la Femme au Sénégal.



### *A - Les Etats*

Avec des degrés différents, les états africains commencent à prendre conscience du phénomène de la traite et du trafic des personnes et s'emploient avec des stratégies et des résultats divers d'y faire face. Au niveau de l'OUA et aujourd'hui de l'Union Africaine des protocoles additionnels à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatifs respectivement aux Droits des Enfants, et des Femmes ont été adoptés. Tous interdisent formellement la traite et le trafic des personnes et invitent les états membres à les réprimer et à protéger les victimes. En Afrique de l'Ouest, la CEDEAO a organisé plusieurs réunions sur le sujet et a élaboré des protocoles. Plusieurs réunions régionales entre pays d'origine et de destination de personnes trafiquées, notamment des enfants pour lutter contre le trafic transfrontalier et le rapatriement dans le pays d'origine ont déjà eu lieu<sup>7</sup>.

### *B - Les ONG*

La très grande majorité d'ONG africaines ne sont pas impliquées dans la recherche. La plupart des actions qu'elles mènent dans le domaine la traite et de trafic des personnes concernent l'accueil des enfants, la sensibilisation des communautés sur le trafic des enfants et sur la pédophilie et le tourisme sexuel. Il s'agit d'actions de faible envergure du fait de:

La faible prise de conscience de la question de la traite et de trafic des personnes,

L'orientation de la majorité des actions des ONG vers la satisfaction des besoins de base des populations: accès à des revenus, agriculture, eau, etc.

La faiblesse des moyens matériels et humains pour mener des actions importantes.

### **Conclusion**

L'actualité récente a été dominée par les comptes rendus de noyades d'émigrés tentant de se rendre en Europe, et par l'analyse des politiques

---

<sup>7</sup> Comme par exemple l'Accord de Coopération entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement de la République du Mali en Matière de Lutte contre la Traite et le Trafic Transfrontaliers des Enfants signé à Dakar en juillet 2004 .

toujours plus répressives contre l'émigration clandestine, avec la majorité des commentaires mettant en exergue la pauvreté de l'Afrique et la mal gouvernance.

Une telle analyse est insuffisante parce qu'elle laisse dans l'ombre la question de l'exploitation des ressources économiques de l'Afrique à travers les politiques néo-libérales et la globalisation qui sont les causes fondamentales de la pauvreté en Afrique. Ce sont elles qui poussent les Africains sur les routes de l'émigration, quelque'en soient les risques.

Un deuxième élément à considérer dans toute analyse du phénomène de la traite et du trafic des êtres humains, est l'inégalité profonde entre les sexes. S'il est admis que les femmes et les enfants constituent les principales victimes de la traite des personnes, à l'échelle du continent, l'explication et la prise en compte adéquate en terme d'actions sont encore insuffisantes. Or tant les femmes continueront d'être marginalisées dans l'accès aux ressources, tant qu'elles ne jouiront pas pleinement de leurs droits politiques, sociaux et économiques, on peut affirmer sans se tromper que la traite et le trafic des êtres humains a encore de beaux jours devant elle.

Il est donc extrêmement important que le chercheur qui collecte des données sur la traite et le trafic soit guidé par la perspective des inégalités entre les sexes et entre les nations.

### *Bibliography*

Afrik. Com du 29 Novembre 2005

L'Oeil sur la Traite des Personnes: Bulletin de l'OIM. No5, Janvier 2005. Pretoria  
MARTENS J, (2004), "The Next Steps to Path Breaking Strategies in the Global  
Fight Against Sex Trafficking" Communication IOM Johannesburg

NDIAYE N, (2000), Adresse au Groupe africain inter-organisations des Nations  
Unies sur les femmes et l'égalité entre les sexes, Addis Abeba Novembre 200

UNITED NATIONS, (2000), Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in  
Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations  
Convention against Transnational Organized Crime

UNICEF, (2000), Rapport d'Analyse de la Situation de l'Enfant et de la Femme au  
Sénégal. PP 150

## **Universal Criminal Jurisdiction with regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes \***

The Institute of International Law,

*Considering* that fundamental values of the international community are infringed by serious international crimes as defined by international law (hereinafter: international crimes);

*Affirming* that universal jurisdiction is designed to protect and uphold these values, in particular human life, human dignity, and physical integrity, by allowing prosecution of international crimes;

*Wishing* therefore to contribute to the prevention and suppression of such crimes with a view to putting an end to impunity which may result, in particular, from the unwillingness or the inability of State authorities to take the requisite steps for prosecution;

*Recalling* that all States bear primary responsibility for effectively prosecuting the international crimes committed within their jurisdiction or by persons under their control;

*Conscious* of the importance of international judicial bodies entrusted with the suppression of international crimes which are not or not adequately prosecuted by the competent national judicial authorities;

*Noting* that universal jurisdiction is an additional effective means to prevent impunity for international crimes;

*Stressing* that the jurisdiction of States to prosecute crimes committed by non-nationals in the territory of another State must be governed by clear rules in order to ensure legal certainty, and the reasonable exercise of that jurisdiction;

*Adopt* the following Resolution:

1. Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality, or other grounds of jurisdiction recognized by international law.

---

\* Resolution adopted by the Institute of International Law at the Session held in Krakow (XVII<sup>th</sup> Commission: Rapporteur: C. Tomuschat).

2. Universal jurisdiction is primarily based on customary international law. It can also be established under a multilateral treaty in the relations between the contracting parties, in particular by virtue of clauses which provide that a State party in the territory of which an alleged offender is found shall either extradite or try that Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, person..
3. Unless otherwise lawfully agreed, the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions:
  - a) Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or non-international armed conflict.
  - b) Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its law, or other lawful forms of control over the alleged offender.
  - c) Any State having custody over an alleged offender should, before commencing a trial on the basis of universal jurisdiction, ask the State where the crime was committed or the State of nationality of the person concerned whether it is prepared to prosecute that person, unless these States are manifestly unwilling or unable to do so. It shall also take into account the jurisdiction of international criminal courts.
  - d) Any State having custody over an alleged offender, to the extent that it relies solely on universal jurisdiction, should carefully consider and, as appropriate, grant any extradition request addressed to it by a State having a significant link, such as primarily territoriality or nationality, with the crime, the offender, or the victim, provide such State is clearly able and willing to prosecute the alleged offender.
4. Any State prosecuting an alleged offender on the basis of universal jurisdiction is bound to comply with the generally recognized standards of human rights and international humanitarian law.
5. States should, where appropriate, assist and cooperate with each other in detecting, investigating, gathering evidence arresting and bringing to trial persons suspected of having committed international crimes, and take adequate measures for that purpose.

6. The above provisions are without prejudice to the immunities established by international law.

26 August 2005

deve rimanere bianca

## **DE IURE CONDENDO**

**deve rimanere bianca**



## Questionnaire sur le pouvoir d'accorder la grâce

“La grâce”, écrivait le philosophe Karl Jaspers (*La question de la culpabilité*) “est l’acte à travers lequel les effets d’un droit pur sont mitigés et la force destructrice est limitée. Les êtres humains perçoivent une vérité supérieure à celle qui est étroitement liée au droit et à la force.”

En tant que “mouvement pour une politique criminelle humaniste”, la SIDS ne peut être indifférente à un tel sujet ; en outre, son caractère international lui permet d’obtenir les données les plus récentes et d’avoir accès à des analyses particulièrement intéressantes en matière de droit comparé et de politique législative.

Ce questionnaire a été rédigé dans le but d’inviter nos lecteurs à fournir, dans les meilleurs délais, de brèves réponses concernant la législation en vigueur dans leurs pays respectifs, en vue de sa publication dans les *Cahiers* que nous nous proposons de préparer d’ici le Printemps 2007.

### 1. Le cadre légal

- 1.1 Le système juridique de votre pays prévoit-il le droit de grâce?
- 1.2 La réglementation relative est-elle contenue:
  - a) dans la Constitution ou dans d’autres lois de la même envergure;
  - b) dans les normes ordinaires (pénales, procédurales ou pénitentiaires);
  - c) dans toutes les deux?

### 2. Le contenu des dispositions sur le droit de grâce

Ces dispositions comportent-elles:

uniquement la remise, totale ou partielle, de la peine infligée;

- a) uniquement de la peine de détention;
  - a/1 aussi des peines de nature pécuniaire;
  - a/2 aussi la commutation en d’autres peines établies par la loi;
- b) aussi l’extinction de la peine accessoire et/ou des conséquences pénales de la sanction,
- c) aussi l’interdiction, pendant une période déterminée, de retourner ou d’avoir son domicile dans le lieu ou le territoire où le crime avait été commis?

### 3. La grâce conditionnelle

La possibilité d'accorder la grâce *sub condicione* (et sujette à révocation) existe-t-elle et est-elle pratiquée dans votre pays:

- a) sur la base de la gravité mineure de certaines infractions (quel degré de gravité?)
- b) dans un laps de temps déterminé (combien d'années?)
- c) moyennant une caution versée à l'Etat ?
- d) moyennant le dédommagement et/ou la prise de mesures réparatrices en faveur de la victime?

### 4. L'autorité intitulée à décider

Quelle autorité – selon la procédure illustrée au point 7 ci-après – a-t-elle le pouvoir d'accorder la grâce:

- a) le Souverain
- b) le Président de la République;
- c) le Parlement;
- d) un représentant du pouvoir exécutif (par exemple, le Premier Ministre, le Ministre de la Justice);
- e) une autre autorité?

### 5. Les conditions pour l'octroi et les critères de décision

- 5.1. La grâce est-elle accordée de façon individuelle, cas par cas, ou dans des circonstances particulières ou, éventuellement, pour une série de cas similaires?
- 5.2. Est-il possible de dresser une liste de critères dont l'autorité intitulée à décider doit tenir compte: âge du condamné, genre, état de santé (physique et mentale), temps déjà passé en prison, temps résiduel d'incarcération, remords et degré de ré-éducation/resocialisation, caractère non-dangereux du sujet, condition économique, temps passé depuis les faits, etc. ?
- 5.3. Le pardon de la part de la victime ou de sa famille constitue-t-il une condition, *de jure* ou *de facto*, pour l'obtention de la grâce?

### 6. L'initiative d'accorder la grâce

- 6.1 Est-ce possible d'accorder la grâce *ex officio*, c'est-à-dire sans qu'il y ait une demande de la part de l'intéressé?
- 6.2 Qui peut prendre l'initiative ou proposer d'accorder la grâce:
  - a) l'autorité judiciaire;

- b) les organes de l'action pénale
- c) le Ministre de la Justice?

7. *La procédure pour accorder la grâce*

- 7.1 Quelles autorités et quels bureaux sont responsables pour l'instruction du cas?
  - 7.1.1 L'autorité intitulée à décider peut-elle accorder la grâce même en l'absence d'une procédure d'instruction?
  - 7.1.2 Un organe consultatif central est-il prévu par l'autorité intitulée à décider et quelle est sa composition?
  - 7.1.3 Est-ce que le bureau du procureur et/ou les organes de surveillance judiciaire ont la possibilité d'émettre des avis relatifs à la grâce ?
  - 7.1.4 Est-ce que l'autorité compétente peut accorder la grâce en l'absence d'une demande émanant du Ministre de la Justice ou d'une autre autorité?
  - 7.1.5 En cas de refus d'accorder la grâce, est-il nécessaire d'en indiquer formellement les motivations ?
  - 7.1.6 Quelles sont les procédures prévues pour résoudre des cas de conflit entre l'autorité qui propose la grâce et l'autorité intitulée à décider?

8. *L'exécution de la décision d'accorder la grâce*

Quelles sont les autorités responsables pour l'exécution de la décision d'accorder la grâce?

9. *La révocabilité de la décision d'accorder la grâce*

Outre les conditions énoncées au point 3 ci-dessus, existe-t-il d'autres circonstances, *de jure* ou *de facto*, qui porteraient à la révocation de cette décision?

10. *Formes de publicité*

- 10.1 Les décisions d'accorder la grâce sont-elles motivées?
- 10.2 Est-ce que les décisions d'accorder la grâce sont reproduites dans une publication officielle de l'Etat ou sont-elles diffusées, le cas échéant, uniquement à travers la presse?

- 10.3 Est-ce que les dossiers contenant des cas de grâce sont accessibles à des fins statistiques ou de recherche?

*11. Cas particuliers*

- 11.1 Est-ce que des procédures particulières sont prévues en cas d'infractions militaires?
- 11.2 Existe-t-il d'autres particularités dans les normes en vigueur ou dans la pratique qui devraient être signalées (considérations quantitatives et tendances à la hausse ou à la baisse, facteurs significatifs dans un tel contexte, etc.)

*12. Perspectives*

- 12.1 Eventuelles modifications des normes en vigueur
- 12.2 Eventuelles modifications de la pratique

## A Questionnaire on the Authority to grant Clemency

“Clemency”, said the philosopher Karl Jaspers (*The question of guilt*) “is the act whereby the effect of a strict law is mitigated and destructive power is kept in bounds. Humans feel a truth which is higher than that to be found in the rectilinear correlation of law and power.”

A “movement for humane criminal policy” such as the International Society of Social Defence (ISSD) cannot fail to be sensitive to such a theme, whilst its international character enables it to acquire state-of-the-art data and evaluations which are useful in the field of comparative law and legislative policy.

In this context, a questionnaire has been drawn up, in which we urge our readers to kindly provide brief responses with regard to their respective legal systems, in preparation for an issue of the *Cahiers* scheduled to be published by Spring 2007.

### 1. *The legal framework*

- 1.1. Does the juridical system in your country make legal provision for the grant of clemency?
- 1.2. Are the provisions for this contained:
  - a) in the Constitution or other laws of comparable authority;
  - b) in the standard legal framework (Criminal, Procedural or Prison Service);
  - c) at both levels?

### 2. *The content of provisions for the grant of clemency*

Do such provisions contain:

- a) only the total or partial remission of the prescribed penalty;
  - a/1) only the prison sentence;
  - a/2) also pecuniary penalties;
- b) also the commutation to other penalties prescribed by the law;
- c) also the removal of supplementary penalties and/or the penal consequences of the conviction;
- d) also the ban, for a given period of time, on returning to, or living in the place or area where the offence was committed?

### 3. *Conditional clemency*

Is there provision, and is it implemented, for the *conditional* grant, subject to revocation, of clemency:

- a) subject to the non-commission of offences of a given seriousness (such as what?) within a given number of years (such as how many?)
- b) subject to the deposit of a sum of money with the State;
- c) subject to the reparation of damage and/or monetary compensation to the victim?

### 4. *Power to grant clemency*

To which authority – pursuant to the sequence in item 7 below – is entrusted the power to grant clemency:

- a) the Sovereign;
- b) the President of the Republic;
- c) Parliament;
- d) An authority of the executive power (e.g. prime minister, minister of justice);
- e) Another authority?

### 5. *Situations and criteria for the grant of clemency*

5.1 Is clemency granted according to the individual, case by case, or, for given situations, possibly even for similar series of cases?

5.2 Is it possible to draw up a set of criteria which the empowered Authority may take into account: e.g., age, sex, state of health (physical and mental) of the offender, period of imprisonment served, remaining sentence to be served, expressions of remorse and level of re-education/re-integration into society, absence of threat from the

subject, economic assets of the subject, time elapsed since commission of the offence, etc.?

5.3 Is forgiveness by the victim or victim's relatives a prerequisite, *de jure* or *de facto* for the grant of clemency?

6. *The initiative for the grant of clemency*

- 6.1 Can the grant be made *ex officio*, i.e. without being requested by the subject?
- 6.2 To whom is entrusted the initiative and proposal for the grant of clemency:
  - a) the judicial authority;
  - b) the prosecuting authorities
  - c) the Minister of Justice?

7. *The procedure for the grant of clemency*

- 7.1. Which authorities and offices are entrusted with the preliminary investigation procedure?
  - 7.1.1 Can the empowered authority make an order for the grant of clemency even if the preliminary investigation procedure has not been set in motion?
  - 7.1.2 Is there provision for a central consultative organ for the empowered authority, and, if so, how is it constituted?
  - 7.1.3 Is there provision for representations relative to the grant of clemency by the prosecution and/or the supervisory judiciary?
  - 7.1.4 Can the empowered authority grant clemency, even without it having been requested, by the Minister of Justice or other authority?
  - 7.1.5. Must reasons be formally stated for refusal to grant clemency?
  - 7.1.6 How are disagreements between the authority proposing the grant of clemency and the empowered authority resolved?

8. *Exercise of the power to grant clemency*

Who are the authorities entitled to carry out the order for clemency?

9. *Revocability of the order for grant of clemency*

A part from the non-realization of the circumstances in item 3 above, are there other circumstances, *de jure* or *de facto* for the order to be revoked?

*10. Forms of publicity*

- 10.1 Are reasons for the order for the grant of clemency to be formally stated?
- 10.2 Are orders for the grant of clemency to be publicized by their insertion in an official State organ, or are they made known to the public only through possible revelation in the media?
- 10.3 Are the official records of proceedings involving the grant of clemency publicly accessible for research or statistical purposes?

*11. Special cases*

- 11.1 Do special procedures apply for those sentenced by court-martial?
- 11.2 Are there other special features, in the regulations in force or routine procedures, that should be noted (quantitative considerations and increasing or diminishing *trends*, significant factors in such a context, etc.)

*12. Outlook*

- 12.1 Prospects of amendments to the regulatory norms
- 12.2 Prospects of changes in practice



## Cuestionario sobre el derecho de gracia

“La gracia – escribía el filósofo Karl Jaspers (*La cuestión de la culpabilidad*) es el acto con el que se modera el efecto de un derecho puro y se limita la fuerza destructiva. La humanidad siente una verdad superior a la de la relación recta del derecho y de la fuerza”.

No cabe duda de que a un “movimiento de política criminal humanista” como la SIDS le interese este tema, y que su carácter internacional le ofrece la posibilidad de recabar datos actualizados y evaluaciones útiles para la comparación jurídica y para la política legislativa.

Con este fin se ha redactado un cuestionario e invitamos a nuestros lectores a contestar solícitamente a las preguntas conformemente a sus respectivas legislaciones, a la mayor brevedad para su publicación en los *Cahiers* que se van a preparar para para la primavera 2007.

### 1. Marco de la disciplina

- 1.1. ¿En el sistema jurídico de su país está prevista la concesión de medidas de gracia?
- 1.2 Su regulación está contenida
  - a) en la Constitución u otras leyes de idéntico rango;
  - b) en la legislación ordinaria;
  - c) en ambos planos;

### 2. Contenido del derecho de gracia

El derecho de gracia puede comprender:

- a) Sólo la condonación total o parcial de la pena impuesta;
  - a/1) sólo respecto de la pena privativa de libertad;
  - a/2) también respecto de la pena de multa;
- b) también la conmutación por otra pena establecida por ley;
- c) también la extinción de la pena accesoria y/o de los efectos penales de la condena;
- d) también la prohibición, por un cierto tiempo, de regresar o de residir en el lugar o en el ámbito territorial donde fue cometido el delito;

### 3. *La gracia condicionada*

¿Resulta prevista, y practicada, la concesión de gracia *sub conditione*:

- a) subordinada a la no comisión de delitos de una cierta gravedad (¿aproximadamente, cuáles?) dentro de un cierto número de años (¿aproximadamente, cuantos?);
- b) subordinada al pago de una suma al Estado?;  
subordinada a la reparación del daño y/o la realización de otras medidas reparatorias hacia la víctima?;

### 4. *La autoridad competente*

¿Cuál es la autoridad a la que – según el itinerario referido en 7 – se confiere el poder de gracia?

- a) el soberano;
- b) el presidente de la República;
- c) el Parlamento;
- d) una autoridad del poder ejecutivo (primer ministro, ministro de justicia);
- e) otra autoridad;

### 5. *Hipótesis de concesión y criterios de decisión*

- 5.1. ¿La gracia resulta concedida de forma individual, caso a caso, o en situaciones particulares puede serlo también para toda una serie homogénea de casos?;
- 5.2. ¿Resulta posible dibujar un cuadro de criterios que deban ser tomados en cuenta por la autoridad decisoria: edad del condenado, sexo, estado de salud (física o mental), duración de la detención cumplida, duración de la detención que reste por cumplir, arrepentimiento y grado de reeducación/resocialización, ausencia de peligrosidad del sujeto, condiciones económicas, distancia temporal de los hechos, etc?;
- 5.3. ¿Está previsto, *de iure* o *de facto*, el perdón de la víctima, o de los familiares, como condición previa a la gracia?

#### 6. *La iniciativa para la concesión*

- 6.1 ¿Resulta posible la concesión de la gracia *ex officio*, es decir, sin mediar petición del interesado?;
- 6.2 ¿A quién resultan confiadas la iniciativa y la propuesta para la concesión de la medida de gracia?
  - a) a la autoridad judicial;
  - b) a los órganos de ejecución penal;
  - c) al ministro de justicia;

#### 7. *El procedimiento de la concesión*

- 7.1 ¿A qué autoridad y órganos queda confiada la instrucción del caso?;
- 7.1.1 ¿Puede la autoridad decisoria emitir un procedimiento de gracia también sin tal instrucción?;
- 7.1.2 ¿Está previsto un órgano consultivo central para la autoridad decisoria, cual es en tal caso su composición?;
- 7.1.3 ¿Está prevista en materia de gracia la posibilidad de que los órganos acusatorios, y/o el juez de vigilancia, emitan informes?;
- 7.1.4 ¿La autoridad que concede la gracia podría decidir también sin una propuesta de gracia proveniente del ministro de justicia o de otra autoridad?;
- 7.1.5. ¿El rechazo de la propuesta de gracia ha de ser motivado?;
- 7.1.6 ¿Cómo se resuelven los casos de discordancia de criterio entre la autoridad que formula la propuesta de gracia y aquella que decide sobre la misma?

#### 8. *La ejecución de la resolución*

- ¿Cuáles son las autoridades llamadas a dar ejecución a la resolución?

#### 9. *La revocabilidad del procedimiento*

- ¿Existen otras hipótesis, *de iure* o *de facto*, de revocabilidad de la gracia más allá de la hipótesis de incumplimiento de las condiciones apuntadas en 3?

#### 10. *Formas de publicidad*

- 10.1 ¿Los procedimientos de gracia han de ser motivados?;

- 10.2 Los procedimientos de gracia son hechos públicos mediante su publicación en algún boletín oficial instituido por el Estado, o la posibilidad de su conocimiento por parte del público deriva únicamente de eventuales noticias periodísticas?;
- 10.3 Los fascículos de los procedimientos de gracia son accesibles a objeto de estudio y estadística.

#### *11. Casos particulares*

- 11.1 ¿Resulta prevista una disciplina particular respecto los condenados por delito militar?;
- 11.2 ¿Existe alguna otra particularidad de la normativa o de la praxis merecedoras de ser expresamente puestas aquí de manifiesto (estimaciones de orden cuantitativo y *trend* en aumento, o en disminución, factores significativos en tal sentido, etc)?

#### *12. Perspectivas*

- 12.1 Perspectivas de modificación de la disciplina normativa;
- 12.2 Perspectivas de cambios en la praxis.

**LA MEDAILLE BECCARIA 2005 /**  
***THE BECCARIA MEDAL 2005***

**deve rimanere bianca**

**Discurso pronunciado por el presidente de la *Société Internationale de Défense Sociale*, profesor Luis Arroyo Zapatero, en ocasión de la entrega de la medalla Cesare Beccaria al profesor Giuliano Vassalli (Milán, 18 de marzo 2005)\***

Magnífico Rector,  
Queridos amigos y colegas,

La consideración de los penalistas y el recuerdo que guardan de mi Maestro Marino Barbero Santos me han dado el privilegio de presidir la *Société Internationale de Défense Sociale* y con el mismo la responsabilidad de cuidar y valorizar el inmenso patrimonio jurídico-cultural que representa esta *Société*, fundada sobre las ruinas de nuestra vieja Europa después de la segunda guerra mundial, a partir de la experiencia jurídica y criminológica fundamentalmente italiana y francesa de Grispigni y Marc Ancel, con el positivismo criminológico italiano y el “defensismo” legalista francés.

A ello se sumó el gran capital de la política criminal y el encuadre social del delito de Alemania, reconstruida física y moralmente en la posguerra, por obra de Hans-Heinrich Jescheck, su más cualificado representante. A todos estos países se une muy pronto la península ibérica – a pesar de su permanencia en la época política anterior- a través de Marino Barbero, anclado en el “correccionalismo” español de Dorado Montero y Luis Jiménez de Asua, como así también del siempre brillante profesor de Coimbra Jorge Figueredo Diaz. Todo ello con el apoyo de ese extraordinario hombre de acción que fue Adolfo Beria d’Argentine y del Centro nacional de prevención y defensa social de esta ciudad de Milán.

En esta nueva etapa, en una Europa que ya ha consolidado su “sueño europeo”, el Consejo de Dirección reunido en Toledo hace dos años decidió volver con la mirada al pasado y distinguir con una marca de reconocimiento a los grandes Maestros fundadores que además, tocados por la varita mágica de la suerte, siguen acompañándonos en edad avanzada, pero con inteligencia joven.

\* Mario PISANI, supremo estudioso de derecho premial, concibió como signo de reconocimiento la medalla que recuerda al primer penalista moderno, Cesare Beccaria, medalla que fue acuñada por el Ayuntamiento de Milán en ocasión del bicentenario del penalista, y que el Ayuntamiento nos cedió para tal fin. En el pasado mes de diciembre en Courmayeur acordamos conceder esta medalla a tres personalidades contemporáneas: M.me ROZÈS, sucesora de ANCEL, Hans-Heinrich JESCHECK y Giuliano

VASSALLI. Al profesor JESCHECK la medalla fue entregada por Klaus Tiedemann el 10 de enero, durante los festejos académicos celebrados en su homenaje en Friburgo en ocasión de su nonagésimo cumpleaños.

Hoy la entrega Mario PISANI a Giuliano VASSALLI, enunciando las motivaciones de su concesión. Confieso sentir por ello alguna envidia de PISANI, que compenso con el recuerdo imborrable del privilegio que tuve al coronar al profesor Vassalli en Albacete con el birrete de doctor honoris causa, por razón “de sus estudios y merecimientos” y al acogerlo entonces “con el abrazo de fraternidad de quienes se honran de ser sus hermanos y colegas”



## Allocution par le professeur Mario Pisani

Lors de la réunion du Conseil de direction de la Société Internationale de Défense Sociale qui s'était tenue à Tolède en 2003, il avait été décidé de remettre, au fil des années, des médailles honorifiques à l'effigie de Cesare Beccaria (à savoir des "médailles Beccaria") aux personnalités les plus éminentes, au niveau d'excellence sur le plan international, dans le cadre des sciences pénales.

La première reconnaissance, en ordre chronologique, a été décernée, pour l'année 2004, à Madame Simone Rozès, Président d'honneur de la Société, ainsi que premier Président de la Cour de Cassation de France.

La deuxième reconnaissance a été attribuée, le 10 janvier dernier, au Professeur Hans-Heinrich Jescheck, dans le cadre des festivités, à Fribourg, pour célébrer son 90ème anniversaire. (cf. *Cahiers* 2004, p. 99).

Et maintenant, je tiens à remercier les organisateurs de ce congrès De Nicola qui m'ont accordé quelques minutes d'un temps précieux afin de me permettre d'accomplir cette haute tâche, ainsi que la concrétisation d'un mandat qui m'a été attribué par le président de la Société: celui de décerner une deuxième "médaille Beccaria" pour 2005 à notre Professeur Giuliano Vassalli qui fêtera, quant à lui, ses 90 ans le 25 avril prochain, date symbolique s'il en est.

Les multiples mérites du Professeur Vassalli sont ici même, et bien au-delà, trop célèbres pour qu'il faille les évoquer, ou encore, essayer de les résumer.

Il ne suffirait certes pas de rappeler – je ne dirai pas par honneur national, mais par honneur de médaille – les attentions consacrées par Vassalli à Beccaria dans le IVème de ses cinq volumes de "Scritti giuridici".

Mais, n'ayant l'intention, ni vous ni moi, de formuler et de prononcer une canonique *laudatio*, plus traditionnellement appropriée pour une cérémonie de remise de doctorat *honoris causa*, je me permets justement, et uniquement, d'évoquer, *per relationem*, deux *laudationes* pas purement protocolaires.

La première: celle de la remise à Vassalli du doctorat *honoris causa* à Bologne, le 24 janvier 2002, dont – sur signature de Stortoni, et déjà publiée dans la "Rivista italiana di diritto e procedura penale" (suivie d'un écrit de Jescheck) – je m'étais personnellement proposé de la faire publier aussi en français, grâce aux bons offices de Stefano Manacorda, dans la "Revue de science criminelle", comme cela s'est vérifié dans le fascicule 2

de la même année; la seconde *laudatio*: celle de la remise d'un autre doctorat *honoris causa* au Professeur Vassalli, à Tolède, le 24 octobre 2002, par le Recteur de cette Université (le Professeur Luis Arroyo Zapatero, ce n'est pas par hasard), dont j'ai suivi la publication, en langue originale, dans les *Cahiers de Défense Sociale* de 2003.

Voilà pourquoi mon discours, qui se voulait bref, touche à sa fin. En m'interposant pour la remise de la médaille, qu'on me permette cette vanité de pouvoir ajouter notamment mon livret, quoiqu'il ne soit pas tout récent, dédié à Cesare Beccaria\*, pas plus grand qu'une carte de visite, mais qui me donne peut-être quelques droits de me faire le simple messenger, heureux et honoré, d'une médaille hautement méritée: l'attestation symbolique qui veut célébrer, chez Giuliano Vassalli, un exemple prodigieux de dévouement aux études pénales et de ferveur créatrice multiforme.

Nous avons tous vivement apprécié son magnifique volume de 2001 sur la "formule de Radbruck". Son dernier travail méritoire est l'attention qu'il a portée à l'essai d'introduction au volumineux recueil des discours parlementaires d'Alfredo Rocco.

Mais je ne doute pas un instant qu'il ait de nouveaux projets, d'autres itinéraires.

Voici, donc, très cher Professeur Vassalli, avec tous nos vœux les plus fervents.

---

\* *Attualità di Cesare Beccaria* (1998), Milan, éd. Giuffrè, p. 91.

**PROFILS DE JURISTES /  
*PROFILES OF JURISTES***

*deve rimanere bianca*

## **Juan Guzmán: “En el borde del mundo”**

por

HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

Catedrático de Derecho Penal - Gerona (14.10.2005)

En el proceso de transición a la democracia en Chile el profesor Juan Guzmán Tapia, hasta hace poco tiempo Magistrato de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, ha sido y es una persona que se ha destacado especialmente por su compromiso con los derechos humanos. Hace un par de meses muy a su pesar, tuvo que jubilar por las presiones que recibió por parte de Magistrados de la cúpula judicial chilena. No obstante hoy, del Poder Judicial chileno y desde su cargo de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Santiago, dedica todos sus esfuerzos a la lucha por establecimiento de una justicia penal universal que en Chile incluso en este momento es especialmente difícil por la fuerza que aún tienen sectores vinculados a la dictadura de Pinochet.

El profesor Guzmán Tapia cuando era titular de la Corte de Apelaciones de Santiago, fue designado previo sorteo para instruir un proceso criminal por crímenes cometidos durante la dictadura de Pinochet. La legislación chilena establece que cuando aparecen implicados en una causa criminal personas que gozan de fuero, en este caso aparecía directamente implicado el General Pinochet ex Presidente de la República y posteriormente Senador Vitalicio, la causa tiene que ser instruida por un Magistrado de un Tribunal Superior que actúa como órgano unipersonal. La causa se inició por una querrela, a la cual se sumaron muchas otras, que acusaban directamente a Pinochet y a sus colaboradores de haber participado en delitos de homicidio, secuestro y torturas, entre otros ilícitos, utilizando los aparatos del Estado, en contra de personas que el régimen estimaban peligrosas para su estabilidad.

Esta no había sido la primera vez que se presentaban denuncias de este tipo. Prácticamente durante toda la dictadura fueron presentándose y sistemáticamente eran archivadas por los Jueces y Magistrados que estaban

sometidos a un férreo control por parte de la Corte Suprema chilena, cuyos integrantes apoyaron abiertamente el golpe de Estado contra el Gobierno de Salvador Allende. El Magistrado Juan Guzmán, sin embargo, comenzó a instruir la causa acuciosamente. Visitó los lugares donde habían ocurrido los hechos, citó a las víctimas, interrogó a los querellados comenzando por los de menor jerarquía y ordenó diligencias que lo llevaron a descubrir numerosos cementerios clandestinos. Esta actividad judicial desconocida hasta ese momento en Chile, empezó a alarmar por supuesto a los militares, al Gobierno que no se sentía lo suficientemente fuerte para resistir una reacción de éstos, a la prensa adicta a Pinochet, pero también a muchos, especialmente a los de mayor jerarquía, de los Magistrados chilenos. Así fue como con firmeza y sin aceptar presiones pudo sacar a la luz cientos de crímenes y sometió a proceso a numerosos militares muy cercanos a Pinochet, hasta que finalmente cuando ya tuvo la suficiente información, decidió someter a interrogatorio al propio Pinochet y más tarde encausarlo con cargos tan graves como asesinatos, secuestros y torturas. En total tuvo en sus manos 99 causas que implicaban directamente a los más altos cargos de la dictadura militar.

Como él lo relata en sus memorias recientemente publicadas y que tituló “En el borde del mundo”, las presiones y hasta amenazas que recibió fueron múltiples. No sólo de sus compañeros del Poder Judicial, sino también de su propio entorno social y sobre todo de la prensa que con el objeto de presionarlo se estableció de forma permanente las 24 horas del día en la puerta de su casa. La presión llegó a extremos intolerables no sólo para él, sino también para su mujer y sus hijas.

Este año se vio obligado a jubilar anticipadamente. Su firmeza ante las presiones, su coraje para enfrentar las amenazas, su inquebrantable fe en la fuerza de la justicia para la protección de los derechos humanos reflejadas en hechos protagonizados muy a su pesar por él forman parte de la historia judicial chilena. Lejos de sentirse decepcionado por haber tenido que abandonar una carrera que en circunstancias normales lo hubiera llevado a seguramente al Tribunal de Casación chileno, la Corte Suprema, sin ningún resentimiento en sus memorias lanza un mensaje de optimismo cuando señala “... en Chile, donde la justicia relacionada con la violación de los derechos humanos no actuó durante tanto tiempo, hoy se han dictado catorce sentencias más por crímenes de secuestro o desaparición forzada de personas durante el período que cubría el decreto-ley de amnistía de 1978. Esas sentencias rechazan la amnistía, como también la prescripción, puesto que la calidad permanente de aquellos secuestros los convierte en crímenes inamnistiables e imprescriptibles. Existen numerosas causas por las que se procesa a agentes estatales y civiles, y una treintena de jueces está a cargo

de los procesos. Asimismo, la Corte Suprema, rechazando un recurso de casación en el fondo, confirmó una sentencia dictada por el magistrado Alejandro Solís Muñoz, sentando finalmente a doctrina del secuestro de personas desaparecidas por obra de agentes estatales y otros cuando los cuerpos no son hallados o las personas no aparecen, consagrando así la calidad de inamnistiable e imprescriptible de esos crímenes”.(14.10.2005)

**deve rimanere bianca**



## **ARCHIVES**

*deve rimanere bianca*

## ***Le Programme minimum de la SIDS***

*Dans plusieurs numéros de nos Cahiers, jusqu'à celui de l'an 2001, nous avons publié, dans la dernière partie, le Programme minimum de notre Société.*

*Il peut être opportun, à ce stade, de rappeler brièvement l'histoire du dessein d'origine et des enrichissements intégrés successivement.*

1. L'idée du "programme", dont, suite aux travaux d'une commission restreinte, la première version avait été rédigée par Ivan Strahl, avait mûri lors du III<sup>e</sup> Congrès international de Défense Sociale (Anvers, avril 1954), et le programme, adopté en octobre 1954 avec la participation de Filippo Gramatica, fut baptisé "minimum" afin de préciser que tous les membres du mouvement devaient s'en inspirer. Et on ajoutait: "Toute autre position doctrinale prise par l'un de ses membres doit donc être regardée comme une position personnelle de celui-ci et comme ne pouvant par suite engager la Société tout entière".<sup>1</sup>

2. Bien des années plus tard, tandis que – sur la base d'une délibération de l'Assemblée générale de Thessalonique (1981) proposant une révision – Marc Ancel saisissait l'occasion pour rappeler (cf. *Observations sur la révision du Programme minimum de la Société Internationale de Défense Sociale*<sup>2</sup>) le double objectif du programme d'origine: "...s'opposer aux tendances extrémistes de certains partisans de la Défense sociale qui voulaient supprimer le droit pénal, la notion de délit et de délinquant, la peine et même le juge (qui serait remplacé par un médecin ou un criminologue"; (...) "placer le mouvement nouveau de défense sociale dans la ligne de la Section, également de "défense sociale", qui venait d'être créée aux Nations Unies (1948) et qui avait pour programme la prévention du crime et le traitement des délinquants... Ces deux objectifs ne sont pas expressément exprimés dans le texte du programme minimum, mais ils l'expliquent très largement".

Quant à l'avenir, en revanche, Ancel soulignait le fait que "de par son développement depuis 1950, le mouvement de défense sociale est par

---

<sup>1</sup> *Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale*, n.1. 1<sup>er</sup> sém. 1955, Éd. Cujas, Paris, p. 5.

<sup>2</sup> *Cahiers de Défense Sociale*, 1982, p. 13 et suivantes (pour la version anglaise, p. 17 et suivantes). Voir également l'avant-propos de Adolfo BERIA DI ARGENTINE, Secrétaire général de la SIDS.

essence un mouvement de politique criminelle et c'est donc dans cette dimension politico-criminaliste qu'il faut désormais envisager un manifeste nouveau ou une nouvelle déclaration de principes".

Notre auteur donnait également les lignes directrices du projet de cette nouvelle déclaration, à savoir: *dépénalisation; déjuridiciarisation; socialisation* (comme expression "d'une volonté et d'une finalité d'insertion sociale"). Et il spécifiait: "...l'accent est mis sur le caractère social du phénomène criminel ou de la situation conflictuelle et sur la relation qui doit exister entre la politique criminelle et la politique sociale au sens le plus large du terme".

3. L'année suivante, le président Ancel s'occupait, à la lumière d'une première série de suggestions de la part des membres du Conseil de direction de la Société, de publier une ultérieure élaboration du texte de révision: cf. *La révision du Programme minimum de Défense sociale: premier examen des réponses faites à nos propres observations*.<sup>3</sup>

Ce texte fut soumis à l'examen d'un Comité spécial, formé en 1981 sous la présidence de Madame Simone Rozès et intégré successivement en octobre 1984.

S'étant réuni le 15 décembre de cette même année, suite à une discussion approfondie, le Comité<sup>4</sup> décidait d'approuver et adopter, avec quelques modifications, le texte proposé par le président Ancel.<sup>5</sup>

4. Les *Cahiers* de 1986 contenaient, toujours selon Ancel, une vaste synthèse illustrant l'itinéraire et le contenu de la "révision",<sup>6</sup> suivie d'une longue série de commentaires et de contributions de Barbero Santos (p. 27-36); Jescheck (p. 40-50); Koskinen (p. 51-53); Dolcini et Marinucci (lors de la rédaction du rapport final d'un groupe de travail institué par le *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* de Milan: cf. p. 54-59); Vouyoucas (p. 79-85).

Nous publions ci-dessous, à titre d'actualité, la contribution offerte à l'époque par notre directeur des *Cahiers*, publiée par la suite en langue italienne dans la revue *L'Indice penale* (1984, p. 656-657), dirigée par Pietro Nuvolone. (*Réd.*).

---

<sup>3</sup> *Cahiers*, 1983, p. 13 et suivantes (pour la version anglaise: p. 23 et suivantes).

<sup>4</sup> *Cahiers*, 1984/1985, p. 19 et suivantes (pour la version anglaise: p. 23 et suivantes).

<sup>5</sup> Cf. *Cahiers*, 1986, p. 75 – *Complément du Programme minimum – Suggestions proposées* par Marc Ancel, p. 75 et suivantes.

<sup>6</sup> ANCEL, *La révision du Programme minimum de défense sociale*, p. 17-26.

## *The Minimum Programme of ISSD*

In various issues of Cahiers, up to that of 2001, we have been publishing in the last section, the Minimum Programme of the International Society of Social Defence.

It could thus at this point be timely to recapitulate the history of the original scheme and of the subsequent embellishments incorporated into it.

1. *The idea of the “programme”, whose first draft, after the work of a select committee, was entrusted to Ivan Strahl, came to fruition during the IIIrd International Congress on Social Defence (Antwerp, April 1954), and the “programme” adopted in October 1954, with the participation of Filippo Gramatica, was termed “minimum” in order to make it clear that it should serve as the inspiration for all adherents to the social defence movement. It was further stated that “Any other doctrinal position adopted by any member must henceforth be regarded as that member’s own personal position and not one embraced by the Society as a whole”.<sup>1</sup>*

2. *Several years later – on the basis of a deliberation whereby General Assembly at Thessalonika (1981) had proposed a revision Marc Ancel chose to recall (v. Observations on the Revisions of the Minimum Programme of the International Society of Social Defence<sup>2</sup> the twofold goal/objective of the original Programme: “.....to stand opposed to the extreme tendencies of certain partisans of Social Defence who wish to suppress the Criminal Law, the notion of crime and offender, penal sanctions and even the judge (who would be replaced by a doctor or a criminologist)”;* “to position the new social defence movement in line with the Section, similarly of “social defence” which had just been created at the United Nations (1948) and which had for its programme the prevention of crime and the treatment of offenders. These two objectives are not expressly set out in the text of the minimum programme, but they broadly state its purport”.

*As for the future, however, Ancel underlined the fact that “in its development since 1950, the social defence movement is essentially a movement of criminal policy and so it is in this political-criminal*

---

<sup>1</sup> *Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale*, n.1. 1<sup>er</sup> sém. 1955, Éd. Cujas, Paris, p. 5.

<sup>2</sup> *Cahiers de Défense Sociale*, 1982, p. 17 and foll. (for the French version see p. 13 and foll.) See also the Introduction by Adolfo BERIA DI ARGENTINE, ISSD Secretary-General.

*dimension that one must henceforth envisage a new manifesto or a new declaration of principles”.*

*Ancel also traced the guidelines of the project for a new declaration, which might be summarized as: depenalization, dejuridicization, socialization (seen as the expression “of a will and aim for reintegration into society). And he specified: the accent is placed on the social character of the criminal phenomenon or of the conflictual situation and on the relationship which must exist between penal policy and social policy in the broadest sense of those terms”.*

*3. In the following year, President Ancel proceeded, in the light of a first series of suggestions from members of the Board of the Society, to set out a further elaboration of the revision text: v. Revision of the Minimum Programme of Social Defence: a first examination of responses to our observations.<sup>3</sup>*

*This text was examined by the Committee specially created in the year 1981 under the Chairmanship of Mme Simone Rozès and subsequently fully established in 1984.*

*At its Meeting on 15<sup>th</sup> December of the same year, that Committee,<sup>4</sup> after detailed discussion, resolved to approve and adopt, with some amendments, the text proposed by President Ancel.<sup>5</sup>*

*4. The 1986 issue of Cahiers contained, again according to Ancel, a broad illustrated summary of the content and direction of the “revision”,<sup>6</sup> followed by an important sequence of comments and contributions from Barbero Santos (pp. 27-36); Jescheck (pp.40-50); Koskinen (pp. 51-53); Dolcini and Marinucci (as part of the compilation of the concluding report by a working group established by the Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milan: see pp. 54-59); and Vouyoucas (pp. 79-85).*

*In the following pages we set out, as an indication of its topicality, a contribution offered then by the Director of our Cahiers, which was subsequently published, in Italian, in the Journal L’Indice penale (1984, pp. 656-657) edited by Pietro Nuvolone). (Ed.).*

---

<sup>3</sup> Cahiers, 1983, p. 13 et suivantes (pour la version anglaise: p. 23 et suivantes).

<sup>4</sup> Cahiers, 1984/1985, p. 19 et suivantes (pour la version anglaise: p. 23 et suivantes).

<sup>5</sup> Cf. Cahiers, 1986, p. 75 – Complément du Programme minimum – Suggestions proposées par Marc Ancel, p. 75 et suivantes.

<sup>6</sup> ANCEL, *La révision du Programme minimum de défense sociale* p. 17-26.

## El programme minimum de la SIDS

*En distintos números de nuestros Cahiers, hasta el del año 2001, hemos publicado, en la última parte, el Programme minimum de nuestra SIDS.*

*A estas alturas suponemos oportuno recordar sintéticamente la historia del diseño original y de sus sucesivas ampliaciones enriquecedoras.*

1. La idea del “programa” cuyo borrador, tras las labores de un comité restringido, había redactado Ivan Strahl, se desprendió del III Congreso Internacional de Defensa Social (Amberes, abril de 1954). El “programa”, adoptado en octubre de 1954 también con la aprobación de Filippo Gramatica, se denominó “mínimo”, para aclarar que a él tenían que inspirarse todos los afiliados al movimiento. Constaba también que: “Toute autre position doctrinale prise par l’un de ses membres doit donc être regardée comme une position personnelle de celui-ci et comme ne pouvant par suite engager la Société tout entière”.<sup>1</sup>

2. Algunos años después – basándose en una resolución de la Asamblea general de Tesalónica (1981), Marc Ancel proponía una versión actualizada (v. *Observations sur la révision du Programme minimum de la Société Internationale de Défense Sociale*<sup>2</sup>) recordando la doble finalidad de ese Programa original: “...s’opposer aux tendances extrémistes de certains partisans de la Défense sociale qui voulaient supprimer le droit pénal, la notion de délit et de délinquant, la peine et même le juge (qui serait remplacé par un médecin ou un criminologue”); (...) “placer le mouvement nouveau de défense sociale dans la ligne de la Section, également de “défense sociale”, qui venait d’être créée aux Nations Unies (1948) et qui avait pour programme la prévention du crime et le traitement des délinquants. Ces deux objectifs ne sont pas expressément exprimés dans le texte du programme minimum, mais ils l’expliquent très largement”.

Con respecto al futuro, en cambio, Ancel recalca el hecho que “de par son développement depuis 1950, le mouvement de défense sociale est par essence un mouvement de politique criminelle et c’est donc dans cette dimension politico-criminaliste qu’il faut désormais envisager un manifeste nouveau ou une nouvelle déclaration de principes”.

---

<sup>1</sup> *Bulletin de la Société internationale de Défense Sociale*, n.1, 1<sup>er</sup> sém. 1955, Ed. Cujas, Paris, p. 5.

<sup>2</sup> *Cahiers de Défense Sociale*, 1982, p. 13 y ss. (en la versión inglesa: p. 17 y ss.) V. también la introducción de Adolfo BERIA DI ARGENTINE, secretario general de la SIDS.

El autor también esbozaba las directrices de este proyecto de declaración nueva, que se pueden sintetizar con: *dépenalisation; déjuriciarisation; socialisation* (como expresión “d’une volonté et d’une finalité d’insertion sociale”). Y precisaba: “...l’accent est mis sur le caractère social du phénomène criminel ou de la situation conflictuelle et sur la relation qui doit exister entre la politique criminelle et la politique sociale au sens le plus large du terme”.

3. El año siguiente, el presidente Ancel, tras las primeras sugerencias de los miembros del Consejo de dirección de la Société, presentaba otra redacción del texto revisado: v. *La révision du Programme minimum de Défense sociale: premier examen des réponses faites à nos propres observations*.<sup>3</sup>

Este texto se sometió a un Comité específico, que se constituyó en 1981 bajo la presidencia de Mme Simone Rozès y que se integró sucesivamente en el mes de octubre de 1984.

El Comité<sup>4</sup> se reunió el 15 de diciembre de ese mismo año y, tras exhaustivas deliberaciones, decidía aprobar y adoptar, con algunas modificaciones, el texto propuesto por el presidente Ancel.<sup>5</sup>

4. En los *Cahiers* de 1986 constaba: una pormenorizada síntesis ilustrativa del itinerario y del contenido de la “revisión”<sup>6</sup> redactada por Ancel; una importante serie de comentarios y de aportaciones redactados por Barbero Santos (pp. 27-36); Jescheck (pp. 40-50); Koskinen (pp. 51-53); Dolcini y Marinucci (en la redacción del informe final de un grupo de trabajo organizado por el *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* de Milán: v. pp. 54-59); Vouyoucas (pp. 79-85).

A continuación publicamos, como actualización, la aportación que en esa ocasión presentó nuestro director de los *Cahiers*, y que luego se publicó, en lengua italiana, en la revista *L’Indice penale* (1984, pp. 656-657), dirigida por Pietro Nuvolone. (*Red.*)

---

<sup>3</sup> *Cahiers*, 1983, p. 13 y ss. (en la versión inglesa p. 23 y ss.).

<sup>4</sup> *Cahiers*, 1984/1985, p. 19 y ss. (en la versión inglesa p. 23 y ss.)

<sup>5</sup> V. en *Cahiers*, 1986, p. 75 – *Complément du Programme minimum – Suggestions proposées* por Marc ANCEL, p. 75 y. ss.

<sup>6</sup> ANCEL, *La révision du Programme minimum de défense sociale*, pp. 17-26.



## Pour l'histoire du "Programme Minimum" (1984)

### 1. Avant-propos

Le problème d'envisager un remaniement total du programme, ou d'insérer un simple supplément, semble être un problème d'ordre "constituant", qui met en jeu la Société dans son caractère officiel.

De toute façon, je pense que l'on peut convenir sur l'exigence pratique de procéder à la rédaction d'un supplément, avec les modifications nécessaires au contexte.

### 2. Quelques idées sur le fond

#### *A) De l' "État de droit" à l' "État social"*

Il est juste de souligner (ANCEL, La Révision, II) que "l'attachement à l'État de droit n'est pas synonyme de retour à une politique de répression légaliste".

En effet, tout comme au modèle de l' "État de droit" correspondait la rationalisation de la réponse punitive, aux fins d'une protection des individus vis-à-vis de l'appareil répressif, au modèle multiple de l' "État de droit-État social" ne peut que correspondre la coordination "entre la politique criminelle et la politique sociale au sens le plus large du terme" (ANCEL, Observations, III, i.f.).

Il est, par ailleurs, superflu d'ajouter qu'un "mouvement de politique criminelle" ne peut renoncer à sa propre spécificité (aspirant, en quelque sorte, à se battre pour le bonheur des hommes...).

#### *B) Pour une protection renforcée des victimes*

En maintenant le patrimoine de garanties acquises dans l' "État de droit", et reconnues dans les chartes internationales sur les "droits de l'homme", pour un mouvement de "défense sociale", l'exigence historique de rééquilibrer, ou de recadrer, l'axe de protection devrait être urgente.

Il faut, en effet, se garder du risque de considérer l'auteur du délit comme le seul sujet méritant une protection de garantie, et penser aussi, au-delà de l'écran parfois métaphorique de la "société", aux victimes réelles:

les victimes du délit, ainsi que celles de l'appareil de protection (erreur judiciaire, incarcération "préventive" injustement endurée, etc...).

En vérité, le problème de la victime, "matière à laquelle on reconnaît aujourd'hui une importance croissante" (cf. ANCEL, La révision III, A, b), n'est pas uniquement, et n'est pas principalement, le problème de la réinsertion sociale de l'auteur du délit ou le problème de la genèse du crime qui suscite la "victimologie": c'est en revanche, en premier lieu, le problème de la protection *ex post*, relevant de l'"État social", contre ce danger ou dommage que l'appareil public n'avait pas réussi à prévenir (ou, même, que lui le premier, dans l'évolution objective de ses mécanismes, a créé).

*C) Pour une "stratégie proportionnée"*

On se demande (ANCEL, La révision, IV, 1, A) si, face à la croissance de la criminalité violente, il suffit de se battre pour l'exigence d'une "politique criminelle différenciée".

À y regarder de plus près, la réponse, bien entendu négative, à cette question, n'est que de première approche.

En effet, il convient de se référer non seulement à la criminalité de la violence, ou de l'organisation de la violence, mais aussi à la criminalité de la fraude, et de l'organisation de la fraude.

De plus, il faut encore insister sur la nécessité de mettre au point les ressources les plus adaptées (hommes et moyens) pour une réponse organisée, et – justement – proportionnée, aux diverses formes de l'organisation criminelle.

*D) Pour une coopération internationale renforcée.*

On peut se demander quelle est, pour le mouvement international de défense sociale, la "societas" que l'on entend défendre et protéger.

À ce type de mouvement semble correspondre, plutôt que le modèle des États souverains, le modèle de la "civitas maxima" de Ugo Grozio. Dans ce cadre émerge l'une des principales exigences pour une réponse proportionnée à la criminalité de notre époque, n'étant pas liée aux frontières des souverainetés: celle d'une coopération internationale renforcée en matière pénale. (M.P.)

## Background of the Minimum Programme (1984)

### 1. Introduction

The problem of whether to undertake a total revision of the programme, or simply to add a supplement to it, seems fundamentally to be a “constitutional” issue, which brings into play the formal structure of the Society.

In any event, however, there will probably be no disagreement on the practical need to draft a supplement, incorporating the necessary amendments to the main text.

### 2. A few thoughts on the subject

#### A) *From the Rule of Law to the “Social State”*

It is fair to emphasise (ANCEL, *La Révision*, II) that “the attachment to the Rule of Law is not the same thing as returning to a policy of legalized repression”.

In fact, if the model of correlated to rationalizing the punitive response, this protecting the repressive authority, the multifaceted model of the “law-based State-social State can only correlate to the co-ordination of “criminal policy and social policy” in the broadest sense of such terms” (ANCEL, *Observations*, III i.f.)

One scarcely needs to add, however, that a “movement of criminal policy” must not compromise its own specific objectives (the promotion, one could say, of the greater happiness of mankind...).

#### B) *For a greater protection of victims*

Notwithstanding the legacy of safeguards that have been secured in States which are subject to the Rule of Law, and hallowed in international instruments defending “human rights”, a “*social defence movement*” would probably need to re-calibrate the “*historical exigencies*” or rearrange the acquired systems of protection.

Indeed we must be careful to avoid the risk of considering the perpetrator of a crime as the sole person involved who deserves safeguards, and give attention in concrete terms, and beyond the sometimes

metaphorical screen of “society”, of the victims: the victims of crime, and even also the victims of the protectionist apparatus (i.e. those suffering from judicial error, wrongful remands into custody, etc.).

The truth is that the victim “the player whose importance is now being increasingly recognized” (cf. ANCEL, *La Révision*, III,A,b ) does not only, or even primarily, generate the problem of reintegrating the perpetrator into society or the problem of criminogenesis invoking “victimology”; rather does it raise, first and foremost the problem of *ex post* protection, under the aegis of the “social State”, from the dangers and harm that the public apparatus has failed to prevent (or even, through the working of its very machinery, has actually created).

C) *For a “proportionate strategy”*

One wonders (ANCEL, *La Révision*, IV,1<sup>st</sup>,A) whether it is sufficient to meet the growth in violent crime by promoting the need for a “differentiated criminal policy”.

Clearly, the answer which must be in the negative can only be a first approximation.

Indeed, it is important to refer not only to violent crime, or the organization of violence, but also to crimes involving fraud and their organization.

Then, it is vital further to insist on the need to mobilise the best resources (in terms of men and means) for an organised and – specifically – *proportionate* response to the various forms of organised crime.

D) *For a greater international co-operation*

What, we might well ask, for the international movement of social defence, is that “society” that we are striving to defend and protect?

For a movement of this sort, the model of sovereign States seems less apposite than the model of the “civitas maxima” of Ugo Grozio. In such a context, prominence must be given to one of the greatest needs for a proportionate response to the current phenomena of crime which are not confined to the frontiers of sovereign States, and this is a greater international co-operation in penal matters. (M.P.)

**INFORMATIONS/ *INFORMATION***

**deve rimanere bianca**

**Déclaration de Bangkok**  
**Synergies et réponses: Alliances stratégiques pour la prévention du**  
**crime et la justice pénale**

*Nous, Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies,*

*Réunis* à Bangkok du 18 au 25 avril 2005 à l'occasion du onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale afin de décider de prendre des mesures concertées plus efficaces, dans un esprit de coopération, pour lutter contre la criminalité et œuvrer pour la justice,

*Convaincus* que les Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale, qui constituent une importante tribune intergouvernementale, ont contribué aux politiques et pratiques nationales en facilitant l'échange de vues et d'expériences, en mobilisant l'opinion publique et en recommandant différentes politiques aux niveaux national, régional et international, contribuant ainsi considérablement au progrès et à la promotion de la coopération internationale dans le domaine de la prévention du crime et de la justice pénale,

*Rappelant* les travaux des dix Congrès des Nations Unies précédents,

*Réaffirmant* la responsabilité qu'a le Programme des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale de collaborer avec les Etats Membres et les organisations régionales et internationales dans le domaine de la prévention de la criminalité et de la justice pénale,

*Gravement préoccupés* par l'expansion et l'ampleur de la criminalité transnationale organisée, y compris le trafic illicite de drogues, le blanchiment d'argent, la traite des personnes, le trafic illicite de migrants, le trafic illicite d'armes, et le terrorisme, et par tout lien existant entre eux, ainsi que par la complexité et la diversification croissantes des activités des groupes criminels organisés,

*Soulignant* que le fait de favoriser le dialogue entre les civilisations, d'encourager la tolérance, d'empêcher que différentes religions et cultures

ne soient aveuglément prises pour cibles et de s'attaquer aux questions de développement et aux conflits non résolus facilitera la coopération internationale, qui est l'un des éléments les plus importants pour combattre le terrorisme sous toutes ses formes et manifestations, et réaffirmant qu'aucun acte terroriste ne saurait être justifié quelles que soient les circonstances,

*Réaffirmant* que les États doivent veiller à ce que toute mesure prise pour lutter contre le terrorisme soit conforme à toutes les obligations que leur impose le droit international et qu'ils doivent adopter de telles mesures en se conformant à la Charte des Nations Unies et au droit international, en particulier le droit international relatif aux droits de l'homme, le droit international relatif aux réfugiés et le droit international humanitaire,

*Alarmés* par la croissance rapide, l'ampleur géographique et les effets de la nouvelle délinquance économique et financière qui se révèle lourde de menaces pour les économies nationales et pour le système financier international,

*Soulignant* la nécessité d'une démarche intégrée et systématique pour combattre les actes de corruption et le blanchiment d'argent, dans les limites des cadres et instruments existants, en particulier ceux qui sont placés sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, étant donné que ces infractions peuvent faciliter la perpétration d'autres activités criminelles,

*Prenant acte avec satisfaction* des travaux des réunions régionales préparatoires au onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale,<sup>1</sup>

*Déclarons ce qui suit:*

1. Nous proclamons notre volonté politique et notre engagement de réaliser les aspirations et les objectifs exposés dans la présente Déclaration.

2. Nous réaffirmons notre appui et notre attachement constants à l'Organisation des Nations Unies et au Programme des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale, en particulier la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, l'Institut interrégional de recherches des Nations Unies sur la criminalité et la justice et les instituts

---

<sup>1</sup> A/CONF.203/RPM.1/1, A/CONF.203/RPM.3/1 et Corr. 1 et A/CONF.203/RPM.4/1.



constituant le réseau du Programme, ainsi que notre volonté de renforcer davantage encore le Programme grâce à un financement soutenu, selon qu'il conviendra.

3. Dans un esprit de responsabilité commune et partagée, nous réaffirmons que nous sommes prêts à agir pour améliorer la coopération internationale dans la lutte contre la criminalité et le terrorisme aux niveaux multilatéral, régional et bilatéral, dans des domaines comprenant notamment l'extradition et l'entraide judiciaire. Nous faisons le nécessaire pour nous doter de moyens au plan national et, au besoin, pour assurer la cohérence de nos moyens au plan international, par l'intermédiaire de l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations internationales et régionales compétentes, pour coopérer au niveau international, notamment pour prévenir la criminalité transnationale organisée et le terrorisme et les combattre en menant des enquêtes, en engageant des poursuites et en rendant des décisions de justice, et pour mettre en évidence tout lien existant entre les deux.

4. Nous-nous félicitons de l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de deux des Protocoles s'y rapportant.<sup>2</sup> Nous engageons tous les États qui ne l'ont pas encore fait à s'employer à ratifier cette convention et ses protocoles ainsi que la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>3</sup> et les instruments internationaux de lutte contre le terrorisme, ou à y adhérer, et à en appliquer les dispositions. En appliquant les dispositions de ces instruments, nous nous engageons à respecter pleinement les dispositions qui nous incombent en vertu du droit international, en particulier du droit international humanitaire. Nous sommes favorables à toute initiative visant à faciliter l'application de ces instruments.

5. Nous engageons les États donateurs et les institutions financières à continuer de verser régulièrement des contributions volontaires suffisantes pour fournir aux pays en développement et aux pays en transition économique une assistance technique qui les aide à se donner les moyens de prévenir la criminalité sous toutes ses formes, de s'y attaquer et d'appliquer les règles et normes des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale et, surtout, qui les aide à devenir parties aux instruments internationaux contre le terrorisme et aux instruments internationaux pertinents contre la criminalité organisée et les Protocoles s'y rapportant, la Convention des Nations Unies contre la

---

<sup>2</sup> Résolution 55/25 de l'Assemblée générale, annexes I à III.

<sup>3</sup> Résolution 58/4 de l'Assemblée générale, annexe.

corruption et les conventions internationales relatives au contrôle des drogues, et à les appliquer.

6. Nous soutenons une démarche plus intégrée à l'échelle du système des Nations Unies en ce qui concerne la fourniture d'une assistance au renforcement des capacités en matière de prévention du crime et de justice pénale ainsi que de coopération dans les affaires pénales de caractère transnational, comme contribution à l'instauration et au renforcement de l'état de droit.

7. Nous-nous efforçons de mieux faire face à la criminalité et au terrorisme sur les plans national et international, notamment en recueillant et en échangeant des informations relatives à la criminalité et au terrorisme et aux mesures de lutte efficaces, conformément à la législation nationale. Nous nous félicitons du travail important que l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et le réseau du Programme des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale accomplissent dans le domaine des tendances de la criminalité et de la justice.

8. Nous sommes convaincus que le respect de l'état de droit et de la bonne gouvernance et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, aux niveaux local, national et international sont des préalables à la création et au maintien d'institutions de justice pénale équitables et efficaces, y compris en ce qui concerne le traitement humain de tous ceux qui se trouvent dans des maisons d'arrêt et des établissements pénitentiaires, conformément aux normes internationales applicables.

9. Nous reconnaissons le rôle de particuliers et de groupes n'appartenant pas au secteur public, tels que la société civile, les organisations non gouvernementales et les communautés de personnes dans la prévention de la criminalité et du terrorisme et la lutte contre ces phénomènes. Nous encourageons l'adoption de mesures propres à renforcer ce rôle dans les limites de l'état de droit.

10. Nous estimons que des stratégies globales et efficaces de prévention de la criminalité peuvent réduire considérablement la criminalité et la victimisation. Nous demandons instamment que de telles stratégies s'attaquent aux causes profondes et aux facteurs de risque liés à la criminalité et à la victimisation et qu'elles soient encore développées et appliquées aux niveaux local, national et international, compte tenu notamment des Principes directeurs applicables à la prévention du crime.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Résolution 200213 du Conseil économique et social, annexe.

11. Nous notons que les pays se relevant de conflits sont particulièrement exposés à la criminalité, en particulier à la criminalité organisée et à la corruption, et recommandons donc aux États Membres, aux organisations régionales et aux entités internationales telles que l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, en coordination avec le Département des opérations de maintien de la paix du Secrétariat, et avec d'autres entités compétents, de mener une action plus efficace contre ces problèmes afin de rétablir, renforcer ou maintenir l'état de droit et de rendre la justice dans des situations post-conflit.

12. S'agissant de l'implication accrue de groupes criminels organisés dans le vol et le trafic de biens culturels et le trafic illicite d'espèces de faune et de flore sauvages protégées, nous reconnaissons qu'il importe de lutter contre ces formes de criminalité et, ayant à l'esprit les instruments juridiques internationaux pertinents comme la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels,<sup>5</sup> la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction<sup>6</sup> et la Convention sur la diversité biologique,<sup>7</sup> engageons les États Membres à prendre des mesures efficaces pour renforcer la coopération internationale.

13. Nous constatons avec préoccupation l'augmentation des enlèvements et séquestrations et de la traite des personnes, qui constituent des formes graves, lucratives et inhumaines de la criminalité organisée et sont souvent commis dans le but de financer des organisations criminelles et, dans certains cas, des activités terroristes et recommandons par conséquent d'élaborer des mesures pour lutter contre ces crimes et d'accorder une attention particulière à la mise en place des mécanismes concrets pour y faire face. Nous sommes conscients qu'il faut mettre en œuvre des mesures visant à fournir une assistance et une protection adéquates aux victimes d'enlèvements et de séquestrations et de la traite des personnes et à leur familles.

14. Ayant à l'esprit la résolution 59/156 de l'Assemblée générale, en date du 20 décembre 2004, intitulée "Prévenir, combattre et punir le trafic d'organes humains", nous prenons note des graves préoccupations que suscitent le prélèvement et le trafic illicites d'organes humains et

---

<sup>5</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 823, n° 11806.

<sup>6</sup> *Ibid.*, vol. 993, n° 14537.

<sup>7</sup> *Ibid.*, vol. 1760, n° 30619.

examinerons avec intérêt le rapport du Secrétaire général demandé dans cette résolution.

15. Nous réaffirmons qu'il est essentiel d'appliquer les instruments en vigueur et d'étoffer encore les mesures nationales et la coopération internationale dans le domaine pénal, par exemple en envisageant des mesures renforcées et plus étendues, en particulier en matière de lutte contre la cybercriminalité, le blanchiment d'argent et le trafic de biens culturels et dans les domaines de l'extradition, de l'entraide judiciaire, ainsi que de la confiscation, du recouvrement et de la restitution du produit du crime.

16. Nous notons qu'en cette période de mondialisation, les technologies de l'information et le développement rapide de systèmes de télécommunication et de réseaux informatiques nouveaux s'accompagnent d'un détournement de ces technologies à des fins criminelles. Nous nous félicitons donc des efforts déployés pour renforcer et compléter la coopération visant à prévenir la criminalité liée aux technologies de pointe et à l'informatique et à la combattre en menant des enquêtes et en engageant des poursuites, notamment en développant des partenariats avec le secteur privé. Nous reconnaissons l'importante contribution de l'Organisation des Nations Unies à des instances régionales et d'autres instances internationales dans la lutte contre la cybercriminalité, et invitons la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, compte tenu de cette expérience, à examiner la possibilité de fournir une assistance complémentaire dans ce domaine sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies en partenariat avec d'autres organisations ayant des centres d'intérêt analogues.

17. Nous reconnaissons qu'il importe d'accorder une attention particulière à la nécessité de protéger les témoins et les victimes de la criminalité et du terrorisme, et nous sommes résolus à renforcer, selon que de besoin, le cadre juridique et financier pour aider ces victimes tenant compte, entre autres, de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir.<sup>8</sup>

18. Nous appelons les États Membres à prendre des mesures, conformément à leur droit interne, pour promouvoir l'accès à la justice, à envisager la fourniture d'une aide juridique à ceux qui en ont besoin, et à leur permettre de faire valoir leurs droits dans le système de justice pénale.

---

<sup>8</sup> Résolution 40/34 de l'Assemblée générale, annexe.

19. Nous prenons note avec préoccupation du problème du trafic de drogues illicites et de ses graves répercussions socioéconomiques et préconisons par conséquent le renforcement de la coopération internationale pour lutter contre cette forme de criminalité organisée .

20. Nous renforcerons la coopération internationale en vue de créer des conditions propices à la lutte contre la criminalité, notamment en favorisant la croissance et le développement durable et en éliminant la pauvreté et le chômage grâce à des stratégies de développement et des politiques de prévention de la criminalité efficace et équilibrées.

21. Nous prions instamment les États qui ne l'ont pas encore fait de devenir parties aux instruments universels de lutte contre le terrorisme et de les appliquer. Afin de renforcer la capacité des États à devenir parties à ces instruments et à les appliquer, ainsi qu'à donner suite aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité contre le terrorisme, nous soutenons les efforts poursuivis par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime dans le cadre de ses attributions et en coordination avec le Comité contre le terrorisme et la Direction exécutive du Comité contre le terrorisme du Conseil de sécurité pour aider les États à ratifier ces instruments et à les appliquer, grâce à la fourniture d'une assistance technique, à la demande. Il pourrait s'agir d'une assistance aux systèmes de justice pénale visant à faciliter la mise en œuvre effective de ces instruments.

22. Nous exprimons l'espoir que la négociation en cours sur le projet de convention générale sur le terrorisme international sera conclue dès que possible. À cet égard, nous considérons que l'un des problèmes essentiels à résoudre sera de trouver une définition possible du terrorisme. Nous appelons les États Membres à envisager de signer et de ratifier la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire.<sup>9</sup>

23. Nous sommes convaincus que l'entrée en vigueur rapide, puis l'application, de la Convention des Nations Unies contre la corruption sont cruciales pour la lutte contre la corruption au niveau international et soutiendrons donc, parmi nos premières priorités, les efforts en ce sens, et nous demandons aux États Membres qui ne l'ont pas encore fait de s'efforcer de la signer, de la ratifier ou d'y adhérer.

24. Nous sommes également convaincus que la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics et le respect de l'état de droit sont essentiels pour prévenir et réprimer la corruption, y compris, notamment,

---

<sup>9</sup> Résolution 59/290 de l'Assemblée générale, annexe.

par des mesures efficaces en matière d'enquête et de poursuites. En outre, nous considérons qu'il est nécessaire, pour enrayer la corruption, de promouvoir une culture d'intégrité et de responsabilité dans les secteurs tant public que privé.

25. Nous sommes convaincus que le recouvrement d'avoirs est l'un des éléments essentiels de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et c'est pourquoi nous soulignons la nécessité d'adopter des mesures conformes aux principes de cette convention pour faciliter ce recouvrement.

26. Nous sommes conscients du défi que représentent les enquêtes et les poursuites concernant des affaires complexes de délinquance économique et financière, notamment de blanchiment d'argent. Nous demandons aux États Membres de renforcer les politiques, mesures et dispositifs d'action nationale et de coopération internationale pour prévenir la délinquance économique et financière, notamment le blanchiment d'argent et les infractions commises ou facilitées grâce aux technologies de l'information, et pour mener des enquêtes et engager des poursuites en la matière, en particulier dans le contexte du financement du terrorisme et du trafic des drogues illicites.

27. Nous sommes conscients de l'importance cruciale qu'il y a à s'attaquer à la fraude documentaire et à l'usurpation d'identité afin d'enrayer la criminalité organisée et le terrorisme. Nous nous efforçons d'intensifier les efforts de coordination au niveau international, notamment par l'assistance technique, pour lutter contre les documents frauduleux et l'usurpation d'identité, en particulier l'utilisation frauduleuse de documents de voyage, en renforçant les mesures de sécurité, et encourager l'adoption d'une législation nationale pertinente.

28. Nous recommandons que des contributions volontaires et une assistance technique appropriée soient mises à la disposition des pays en développement pour renforcer leurs capacités et leur permettre de lutter efficacement contre la délinquance économique et financière.

29. Nous nous efforcerons d'utiliser et d'appliquer, selon qu'il conviendra, les règles et normes des Nations Unies dans nos programmes nationaux de prévention de la criminalité et de réforme de la justice pénale et de faire le nécessaire pour en assurer une plus large diffusion. Nous nous efforcerons de faire en sorte qu'une information adaptée soit dispensée aux agents des services de détection et de répression, notamment aux agents de l'administration pénitentiaire, aux procureurs, aux juges et aux membres d'autres groupes professionnels concernés, compte tenu de ses normes et règles et des meilleures pratiques au niveau international.

30. Nous recommandons que la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale envisage d'examiner la pertinence des règles et des normes relatives à la gestion des prisons et au traitement des détenus.

31. Nous notons avec préoccupation que les conditions matérielles et sociales qu'entraîne la détention peuvent faciliter la propagation du VIH/sida dans les maisons d'arrêt et les établissements pénitentiaires, et par conséquent dans la société, posant ainsi un problème critique de gestion des prisons; nous appelons les États à élaborer et à adopter des mesures et des directives, selon qu'il conviendra et conformément au droit interne, en vue de veiller à ce que les problèmes spécifiques de VIH/sida soient traités de manière adéquate dans ces établissements.

32. En vue de promouvoir les intérêts des victimes et la réinsertion des délinquants, nous reconnaissons qu'il importe de développer davantage les politiques, procédures et programmes de justice réparatrice, prévoyant des mesures de substitution aux poursuites, pour éviter les effets néfastes que peut avoir l'incarcération, réduire le volume de travail des tribunaux pénaux, et encourager le recours aux méthodes de justice réparatrice dans la pratique pénale selon qu'il conviendra.

33. Nous affirmons que nous sommes résolus à accorder une attention particulière à la justice pour mineurs. Nous étudierons les moyens d'assurer le traitement des enfants victimes de la liberté, et de faire en sorte que ce traitement tienne compte de leur sexe, de leur situation sociale et de leurs besoins en matière de développement personnel, ainsi que des règles et normes des Nations Unies pertinentes, selon qu'il conviendra.

34. Nous insistons sur la nécessité de réfléchir à des mesures propres à empêcher l'expansion de la criminalité urbaine, notamment en améliorant la coopération internationale et en renforçant les capacités des services de détection et de répression et des magistrats du système judiciaire dans ce domaine, et en encourageant la participation des autorités locales et de la société civile.

35. Nous exprimons notre profonde gratitude au peuple et au Gouvernement thaïlandais pour la chaleureuse et généreuse hospitalité qu'ils ont accordée aux participants et pour les excellents services fournis à l'occasion du onzième Congrès.

### *In honour of Eduardo Vetere*

During the Fourteenth Session of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice (Vienna, 23 March 2005), Antonio Maria Costa, Executive Director of the United Nations Office on Drugs and Crime

(UNODC) mentioned the standing ovation given at the end of the recent UN Congress in Bangkok in honour of Eduardo Vetere, Director of the UNODC Department for Treaty Affairs, upon his retirement "after a third of a century of dedicated, effective work".

The Cahiers, remembering the dedication and generous availability always shown by Eduardo Vetere, are pleased to renew their assurance of their great esteem and gratitude and extend to him their very best wishes for the future.



## **Criminal Law and Criminology under the same Roof Overview of the Proceedings\***

by

LUIGI FOFFANI

Associate Professor of Penal Law, University of Modena and Reggio Emilia, Italy  
Assistant-Secretary-General, ISSD

On 10<sup>th</sup> January 2005 a gathering was held in Freiburg at the *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, to celebrate the ninetieth birthday of the founder and Emeritus Director of the Institute, Professor Hans-Heinrich Jescheck. The title chosen for the Meeting (“Criminal Law and Criminology under the same roof” (*“Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach”*)) evokes the Lisztian ideal of a *“gesamte Strafrechtswissenschaft”* and brings back to mind the daily practice of a fertile collaboration between criminal science and criminology – the very ideal and practice which embody the spirit in which Professor Jescheck created and guided the Freiburg Institute, having inherited in the immediate post-War years from the late Adolf Schönke what was then a small university institute of comparative and international Criminal Law, but which under his leadership in very few years came to be incorporated into the *Max-Planck-Gesellschaft*. During his thirty-year-long direction, Professor Jescheck made the Max-Planck-Institute the most important world centre for the study of comparative and international Criminal Law, establishing a library unparalleled both for its size and academic scope, an academic and cultural heritage which attracted whole generations of students from every corner of the world.

---

\* Meeting in tribute to the founder and Emeritus Director of the *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Professor Hans-Heinrich JESCHECK (Freiburg im Breisgau, 10<sup>th</sup> January 2005).

The Meeting on 10<sup>th</sup> January opened with an extended series of addresses and official welcomes, beginning with that of the neo-Director of the Institute for the penal sector, Professor Ulrich Sieber and followed by Professor Ulrich Goll, Minister of Justice of Baden-Württemberg; Peter Wilkitzki, Ministerial Director at the Federal Ministry of Justice; Professor Wolfgang Jäger, Rector of the University of Freiburg; Professor Andreas Vosskuhle, President of the Faculty of Jurisprudence; Professor José Luis de la Cuesta, President of the International Association of Penal Law (IAPL/AIDP); Professor Uwe Blaurock, President of the Society of Comparative Law (*Gesellschaft für Rechtsvergleichung*) and Professor Hans F. Zacher, former President of the Max-Planck Society. The series concluded with a contribution from Professor Klaus Tiedemann, Emeritus Professor and former Director of the Institute of Criminology and Comparative Law of the Economy in Freiburg University, who – in his capacity as Member of the Board of the International Society of Social Defence – presented to Professor Jescheck on behalf of the Society the Cesare Beccaria medal, that was also being conferred on Mme Simone Rozès and Professor Giuliano Vassalli. Professor Jescheck replied publicly to all those present, addressing in particular a heartfelt and emotional thanks to ISSD for bestowing upon him such an unexpected honour.

After a short interval there followed an intense scientific colloquium, whose guiding light throughout was provided by the personage and works of Professor Jescheck. The introductory paper was given by Professor Hans Joachim Hirsch, Emeritus Professor of Criminal Law at the University of Köln, examining the relationship between Criminal Law and Criminology. Next were papers presented by Professor Thomas Weigend, lecturer in Criminal Law at Köln University and Professor Günther Kaiser, Emeritus Director of Freiburg's Max-Planck-Institute for the criminological sector; these speakers respectively illustrated the points of view of penal science and of criminology. The final paper was given by Ulrich Sieber, who illustrated in particular the new functions and prospects of comparative law research within the future work of the Max-Planck-Institute of Freiburg. After a brief interval, there was an intense debate, co-ordinated by Dr. Karin Cornils, correspondent for the Scandinavian countries in the work of the Max-Planck-Institute. The study-day's proceedings concluded with a passionate and emotional closing contribution by Professor Hans-Heinrich Jescheck.

### **Prix Gramatica 2005**

Le 10 mars 2005, auprès de l'Université de Gênes, Faculté de Psychologie et Psychiatrie légale, le "Prix Filippo Gramatica" a été conféré à Monsieur Simone Pastorino pour sa thèse sur le thème "Prison et resocialisation: profils normatifs dans le milieu pénitencier italien"; rapporteur le professeur Realino Marra de l'Université de Gênes.

### ***Gramatica Prize 2005***

*On March 10th, 2005, at the University of Genoa, Department of Psychology and Forensic Psychiatry, the "Filippo Gramatica Prize" was awarded to Mr. Simone Pastorino for his thesis on "Prison and resocialization: regulations within the Italian prison system" under the supervision of Professor Realino Marra, University of Genoa.*

deve rimanere Bianca

**NOTES BIBLIOGRAPHIQUES**  
*BIBLIOGRAPHY*

**Storia di un giudice italiano** (*L'histoire d'un juge italien*), par Mimmo Franzinelli et Pier Paolo Poggio, Milan, Rizzoli, 2004, 376 pp.

Par leur grandeur d'âme, le rayonnement de leur personnalité, leur intelligence du droit, leur rigueur scientifique, mais aussi leur ouverture à la cité et leur sensibilité aux problèmes sociaux, certains magistrats incarnent, à eux seuls, non seulement le pouvoir judiciaire, mais aussi la mission du droit et de son application aux problèmes humains, qui, comme chacun sait, est une alternative à la violence. Décédé au tournant du millénaire, Adolfo Beria di Argentine fut de ceux-là et son mérite est d'autant plus grand que né en 1920, il a connu en tant qu'adulte les terribles événements du fascisme italien et de la guerre dans son pays, puis les soubresauts de l'avènement de la république et la mise en place d'institutions judiciaires nouvelles, les temps brouillons de la fin des années soixante qui ébranlèrent les institutions les mieux assises de la société italienne, puis les tristes années de plomb du terrorisme marié à la mafia, sans perdre son intégrité ni renoncer à ses idéaux.

Tout en restant un grand serviteur de l'Etat, Adolfo Beria di Argentine tissa entre les mondes de la justice et de la politique un réseau de connaissances et de relations dont l'ampleur et la qualité sont remarquables. Il fut notamment l'ami et l'allié du grand professeur de droit pénal et ministre de la Justice que fut Giuliano Vassalli, et du président Marc Ancel qui, grâce à son soutien indéfectible, anima la Société internationale de défense sociale pendant des décennies. Homme d'action autant que grand penseur, il créa à Milan le Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, qui permit à l'Italie d'être un acteur majeur de la politique criminelle du Conseil de l'Europe et des Nations Unies dans leur lutte contre le crime.

L'ouvrage que nous signalons ici c'est donc à la fois la biographie d'un grand magistrat et l'illustration de la justice italienne et européenne d'une bonne partie du 20<sup>ème</sup> siècle. Il fut de ceux grâce auxquels l'Italie échappa à l'idéologie de la violence cultivée par les extrémistes de tous bords. Adolfo Beria di Argentine garde dans le cœur et l'esprit de tous ceux qui l'ont connu une place rayonnante, comme sa ville d'adoption, Milan, le consacra, en lui dédiant récemment une de ses places. Ses amis et collègues le reconnaîtront avec émotion dans le livre de MM. Franzinelli et Poggio, et ceux qui n'ont pas eu le plaisir et l'honneur de le connaître, l'y découvriront avec reconnaissance pour tout ce qu'il apporta à la justice, à la politique et à la culture de l'Italie, et à travers elles, à celle de l'Europe tout entière.

**P.-H. Bolle**

(Rev. int. de crimin. et de pol. techn. et sc., 2/06 pp. 244-245)

- ALBANESE J., (2005) (edit), *Current Issues in International Crime Prevention and Criminal Justice*, ISPAC, pp. VII-390.
- AMBOS K., (2005), *La parte general del Derecho Penal Internacional*, Berlin, Konrad-Adenauer- Stiftung E.V., pp. 594.
- AMBOS K., MALARINO - J. WOISCHNIK, (2005) (edit.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional* (Contribuciones de América Latina, Alemania y España), Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., pp. 280.
- CALLARI GALLI M. – GUERZONI G. – RICCIO B., (2005) (edit.), *Culture e conflitto*, Rimini, pp. 314
- CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE – OSSERVATORIO “GIORDANO DELL’AMORE” SUI RAPPORTI TRA DIRITTO ED ECONOMIA,  
 - (2005) *L’allargamento da 15 a 25 paesi rafforzerà l’Unione Europea?*, Milano, Ed. Giuffré, pp. XIV-248.  
 - (2006) *Diritti civili ed economici in tempi di crisi*, Milano, Ed. Giuffré, pp. VI-185.
- CARNEVALI D. – CONTINI F. – FABRI M., (2006), *Teconologie per la giustizia*, Milano, Ed. Giuffré, pp. 282.
- DOMINIONI O., (2005), *La prova penale scientifica*, Milano, Ed. Giuffré, pp. 371.
- KENNEDY R., (2003), *Interracial Intimacies*, New York, Pantheon Books, pp. 677.
- LABORDE J.P., (2005), *Etat de droit et crime organisé*, Paris, Dalloz, pp. 331.
- MARCHETTI M.R., (2005), *L’assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, Ed. Giuffré, pp. VII-283.
- POMODORO L., (2005), *A quattordici anni*, Milano, Ed. Melampo, pp. VI-184.
- PUPOLIZIO I., (2005), *Una comunità all’ombra del diritto*, Milano, Ed. Giuffré, pp. VII-390.
- UNITE MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARE DE PARIS, *Mireille Delmas Marty et les années Umr*, (2005), Paris, Société de Législation Comparée, pp. 551.

**deve rimanere bianca**



INTERNATIONAL SOCIETY OF SOCIAL DEFENCE  
AND HUMANE CRIMINAL POLICY  
(Organization in consultative status with the  
Economic and Social Council of the United Nations)

**APPLICATION FORM**

(to be returned, duly filled out, to the General Secretariat of the Society –  
c/o Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale – Palazzo Comunale  
delle Scienze Sociali – 3, Piazza Castello – 20121 Milano – Italy)

I undersigned,

**Name and Surname** (in block letters)

.....

**Profession and Titles** (in block letters)

.....

**Address** (in block letters)

.....

E-mail: .....

**Recommended by:** .....

.....

applies for membership to the International Society of Social Defence and  
Humane Criminal Policy.

date

Signature

.....

---

Applications will be submitted to the Board of the Society. The Secretary-  
General will notify to you in due time your admission. Thereafter you will be  
requested to pay the annual fee which entitles to receive the “Cahiers de  
Défense Sociale”

**deve rimanere bianca**

## **Règlement des cotisations / Payment of the annual Fee / Sistema de abono de las cuotas**

Nous espérons avoir choisi une modalité de règlement des cotisations avec des frais réduits, étant donné qu'avec le système de virement traditionnel, la Société encaissait moins de 5 dollars à cause des frais bancaires.

Nous préférons désormais que les règlements des cotisations soient effectués au moyen de cartes de crédit, avec un système de haute sécurité garanti par le "Banco Santander". Il suffira de donner le numéro de la carte, les données personnelles et la signature originale sur le formulaire ci-après. Dans le cas où le membre ne peut pas effectuer le paiement avec la carte de crédit, il pourra toujours s'acquitter du montant de la cotisation avec un virement bancaire. Dans ce cas, la cotisation sera toutefois augmentée de 8 dollars pour couvrir les frais bancaires.

*With regard to the payment of the annual fee, we have found a system whereby the bank's charges for international transfers would be practically eliminated, thus increasing the net amount received by the Society which had been reduced to less than 5 dollars. From now on, fees will be preferably paid by credit card using a perfectly safe system guaranteed by the "Banco Santander". You will simply have to indicate your card number, your personal details and your signature on the document that follows. In cases where it is impossible for a member to pay by credit card, the transfer system will be maintained, but the fee will be higher by 8 dollars in order to cover banking costs.*

Por último, creemos haber encontrado un sistema de abono de las cuotas con un reducido coste financiero frente a la transferencia bancaria tradicional, que tiene unos gastos que reducen a menos de 5 dólares el ingreso real para la Sociedad. A partir de ahora, seguiremos preferentemente el sistema de pago con tarjeta de crédito, con un sistema de completa seguridad garantizado por el Banco Santander en el que bastará indicar el número de la tarjeta, los datos personales y la firma original que constará en el formulario ajunto a esta misma carta.

No obstante, para los casos en que al socio no le resulte posible el pago con tarjeta de crédito mantendremos también el sistema de transferencia, pero incrementando la cuota en 8 dólares para cubrir los gastos bancarios.

**deve rimanere bianca**

**International Society of Social Defence and Humane Criminal Policy  
Membership Fee**

**PERSONAL DETAILS**

Surname \_\_\_\_\_ Name \_\_\_\_\_

ID Card or Passport \_\_\_\_\_

Address \_\_\_\_\_ Nº \_\_\_\_\_

City \_\_\_\_\_ Postal Code \_\_\_\_\_ Country \_\_\_\_\_

Telephone \_\_\_\_\_ Fax Number \_\_\_\_\_

E-Mail Address \_\_\_\_\_

**Please select one of the following methods of  
payment (A or B):**

**A) PAYMENT BY CREDIT CARD**

Visa  Master Card  Diners  Am. Express  Other \_\_\_\_\_

Cardholder's name \_\_\_\_\_

Card Number ( included the Code of Validation): \_\_\_\_\_ Expiry date \_\_\_\_\_

Amount \_\_\_\_\_ Signature \_\_\_\_\_

**Payment instructions by Credit Card:**

1. **40 U.S. Dollars (= 30 Euros, within the European Union)** for the membership fee of 2006, with our *Cahiers de Défense Sociale*).
2. Please send the completed form to: ISSD, c/o UCLM. Prof. Dr. D. Luis Arroyo Zapatero.  
Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Real Casa de la Misericordia c/ Altagracia, 50, 13071 Ciudad Real, Spain.
3. The code of Validation are the three final numbers in the back of your credit card near of your signature.

## **B) PAYMENT BY BANK DRAFT**

Bank draft payable to:

Société Internationale de Défense Sociale

Banca Intesa, Filiale n° 2115, Via Cesare Battisti 11, Milano  
ABI: 03069 / CAB: 09483  
Account N° 0000077491/38  
IBAN: IT30 R030 6909 4830 0000 7749 138  
SWIFT: BCITITMM300

### **Payment instructions by bank draft:**

- 1) The bank's charges per draft will amount to **8 dollars** for countries outside the European Union + **40 dollars** for the 2004 and 2005 membership fees: **total to transfer 48 dollars.**
- 2) Within the European Union, there are no charges **provided that both the IBAN and SWIFT codes are used: 30 euros.**
- 3) Please send the completed form and a copy of the bank draft to:  
ISSD, c/o CNPDS, Piazza Castello 3  
20121 Milan, Italy

*Elaborazione informatica a cura di Nadia Mazzucco*

Finito di stampare nel mese di dicembre 2006  
dalla WELT KOPIE S.a.S.  
per conto del  
Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale / CNPDS  
Piazza Castello, 3 – 20121 Milano