L'espace institutionnel du droit pénal russe dans le contexte comparé

par Léonid GOLOVKO*

Résumé

Comment peut-on déterminer l'espace institutionnel du droit pénal: formellement ou fonctionnellement? Le droit russe développe une approche extrêmement formaliste de la matière pénale, limitée par le Code pénal au niveau matériel et par le Code de procédure pénale au niveau procédural. En conséquence, certains aspects répressifs, considérés comme pénaux du point de vue comparé, ont constitué une matière pénale «parallèle», composée d'une sorte de droit pénal *bis* et d'enquête pénale *bis*. Le phénomène de la cristallisation du droit pénal sur le plan formel et de son éclatement sur le plan réel semble être plus général, même si en Russie, il atteint en quelque sorte son paroxysme.

Mots-clés: Russie; droit pénal; procédure pénale; frontières institutionnelles; matière quasi-pénale.

Summary

How can the institutional space of criminal law be determined: formally or functionally? The Russian law retains the extremely formal approach to the criminal matter, limited by the Criminal Code at the substantive level and by the Criminal Procedure Code at the procedural level. As a result, some repressive spheres, considered as criminal from comparative point of view, formed a "parallel" criminal matter with a criminal law *bis* and a criminal investigation *bis*. The phenomenon of the formal crystallization of criminal law and its real explosion seems to be a more general one, even though in Russia we can see some extreme form of it.

Keywords: Russia; criminal law; criminal procedure; institutional boundaries; quasi criminal matter.

1. Introduction

Dès que l'on essaie de comparer le droit pénal russe avec d'autres systèmes pénaux au regard des grands principes et notions, voire des institutions plus concrètes, telles que par exemple la notion d'infraction pénale, la classification des infractions pénales, la nomenclature des peines, la responsabilité pénale des personnes morales, l'organisation de l'enquête et de l'instruction préparatoire etc., on se retrouve devant un problème fondamental: la différence de perception du champ du droit pénal et du procès pénal. Autrement

* Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Etat de Moscou (Lomonossov), Directeur du Centre de Procédure pénale et de Justice.

dit, les frontières institutionnelles du droit pénal et du procès pénal ne sont pas comprises de manière identique d'un système national à l'autre, ce qui apparaît clairement dans les cas russe et français (1).

Comment doit-on alors comparer les systèmes pénaux russe et français au regard de cette difficulté méthodologique? Doit-on transposer dans le contexte russe la compréhension française du droit pénal et du procès pénal en adoptant une démarche fonctionnelle? Ou doit-on rester fidèle à la conception russe du droit pénal et du procès pénal, suivant une approche dite «conceptuelle» qui se «se fonde sur les concepts dont se nourrit le droit» (2) national russe? Même si globalement il s'agit parfois d'un «faux dilemme», dans la mesure «où toutes ces voies sont également valables et où, loin d'être exclusives l'une de l'autre, elles sont, au contraire, complémentaires» (3). Plus concrètement, pour fixer les repères méthodologiques de l'analyse de n'importe quelle notion, principe ou mécanisme pénal russe, il est indispensable de comprendre les frontières institutionnelles du droit pénal russe sur le plan matériel tant au regard de la perception nationale que du point de vue comparé et universel (2). Cela permettra ensuite de tracer les frontières institutionnelles du procès pénal dans le cadre de la distinction fondamentale entre la justice et la police, théoriquement peut-être la plus complexe en ce qui concerne les phases préparatoires de la procédure pénale (3).

2. Les frontières institutionnelles du droit pénal russe

Depuis l'époque soviétique, le système russe s'est enfermé dans une approche purement formaliste du droit pénal, réduit au seul Code pénal. Ceci a provoqué, d'une part, la cristallisation des frontières du droit pénal au niveau de l'analyse nationale (2.1) et, d'autre part, l'éclatement des frontières du droit pénal au niveau de l'analyse comparée (2.2).

2.1 La cristallisation des frontières du droit pénal russe dans l'analyse nationale

Le premier article du Code pénal russe en vigueur proclame que «la législation pénale de la Fédération de Russie correspond au présent Code. Les nouvelles lois prévoyant la responsabilité pénale doivent être incorporées dans le texte du présent Code». Pour la doctrine et la pratique, cette démarche renvoie au modèle de «codification complète de la législation pénale qui se présente comme une condition obligatoire du principe de légalité et correspond aux traditions soviétiques et postsoviétiques de la législation pénale. Par cette méthode, la législation pénale russe se différencie positivement de plusieurs systèmes étrangers de droit pénal» (4).

En revanche, la codification soi-disant «complète» du droit pénal russe ne traduit pas le souci du législateur d'accomplir une tâche énorme de codificateur qui s'engage dans la recherche de toutes les normes juridiques à caractère pénal, dispersées dans différentes sources, pour les structurer, les adap-

ter et les présenter sous la forme d'un seul corps de règles, le Code pénal. Autrement dit, il ne s'agit pas du problème de la codification *stricto sensu*. La démarche est ici totalement différente et beaucoup plus formaliste: le législateur, poussé par la doctrine, délimite les frontières d'une loi, appelée Code pénal, et proclame que tout ce qui est en dehors de ce Code n'est pas considéré *a priori* comme «pénal», ne prévoit pas la «responsabilité pénale», n'inflige pas les «sanctions pénales», ceci sans s'intéresser à la nature réelle (matérielle) de toute cette masse juridique ainsi exclue des frontières institutionnelles, formellement tracées, du champs pénal. Ce sont les administrations, fiscales ou autres qui doivent dès lors s'intéresser à la nature juridique, par exemple, de la sanction infligée à une personne morale pour une fraude fiscale, en développant les théories de «responsabilité fiscale», «responsabilité administrative», etc. Ainsi, puisque le Code pénal ne prévoit pas la responsabilité pénale des personnes morales, la question de cette responsabilité ne se pose même pas.

Par conséquent, le caractère, pour ainsi dire, «fermé» du droit pénal permet au législateur de se concentrer uniquement sur des «actes socialement dangereux» (art. 14 du Code pénale russe). Il se débarrasse alors totalement de la matière contraventionnelle et en partie de la matière délictuelle – pour reprendre cette classification classique des infractions pénales en France – absolument inconnues du droit soviétique et actuellement du droit russe. Dans cette perspective, il semble logique que le droit pénal russe ne prévoit aucune distinction entre la notion d'infraction pénale et la notion de crime, puisqu'il se présente comme le *droit criminel*. Pourtant, en regroupant également une large partie des délits pénaux, la matière criminelle en Russie semble sensiblement plus large que celle instituée en France, par exemple. Il en découle ainsi que n'importe quelle peine prononcée pour un acte réprimé par le Code pénal est considérée comme une peine criminelle, même s'il s'agit d'une amende ou d'un travail d'intérêt général.

Il est évident qu'en ne tranchant pas la question de la frontière entre l'infraction pénale et le crime, le droit pénal russe s'est refusé à toute classification (tripartite ou bipartite) des infractions pénales. Celle-ci a été remplacée par une classification interne des crimes, divisés en fonction de la gravité des peines encourues et du type de faute: «crimes de gravité mineure» (actes intentionnels ou non intentionnels dont la peine maximale n'est pas supérieure à trois ans de privation de liberté); «crimes de gravité moyenne» (actes intentionnels dont la peine maximale n'est pas supérieure à cinq ans de privation de liberté ou actes non intentionnels dont la peine maximale est supérieure à trois ans de privation de liberté); «crimes graves» (actes intentionnels dont la peine maximale n'est pas supérieur à dix ans de privation de liberté); «crimes particulièrement graves» (actes intentionnels dont la peine maximale dépasse dix ans de privation de liberté).

Ainsi, les frontières du droit pénal russe sont cristallisées par le Code pénal sur le plan formel et par la notion de crime, bien qu'assez large, sur le plan matériel, avec toutes les conséquences que cela entraîne au niveau de la pro-

cédure pénale. Sans entrer dans le détail, on peut souligner que dans ce cas, la procédure pénale ne concerne bien évidemment que la poursuite et le jugement des crimes. Cela pose certains problèmes conceptuels pour le lancement des procédures accélérées et simplifiées, et aboutit à une lenteur et une complexité de la procédure dans sa globalité.

Mais la cristallisation du droit pénal en une zone institutionnellement fermée, malgré certains avantages hypothétiques indéniables, a provoqué l'éclatement de la «petite» matière répressive, exclue des frontières pénales *stricto sensu* et les a abandonnées aux soucis d'autres branches du droit. Cet éclatement devient encore plus évident lorsque l'on quitte le terrain de la doctrine nationale et que l'on essaie d'analyser le droit russe de manière comparative.

2.2 L'éclatement des frontières du droit pénal russe dans l'analyse comparée

Tout d'abord, il faut noter qu'il ne s'agit pas de «l'éclatement» sur le plan de la technique de codification, puisque le législateur fait justement des efforts pour codifier la matière qui est sanctionnée par la loi, mais qui reste, pour lui, en dehors du champ strictement «pénal». Ainsi, il existe le Code des infractions administratives, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, et qui a remplacé l'ancien Code soviétique des infractions administratives de 1985. Ce Code regroupe la majorité des infractions qui correspondent aux contraventions pénales françaises et à certains délits de gravité mineure, même si, cette fois-là, il ne s'agit pas d'une codification «complète», puisque l'on peut également retrouver ce type d'infractions dans d'autres lois fédérales, surtout en ce qui concerne les personnes morales (Code fiscal, loi anti-monopole etc.). De plus, les régions sont également compétentes pour ériger leur propre législation relative aux infractions administratives.

Cependant, le problème est plus global. Refusant de reconnaître le caractère pénal des infractions et des sanctions «administratives», le législateur, la jurisprudence et la doctrine sont obligés de créer une théorie de la «responsabilité administrative», c'est-à-dire de la responsabilité des particuliers devant l'Etat pour les «petites» violations de la loi, qui, au cours de la période soviétique, est devenue l'un des éléments fondamentaux du droit administratif et non du droit pénal. Ce droit infractionnel administratif a commencé sa vie de manière autonome, puis a copié au fur et à mesure toutes les techniques pénales (éléments constitutifs de l'infraction, faute, circonstances atténuantes et aggravantes, légitime défense, procédure et procès, appel, etc.), sans pour autant rejoindre le droit pénal, se présentant ainsi comme un droit répressif *bis*.

La situation est devenue encore plus complexe avec l'entrée de la Russie dans le Conseil de l'Europe. La Cour européenne des droits de l'homme se retrouvant face aux infractions administratives russes, les a qualifiées à juste titre de «pénales» au sens de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (5), ce qui n'est pas surprenant au regard de la célèbre concep-

tion de la «matière pénale», depuis longtemps développée par la Cour. Pourtant, au lieu de reconnaître le caractère pénal des infractions administratives et de repenser les frontières institutionnelles du droit pénal, le législateur russe a choisi une autre méthode: il a tout simplement rempli le Code des infractions administratives de nouvelles dispositions et principes (présomption d'innocence, droit à l'avocat, double degré de juridiction etc.), en le rapprochant encore plus du droit pénal classique, mais en refusant toujours d'accepter les nouvelles frontières du droit pénal.

En revanche, le fait que le «droit infractionnel administratif» corresponde *grosso modo* aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et aux principes constitutionnels russes a permis au législateur de lancer un nouveau mouvement qui peut être considéré comme une sorte de «fausse dépénalisation». Il s'agit du transfert de certains comportements pénalisés vers le Code des infractions administratives, ce qui est bien vu par le grand public et signifie pour lui l'abandon du terrain pénal, même si, sur le fond, cela ne change absolument rien. Et, dans ce contexte, il n'est pas surprenant de voir l'augmentation permanente des sanctions soi-disant «administratives» dans le droit répressif *bis*, où elles dépassent parfois, au niveau des peines pécuniaires, les amendes prévues par le Code pénal. Et ce n'est pas encore tout. Le Code des infractions administratives connaît actuellement non seulement des amendes allant parfois jusqu'à 300 000 roubles (environ 7 500 euro) pour les personnes physiques et 5 000 000 de roubles (125 000 euro) pour les personnes morales, mais également des sanctions sous forme de travail d'intérêt général (entre 20 et 200 heures), voire la malheureusement célèbre «arrestation administrative», c'est-à-dire une courte peine de privation de liberté allant parfois jusqu'à 30 jours de prison, prononcée par le juge.

Comment apprécier les frontières du droit pénal russe? Pour les pénalistes russes, qui ne s'intéressent guère au Code des infractions administratives et autres sources contenant différentes sanctions concernant les personnes physiques et plus souvent morales (amendes, retrait de licences etc.), ces frontières restent stables et sont déterminées par le Code pénal. Sur le plan du droit comparé, la question est beaucoup plus compliquée. Comment doit-on délimiter le champ pénal russe, lorsqu'il s'agit, par exemple, du problème de la responsabilité pénale des personnes morales, du taux de privation de liberté par rapport au nombre d'affaires pénales, de la nomenclature des peines ou du niveau d'accélération de la procédure? Quelles est, tout simplement, le nombre d'affaires pénales en Russie? Est-ce que l'on ne doit tenir compte que des affaires poursuivies pour la violation du Code pénal, suivant la méthode de la doctrine russe, ou bien les affaires soi-disant «administratives» ne doivent-elles pas échapper à notre analyse, vu leur caractère évidemment «pénal» sur le fond? La réponse peut être différente, en fonction des besoins méthodologiques, mais il est clair que n'importe quelle tentative de «fermer» les frontières institutionnelles du droit pénal provoque l'éclatement inévitable de la matière répressive «rejetée» et déforme la logique juri-

dique. Il est clair également que les frontières du droit pénal ne sont pas imposées *a priori* de façon universelle, ce qui complique la démarche comparatiste et nécessite de repenser la notion du droit pénal sur le plan théorique.

3. Les frontières institutionnelles du procès pénal russe

Lorsque l'on passe à la matière procédurale, on se trouve face à une autre spécificité fondamentale du droit pénal russe qui, pour des raisons historiques, a modifié les frontières institutionnelles du procès pénal, en supprimant pour ses phases préparatoires la distinction classique entre la police et la justice par la «policierisation» de l'instruction préparatoire et la quasi «judiciarisation» de l'enquête policière (3.1) et en instaurant une nouvelle distinction entre une «activité processuelle» et une «activité non processuelle» (3.2).

3.1 La disparition des frontières classiques avec la policierisation de l'instruction préparatoire et la quasi judiciarisation de l'enquête policière

La grande réforme judiciaire d'Alexandre II en 1864, créant le premier Code de procédure pénale (CPP) de l'Empire russe, largement inspiré par le Code d'instruction criminelle français, marque le point de départ de l'analyse du système contemporain russe de procédure pénale.

Les phases préparatoires du procès étaient construites autour de l'instruction préparatoire, confiée au juge d'instruction, magistrat indépendant appartenant au corps judiciaire. L'un des principes fondamentaux de cette réforme était la distinction nette entre la police et la justice, c'est-à-dire entre l'enquête policière menée sous tutelle du procureur et l'instruction préparatoire judiciaire avec deux degrés de juridiction d'instruction et autres vestiges du système continental classique, tels qu'ils existaient au XIX^{ème} siècle.

Le pouvoir soviétique, après certaines hésitations durant les années 20, a rompu le lien entre l'instruction préparatoire et le pouvoir judiciaire, paradoxalement sans pour autant supprimer l'institution de l'instruction préparatoire en tant que telle. Le premier mouvement qui a déplacé l'instruction préparatoire du corps judiciaire vers le Parquet (procuratura) peut être encore institutionnellement compréhensible, vu la tendance de certains systèmes actuels à adopter cette démarche (6). Mais les pas ultérieurs, dans les années 60, qui ont brisé l'instruction préparatoire en la répartissant entre plusieurs organes, tels que le Ministère de l'intérieur ou le Comité de sécurité d'Etat (KGB), ont profondément porté atteinte à la logique institutionnelle classique de l'instruction préparatoire. En effet, le soi-disant «agent d'instruction» soviétique a hérité de tous les pouvoirs tant d'instruction que juridictionnels de son confrère judiciaire, tout en appartenant en même temps soit au Parquet, soit au ministère de l'intérieur, soit au KGB – la fameuse *troïka* soviétique compétente pour conduire l'instruction préparatoire. Il en découle que

l'acte d'instruction à caractère classiquement judiciaire, avec toutes les conséquences probatoires qui en résultent, n'appartient plus à un magistrat (avec toutes les garanties que cela entraîne), mais le plus souvent à un policier (avec tous les impératifs hiérarchiques du Ministère de l'intérieur ou de KGB que cela implique). Ce schéma a atteint son paroxysme, quand le système soviétique déclarait l'agent d'instruction «indépendant», tout en le soumettant au contrôle hiérarchique de ses supérieurs, ce qui est indispensable pour la police.

Cette policierisation de l'instruction préparatoire a fortement imprégné la vision doctrinale, qu'elle s'est vue «normalisée», indépendamment de l'appartenance à des courants libéraux ou réformateurs. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que, lors des premières réformes pénales russes menées dans les années 90, et même de nos jours, une attention particulière n'ait pas été portée à la normalisation de l'instruction préparatoire, mais qu'elles se soient organisées autour de cette déformation comme un fait acquis. En ce sens, le nouveau CPP russe de 2002 prévoit que l'instruction préparatoire est conduite par les agents d'instruction du Comité d'instruction de la Fédération de Russie, un nouvel organisme créé en 2007, dont la nature institutionnelle est plus ou moins obscurcit (7), par les agents d'instruction des organes de sécurité (FSB), par les agents d'instruction du ministère de l'intérieur et par les agents d'instruction du Comité anti-drogue (art. 151(2) du CPP). Malgré le caractère policier évident de tous ces organes, les agents d'instruction, par exemple, «conduisent de manière indépendante l'instruction, prennent les décisions sur les actes d'instruction» etc. (art. 38 CPP). Ils restent donc, pour le législateur, de véritables juges d'instruction, avec toutes les conséquences probatoires qui en découlent, sans en avoir le statut et restant directement subordonnés au directeur du département d'instruction de l'organe correspondant.

Si l'instruction préparatoire est descendue, à l'époque soviétique, du judiciaire vers le policier, pour ce qui est de l'enquête policière, la tendance est en revanche inversée. Classiquement policière selon le CPP de l'Empire russe de 1864, l'enquête a subi des transformations spectaculaires après l'instauration du pouvoir soviétique dans les années 20. A cette époque là, le nouveau pouvoir a appelé au rapprochement de l'enquête et de l'instruction préparatoire, sans pour autant supprimer leur dualisme. Sans entrer dans les aspects historiques de ce mouvement, il est toutefois possible de préciser qu'il s'explique par une méfiance envers le corps judiciaire, attaché à l'Ancien régime, méfiance doublée d'une confiance en la nouvelle formation de la police soviétique, apparue sous la nouvelle appellation significative de «milice des ouvriers et des paysans».

Le pari a été gagné. Les contingences socio-historiques ont été oubliées avec le temps, et la convergence s'est institutionnalisée au fur et à mesure des très nombreuses réformes. Dans le système institutionnel soviétique, l'instruction préparatoire et l'enquête se présentaient comme deux formes parallèles de la phase préparatoire du procès pénal qui se différenciaient par

quelques aspects techniques secondaires, soulignant surtout le caractère accéléré de l'enquête. Mais sur le fond, ceci ne permet pas de mettre en évidence une réelle différence institutionnelle, d'autant plus que l'enquête a été le plus souvent confiée aux mêmes autorités que l'instruction préparatoire (le ministère de l'intérieur, le KGB, etc.), toujours de caractère policier.

Toutefois, en raison justement de ce mouvement de rapprochement, ces organes policiers ont reçu, pour mener l'enquête, la plupart des compétences historiquement attribuées au juge d'instruction sous l'Ancien régime et passées aux agents d'instruction sous la période soviétique. Ces agents d'instruction ont alors servi de vecteur de transmission des compétences judiciaires du juge d'instruction, formellement supprimé, aux organes policiers. Par exemple, les organes d'enquête étaient compétents pour l'accomplissement des actes d'instruction, les mises en examen, la qualification juridique des faits, la déclaration du non lieu, l'application des mesures de contraintes plus importantes que la garde à vue et allant jusqu'à la détention provisoire (sous le contrôle du procureur).

L'institutionnalisation de ce rapprochement s'est ainsi produite non seulement par les réformes législatives, mais a également été légitimée par la doctrine, qui considère le dualisme de l'enquête et de l'instruction préparatoire comme un élément logique du système juridique. Mais elle ne l'apprécie que du point de vue formel, allant jusqu'à justifier une réelle unité de fond. Comme l'exprime la doctrine russe actuelle, «les missions des organes de l'enquête au cours de la procédure pénale sont identiques aux missions des agents d'instruction» (8).

Toute cette évolution a abouti à une «quasi judiciarisation» de l'enquête policière. La judiciarisation est ici qualifiée de «quasi» car, comme cela a été expliqué, les organes policiers gardent leur caractère policier et ne sont pas rattachés au pouvoir judiciaire. Mais il s'agit pourtant d'une judiciarisation sur le fond, car les compétences qu'ils exercent, lors par exemple de la mise en examen, de la qualification juridique des faits ou de la décision sur le non lieu, ressortent des compétences normalement attribuées à un magistrat. Dans la période actuelle, le système russe a repris ce modèle de l'enquête, que l'on retrouve dans le CPP de 2002, sans pouvoir institutionnellement la différencier de l'instruction préparatoire, entendue dans la conception continentale européenne du droit.

L'apparition avec le nouveau CPP du juge ordinaire dans les phases préparatoires du procès pénal russe pour ordonner la détention provisoire ou autoriser les actes d'instruction restreignant les droits constitutionnels, tels que la perquisition au domicile, les saisies au domicile ou la mise en place d'écoutes téléphoniques, a rétabli une certaine logique police/justice, mais n'a pas touché la distinction entre l'instruction préparatoire et l'enquête. Fonctionnellement, celles-ci se présentent comme judiciaires ou quasi judiciaires avec les décisions de fait juridictionnelles sur le non-lieu ou le mandat d'amener, délivré tant par les agents d'instruction que par les enquêteurs sans intervention du juge. Institutionnellement, toutes les deux restent poli-

cières, qu'il s'agisse de l'instruction préparatoire ou de l'enquête. C'est en ce sens que les frontières du procès pénal russe sont brouillées et obscures.

3.2 L'instauration des nouvelles frontières entre «l'activité processuelle» et «l'activité non processuelle»

Pour revenir encore une fois à la période soviétique, qui reste indispensable à la compréhension des problèmes du droit pénal russe actuel, il est clair que la disparition des frontières classique entre activité policière et activité judiciaire a exigé des nouvelles solutions institutionnelles. L'impossible recours à la distinction entre instruction préparatoire judiciaire et enquête policière a obligé le droit soviétique à chercher un nouveau cadre institutionnel pour parer au risque de chaos découlant de ce vide. La réponse a été trouvée dans la formalisation poussée à son paroxysme de toute l'activité conduite lors des phases préparatoires du procès pénal, qu'il s'agisse de l'enquête ou de l'instruction préparatoire.

Tout d'abord, le législateur soviétique a créé la notion de «décision sur le déclenchement de l'affaire pénale», qui met nettement en place les frontières institutionnelles du procès pénal. Avant que cette décision ne soit prise, soit sur plainte et dénonciation, soit d'office par le procureur, par l'agent d'instruction ou par l'enquêteur – et qui nécessite une motivation et une qualification juridique des faits – il est interdit de rassembler des preuves dans le sens strict du terme, d'utiliser des mesures de contraintes, d'attribuer un statut juridique aux participants de la procédure (témoin, victime, suspect, inculpé etc.) et d'accomplir n'importe quel acte de procédure. Une «décision sur le déclenchement de l'affaire pénale» ouvre l'instruction préparatoire ou l'enquête (en fonction des critères *rationae materiae*), c'est-à-dire «l'activité processuelle» ou tout simplement *le procès pénal* dans ses phases préparatoires.

Ensuite, si dans les systèmes classiques, c'est le statut de la personne (le statut de magistrat avec toutes les garanties qu'il implique) qui conduit les activités de recherche des preuves et qui imprègne les preuves elles-mêmes pour donner à ces simples éléments une force probatoire, dans la logique soviétique, en raison de la disparition de la logique «policière / judiciaire» dans les phases préparatoires du procès, ici, c'est le respect d'une procédure extrêmement formalisée et détaillée, voire bureaucratique, qui garantira la force de l'information pour en faire une preuve valable pour le jugement ultérieur.

Sur ces bases est apparue la notion «d'activité processuelle», qui est devenue un substitut à la notion d'activité judiciaire, seule activité pouvant permettre la production de preuves, appelées dans la doctrine soviétique «preuves processuelles».

En conséquence de cela, même si le droit soviétique est resté fidèle à la notion d'*intime conviction* et au principe de libre *appréciation* des preuves, en ce qui concerne le rassemblement des preuves, il a du recourir à des méthodes proches de celles de la «théorie des preuves légales», sans pour

autant le reconnaître explicitement. Ainsi, le droit soviétique a instauré une nomenclature exhaustive des types de preuves pouvant être utilisées durant le procès pénal (déposition de l'inculpé, déposition d'un témoin, conclusions d'un expert, pièces à conviction, procès verbal, documents écrits, etc.). Une nomenclature exhaustive des actes d'instruction a également été mise en place dans cette logique, qu'il s'agisse de l'audition du témoin, du transport sur les lieux, de la perquisition, etc. Toute information provenant d'une autre source ou d'un autre acte non prévu par la loi est alors considérée comme inadmissible en tant que preuve.

Cette démarche a par ailleurs permis de rétablir, à partir des années 60, une certaine légalité, surtout si l'on considère les dérives staliniennes. Toutefois, cette conception a eu certains effets secondaires. Il s'agit du blocage, ici, des nouvelles technologies (interceptions de correspondances émises par la voie de télécommunications etc.), ne correspondant pas en général à la nomenclature classique des preuves et des actes d'instruction alors prévue au XIX^{ème} siècle. Mais également, cette démarche s'est montrée incapable d'appréhender la nouvelle réalité des soi-disant «techniques spéciales d'enquête» (opérations d'infiltration, surveillance des personnes, etc.), pour reprendre cette expression de la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 20 avril 2005, développée pour la criminalité particulièrement dangereuse. Longtemps, à l'époque soviétique, le second aspect n'était pas dominant, dans la mesure où l'utilisation de ces méthodes spéciales était réglementée non pas par la loi, mais par des circulaires secrètes, même si l'information ainsi récoltée n'était pas admissible lors du procès pénal. Pourtant, cette technique des circulaires secrètes ne pouvait rester indéfiniment acceptable et des problèmes se sont posés vers la fin de l'époque soviétique et évidemment après sa chute.

C'est dans ce contexte que le législateur russe a choisi une démarche dualiste. D'une part, il a gardé dans le nouveau CPP la rigueur formaliste de la théorie des preuves à la soviétique, ce qui est même logique vu son incapacité à rétablir la distinction «judiciaire / policier». D'autre part, il a adopté une loi spéciale, afin de mettre un terme à la pratique des circulaires secrètes et faire rentrer les techniques spéciales dans le domaine de la légalité. Il s'agit actuellement de la loi «*Sur l'activité opérationnelle de recherche*» de 1995, qui a succédé à la loi de 1992 portant le même titre.

Cette loi réglemente une certaine zone «non-procédurale» de recherche d'informations à caractère pénal, notamment dans le cadre préventif ou déjà après l'ouverture du «procès pénal» *stricto sensu*, qui peut servir aux autorités d'enquête, d'instruction et de jugement, mais qui n'a juridiquement aucune force probatoire, en tant que telle, lors du procès pénal. Si, par exemple, un agent infiltré donne des informations précieuses et présente un rapport sur certains faits criminels, ce rapport n'a aucune force probante. La seule possibilité réside dans l'audition ouverte de cet agent, comme simple témoin, devant la justice, ce qui pose de sérieux problèmes pour sa couverture. L'autre possibilité est de laisser le rapport dans les tiroirs et de chercher

d'autres moyens pour rassembler les preuves à partir des éléments ainsi obtenus, ce qui provoque souvent un certain alourdissement du travail des organes répressifs. Par exemple, dans une autre situation, un simple «interview» du témoin dans le cadre de «l'activité opérationnelle de recherche» qui n'a aucune force probante est suivi par sa citation en tant que témoin devant l'agent d'instruction ou l'enquêteur où il... répète exactement la même information que lors de l'audition «processuelle».

En dehors des aspects probants, un autre problème posé par ce dualisme russe «activité processuelle vs. activité opérationnelle de recherche» réside dans la possibilité pour les activités opérationnelles de recherche de s'autonomiser des besoins de l'enquête pénale pour devenir un moyen en soi de récolte d'informations sur les particuliers, voire une procédure pénale *bis*. Et ce risque de deux activités «parallèles» est loin d'être négligeable même si l'utilisation des mesures «opérationnelles de recherche», restreignant les droits constitutionnels, nécessite une autorisation préalable du juge ordinaire. Cette intervention du juge ne fait que renforcer le caractère paradoxal de la procédure pénale russe contemporaine. Puisque cette démarche législative «garantiste», en soi-même absolument justifiée, démontre que les tentatives de fermer l'espace du procès pénal, sans tenir compte de la différenciation majeure entre instruction préparatoire judiciaire et enquête policière, ne peuvent aboutir qu'à l'apparition de différents substituts secondaires à l'enquête pénale, c'est-à-dire à un certain éclatement du droit pénal, cette fois-ci au niveau procédural.

4. Conclusion

L'exemple russe prouve qu'il est très difficile de déterminer les frontières institutionnelles du droit pénal tant sur le plan matériel que sur le plan processuel, même si la volonté d'obtenir ces frontières est en soi légitime et repose sur la vieille tradition legaliste des systèmes juridiques fidèles à la codification. Pourtant, la création d'un espace formellement «clos» induit ce phénomène de fausse sécurité juridique en matière pénale, suivie par son éclatement dans les domaines exclus du champ pénal. En Russie, pour des raisons historiques, cette démarche a atteint son paroxysme, ce qui explique certaines spécificités fondamentales du droit pénal russe, voire certaines déformations institutionnelles. Mais le problème semble être plus universel, le cas russe n'étant que sa manifestation évidente.

Notes

- 1 L'exemple français a été méthodologiquement choisi ici comme point de comparaison avec le droit russe, pas tant en raison de la présentation de cet article dans une revue francophone, mais essentiellement parce que le droit pénal français constitue un archétype pour le système continental, sans oublier son influence sur le droit russe au XIX^{ème} siècle.

- 2 X. *Blanc-Jouvan*, *Où va le droit comparé? // Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*. Paris. Cujas. 2006, p. 712.
- 3 *Ibid*, p. 711.
- 4 *Traité de droit pénal. Partie générale. Vol. 1: Théorie de l'infraction pénale / sous la dir. de N. F. Kouznetsova, I. M. Tiajkova*. Moscou. Éditions «Zertsalo». 1999, p. 1 (en russe).
- 5 Voir par exemple: 59261/00, *Menesheva contre la Russie*, arrêt du 9 mars 2006, définitif le 9 juin 2006.
- 6 Voir par exemple le premier CPP fédéral suisse entré en vigueur le 1 janvier 2011.
- 7 Il est significatif que la traduction habituelle en langue française de cette institution soit «Comité d'enquête» et non pas «Comité d'instruction», traduction pourtant littérale. Ce choix de traduction reflète la logique institutionnelle française, où l'instruction ne peut être que judiciaire alors qu'en face d'eux se trouvent des policiers – d'où l'appellation «enquête» en français et non pas le recours au terme d'instruction. Mais la traduction est fautive non seulement du point de vue linguistique, mais également juridique, puisque ces «non magistrats» assument bien les fonctions de l'instruction et ne se considèrent pas comme des policiers, malgré leur verticale hiérarchique.
- 8 *Traité de procédure pénale / sous la dir. de V. A. Mikhaïlov. Vol. 1: Dispositions générales*, Moscou-Voronej, 2006, p. 444 (en russe).
-