

Royaume du Maroc
Instance Equité et Réconciliation



Colloque sur « La Violence de l'Etat »
Marrakech, les 11 et 12 juin 2004



LA PROTECTION PENALE DE LA LIBERTE INDIVIDUELLE



(A la lumière de l'article 225 du Cod pénal)



Pr. Miloudi HAMDouchi

Docteur en droit des universités
marocaines et françaises
Professeur de l'Enseignement Supérieur

Deux problèmes majeurs, me semble-t-il, se posent: l'assainissement ou la purge du vocabulaire d'une part, et le déficit de légalité, d'autre part.

Précisions.

- Par assainissement du vocabulaire, nous entendons une construction des sens par le jeu d'une suite de diagnostics qui, selon les termes de Pierre Lascoumes, « permet, à chaque moment d'apprécier les chances de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »¹, c'est-à-dire se livrer à un : « Exercice de formulation par repérage d'effectivités non satisfaisantes. » (La réflexion est de Jean-Etienne-Marie Portalis, juriconsulte du 18ème siècle).

- Par déficit de légalité, nous entendons essentiellement la carence d'engendrement des normes par rapport au traitement des faits et partant l'invalidité d'appréhender intégralement les conflits, de capter les litiges et de dégager des solutions en vue d'arriver à une justice d'opportunité, à une conformité au droit négocié, à ce à quoi chacun (Etat et société) peut légitimement prétendre. Le déficit, disons-le tout de suite, n'est pas totalement imputable aux pouvoirs publics, mais aux répéteurs sémaphoriques du savoir juridique, principalement les facultés de Droit qui sont absorbées plus par la chose politique que par l'angoisse d'une réflexion juridique, méthodique sur la construction de l'Etat de droit à travers ce que Gérard Timsit appelle « encodage et décodage ».² Autrement dit, le technicien du droit, aux dires de Jacques Normand, n'aide pas « le juge en clarifiant les éléments du conflit, et en lui permettant d'adopter sa décision avec discernement. »

Pour illustrer ces propos, je vais évoquer rapidement le problème relatif au siège de l'applicabilité du texte, question, me paraît-il préjudicielle, et parler ensuite, commentaire à l'appui, de l'espace juridique, comme terrain d'expérimentation de la répression organisée.

Le siège de l'applicabilité du texte juridique

Je commencerai, dans un premier temps, par citer et, dans un deuxième temps, paraphraser Baudoin Dupret, chercheur à l'Université Catholique de Louvain et dont les travaux ont été publiés dans « les cahiers du Monde Arabe », n°110.

Se référant à d'autres auteurs, Baudoin Dupret observe que : « il n'y a [...] pas lieu d'opposer droit et exercice d'une violence, qualifiée à ce moment de légale.

Il ne faut pas surestimer l'opposition entre l'autorité légitime et l'autorité coercitive. L'idée de pouvoir politique et son corollaire juridique associe intimement le contrôle - coercition à la légitimité, les détenteurs de la coercition cherchant à mobiliser des représentations sociales de leur domination. C'est particulièrement évident lorsqu'on examine ce sur quoi tout droit se fonde. Même un positiviste comme Hans Kelsen a bien été obligé d'admettre qu'un système juridique s'appuie nécessairement sur un ailleurs au nom duquel justice est rendue. Cet ailleurs rend légitime le système juridique en même temps que l'appareil de coercition qui le garantit.»

Sur un autre plan non dépourvu d'efficacité pratique, Dupret oppose le droit formel à la normativité réelle. Je paraphrase. Cette opposition rapportée au champ marocain, se traduit par un faible degré d'effectivité de la règle juridique qu'exprime la toute relative perception de cette règle par le destinataire c'est-à-dire essentiellement le citoyen, ce que résume Ben Ahmed en cette phrase, il existe : « Une liaison étroite entre le degré d'institutionnalisation du pouvoir et le degré d'effectivité des règles constitutionnelles. »³ Par règles constitutionnelles, cet auteur entend certainement toutes les règles du droit positif : droit du fond et droit de forme, ce qu'exprime Michel Camau, suivant une autre démarche par ordre juridique qu'il oppose à l'idéologie juridique; le premier concept (ordre juridique) renvoyant à une fonction organisationnelle, irriguée de rationalité, c'est-à-dire une fonction de prévision et de garantie assurée : « Par la chance d'une contrainte (physique ou psychique), grâce à l'activité d'une instance humaine, spécialement instituée à cet effet, qui force au respect de l'ordre et châtie la violation. » (Max Weber)⁴. Le deuxième concept (idéologie juridique) évoque une fonction de légitimation ; fonction, bien sûr, au sens que lui donne Durkheim : « Satisfaction d'un besoin par une activité ».

Comment cristalliser et compresser la dualité : fait idéologique/acte (fait ?) juridique ? Autrement dit, comment exprimer en catégories juridiques ce que Philippe Brau appelle « le mode de production de la coercition »⁵ dans un système légitime monopolisant la violence ? Il est aussi vrai que dans un système prévisionnel, pour ne pas avoir à justifier un acte (après sa réalisation) devrait-on, d'abord, préparer des réponses.

Je reviens, peut être sans le vouloir, à la question du déficit de légalité.

Et la première démarche de tout juriste entomologiste est d'interroger les textes⁶.

Certitude des faits et imprécision de la terminologie

Franz Kafka disait : « Hommes timides, hommes polis, enfants, questionnez, questionnez donc ».

Il faut observer de plano que le Code pénal marocain prévoit 21 cas de violence, mais ne donne aucune définition de cette infraction. Mais, je crois que ce qui intéresse la problématique n'est pas, loin s'en faut, l'acte de violence en tant qu'agression ordinaire dirigée contre une personne, mais l'acte en tant que : « Contrainte illicite, acte de force dont le caractère illégitime tient (par atteinte à la paix et à la liberté) à la brutalité du procédé employé (violence physique ou corporelle, matérielle) ou/et, par effet d'intimidation, à la peur inspirée (violence morale). »⁷

Cette infraction s'apparente pour ainsi dire, à l'atteinte que prévoit et réprime l'article 225 du code pénal marocain (article 432-4 du Code pénal français).

Avant de faire une lecture critique de ces dispositions, il convient de rappeler la difficulté de pénétrer la terminologie et de qualifier légalement les faits. D'où la nécessité impérieuse de recourir à l'interprétation. Or, en la matière, il existe pas moins de 16 procédés interprétatifs que complique davantage un système de ponctuation souvent irrationnel ne facilitant guère la

détermination exacte et concrète ou, parfois, approximative de la disposition interprétée, en vue de son application à une espèce particulière. Il s'ensuivra inéluctablement des appréciations erronées et donc des atteintes à la liberté individuelle ou même publique.

Encore quelques précisions,

Le texte vise tout magistrat, tout fonctionnaire public, tout agent ou préposé de l'autorité ou de la force publique. Que signifient ces notions ?

Le terme « magistrat » s'applique aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux magistrats de l'ordre administratif. La jurisprudence française n'entend pas seulement ceux qui jouissent du statut juridique de magistrat, mais tous ceux qui participent à un degré variable au service de la justice, même à titre temporaire tel un officier de police ou de gendarmerie exerçant les fonctions du ministère public⁸.

Le terme « fonctionnaire » doit être entendu au sens de l'article 224 du Code pénal, peu importe qu'il ait commis l'infraction seul ou avec d'autres (complices ou coauteurs ou instigateurs, et quel que soit le degré de sa participation).

Les expressions « agent ou préposé » n'ont pas de signification technique précise. Elles désignent fonctionnaires au sens pénal.

Il faut remarquer et la jurisprudence (française notamment) y insiste : « La circonstance que les prévenus n'auraient fait que se conformer aux ordres de leur supérieur hiérarchique ne saurait constituer ni un fait justificatif, ni une excuse qui leur permettent d'échapper aux conséquences pénales de l'atteinte qu'ils ont personnellement portée à la sécurité des correspondances postales. » (Crim. 22 Mai 1959 .D.1959. Somm. 71).

Dans le même sens : « Constituent des infractions qui peuvent justifier des poursuites distinctes les violences commises par une personne dépositaire de l'autorité publique et les actes attentatoires à la liberté individuelle. » (Crim. 21 Avril 1998. Bull. Crim. N° 140. D.1998. IR 163).

« Toute intention coupable ne saurait être écartée, dans une poursuite pour arrestation et séquestration arbitraire mettant en cause des fonctionnaires de police, au seul motif de « règles en usage » qui, même si elles existaient, ne pourraient constituer une cause de justification ou une excuse que la loi ne prévoit pas. » (Crim. 5 Janvier 1973. Bull. Crim ; N°7. D.1973.541).

« Doit être cassé l'arrêt qui, sur une plainte en séquestration arbitraire dirigée contre un OPJ qui avait fait garder à vue un suspect, dit n'y avoir lieu à suivre, au motif que cet officier de police n'avait eu en vue que l'intérêt de l'enquête et n'avait fait qu'appliquer des dispositions consacrées par l'usage, de telles excuses n'étant pas prévues par la loi. » (Crim. 22 Juillet 1959. Bull. Crim. N° 366).

« La loi pénale incrimine au titre des atteintes à la liberté individuelle les seuls actes d'arrestation, de détention ou de rétention arbitraires commis par des fonctionnaires publics; les litiges relatifs aux conditions matérielles d'exécution de la rétention ... fût-elle prolongée par le juge judiciaire, ressortissent, en l'absence de voies de fait, à la seule compétence des juridictions administratives. » T.confl. 25 Avril 1994.Gaz. Pal.1994.2.561).

« En l'absence d'une atteinte à la liberté individuelle au sens de la loi pénale, les juridictions judiciaires ne sont compétentes pour apprécier les atteintes aux libertés et garanties fondamen-

tales qui résulteraient de l'exécution d'actes administratifs qu'en cas de voies de fait. » (T.Confl. 20 Juin 1994. D.1995.193. Gaz. Pal 1994.2.571).

« Le défaut d'intention délictueuse du responsable inculpé de complicité de séquestration de personne ne peut être déduit ni de la mise en œuvre par l'inculpé de recommandations contenues dans des circulaires ministérielles ni d'une méconnaissance de la loi qui lui appartenait au contraire d'appliquer. » (Crim. 12 Octobre 1993. Bull-Crim. N°285 ...1994).

Dans tous les cas : « il n'est pas porté atteinte à la règle non bis in idem par des poursuites concomitantes relatives à une même action des chefs de violences par une personne dépositaire de l'autorité publique et d'actes attentatoires à la liberté individuelle. » (Crim. 21 Avril 1998. Bull. Crim. N°140).

Nous débouchons fatalement sur la notion de la fameuse théorie des baïonnettes intelligentes selon laquelle : « Les subordonnés doivent apprécier la légalité de l'ordre qu'ils doivent exécuter. S'ils l'estiment illégal, ils peuvent refuser de l'exécuter ; ils sont poursuivis s'ils l'ont exécuté. »⁹ Cette théorie n'est pas retenue par le Code marocain quoique nous y trouvions une ébauche à l'alinéa 2ème de l'article 225 du code pénal¹⁰.

Quel est le contenu de cet article ? Quelle interprétation devrait-on faire de ses dispositions?

L'article 225 énonce que : « Tout magistrat, tout fonctionnaire public, tout agent ou préposé de l'autorité ou de la force publique qui ordonne ou fait quelque acte arbitraire, attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou plusieurs citoyens, est puni de la dégradation civique. »

L'alinéa premier de cet article est ponctué de cinq virgules. Il fait également usage de plusieurs concepts flous ou vagues.

Pour les besoins de la démonstration, je vais recourir à la thèse d'Alain Prothais : « Tentative et attentat » publiée en 1985 aux Editions LGDJ.

Dans sa recherche, ce professeur à la faculté de Droit de Lille II observe que : « Le terme attentat est employé à diverses reprises [...] pour dénoncer certaines infractions particulières très différentes les unes des autres, comme, par exemple : les attentats à la sûreté de l'Etat ou les attentats aux mœurs. Mais cette expression n'est elle-même définie par la loi dans aucun de ces cas, c'est là une source de difficultés pour la jurisprudence qui s'est efforcée d'apporter quelques précisions, infraction par infraction.»¹¹

Du reste, les dispositions de l'article 225 du Code marocain et celles de l'article 432-4 du Code français diffèrent dans leur rédaction. Le législateur français parle : « d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle ... », alors que le législateur marocain se contente d'une virgule qui est un signe de ponctuation, marquant une pause de courte durée qui, dit Larousse, s'emploie à l'intérieur de la phrase pour isoler des propositions ou des éléments de propositions.

Cette ponctuation complique davantage l'appréhension des sens et l'applicabilité des incriminations, car par-delà les interprétations et les qualifications : « Notre système linguistique reste dans l'ensemble inexploré (...) et un langage constitue un tout structuré : chaque mot n'y reçoit son sens que relativement aux autres et dans un ensemble ordonné. »¹²

Comment sortir du tunnel terminologique ? La virgule pourrait-elle se comprendre comme

une conjonction alternative « ou » ou bien comme une conjonction de liaison « et » ?

Alain Prothais observe que : « les Codes actuels indiquent : « Arbitraire ou attentatoire », en se référant expressément à la dernière édition officielle de 1832. Mais nombreux sont les criminalistes qui affirment que ce ne peut être là qu'une erreur matérielle parce que le texte original de 1810 énonçait : « arbitraire et attentatoire », de sorte que la disposition légale n'est pas applicable aux cas arbitraires quelconques, mais à ceux qui sont attentatoires aux droits énumérés. Ainsi, si la volonté du législateur était d'accroître l'efficacité de la répression, c'est exactement le contraire qui s'est produit en fait, parce que de telles incriminations sont bien difficiles à appliquer [et que l'article 225] tout en établissant un principe général de répression, en réalité, il ne réprime aucun acte précis et déterminé. »

Il faut cependant mettre en évidence la lucidité et saluer la perspicacité du législateur marocain qui avait organisé tôt un système de responsabilité. En effet l'article 226 du Code pénal prescrit : « Les crimes prévus à l'article 225 engagent la responsabilité civile personnelle de leur auteur ainsi que celle de l'Etat, sauf recours de ce dernier contre le dit auteur. » Il appartient à la juridiction saisie d'apprécier les circonstances dans lesquelles les agents ont exécuté les mesures reprochées (Crim.6 février 1962) et de déterminer les responsabilités. L'auteur de l'exécution ne peut invoquer l'erreur ou l'ignorance, pour échapper à la sanction administrative ou réparer le dommage subi, tant et si bien que la responsabilité civile pourrait être retenue en l'absence même d'infraction à la loi pénale. C'est dire sur un plan dialectique, que l'atteinte au sens de : « L'action dirigée contre quelque chose ou quelqu'un par des moyens divers »¹³, ne résulte pas toujours d'un acte positif, mais aussi d'un texte légal.

LES ATTEINTES AU LEGALISME

Selon Jean Pradel et André Varinard, « les atteintes au légalisme sont au nombre de trois :

1. Existence de « types ouverts » où les lois rédigées dans des termes si imprécis et si généraux que les faits les plus divers peuvent y entrer [...]
2. Développement des règlements qui fixent les éléments constitutifs de certaines infractions, et apparition corrélative des « lois pénales en blanc » qui renvoient à des règlements futurs.
3. Existence enfin [...] des principes généraux du droit et de coutumes et usages [...] qui conservent tout leur intérêt.¹⁴»

Il demeure entendu que l'attentat à la liberté individuelle tel que défini par l'article 225 nécessite que soit opérée l'arrestation ou la détention ou la séquestration sans ordre de la loi et commandement de l'autorité légitime, ce que la jurisprudence française entend aussi de l'auteur des ordres¹⁵.

La tâche se complique, notamment lorsque les faits cessent d'être régis par la flagrance, et même sous ce régime comment mettre en pratique les dispositions de l'article 76¹⁶ du Nouveau code de procédure pénale ?

Selon Michel Véron : « Arrêter, c'est appréhender matériellement ou physiquement, infraction à caractère instantané, détenir ou séquestrer [...], c'est garder la personne contre sa volonté, pendant un temps plus ou moins long même si la détention ne dure que « quelques instants

» (Crim. 12 Octobre 1977. Bull. Crim. 302). Et on admet que l'arrestation et la séquestration ne sont pas les aspects d'une même infraction, mais les éléments constitutifs de deux infractions distinctes, sanctionnées des mêmes peines.

C'est ainsi que l'infraction est consommée par celui qui arrête, même s'ils n'assurent pas ensuite la détention, la séquestration ou inversement par celui qui séquestre sans avoir lui-même arrêté (Crim. 21 février 1979. Bull. Crim.80).¹⁷

« Peu importe que l'arrestation illégale soit suivie d'une mise en liberté immédiate. Peu importe, également, qu'une séquestration n'ait pas été précédée d'une arrestation. »¹⁸ En aucun cas, « le droit d'arrestation ne peut être invoqué ou justifié par des « règles en usage » contraires à la loi. »¹⁹ Il s'en suit que : « Les fonctionnaires publics, les agents de la force publique et les préposés de l'autorité publique, chargés de la police administrative ou judiciaire, qui ont refusé ou négligé de déférer à une réclamation tendant à constater une détention illégale et arbitraire, soit dans les établissements ou locaux affectés à la garde des détenus, soit partout ailleurs, et qui ne justifient pas en avoir rendu compte à l'autorité supérieure, sont punis de la dégradation civique. » (art. 227 du code pénal marocain ; 432-5 du code pénal français).

Commentant ces dispositions, Adolf Ruolt observe : « Il convient de noter ici, une lacune de la loi qui incrimine celui qui a refusé d'examiner une réclamation, mais n'inquiète pas celui qui a eu, en dehors de toute réclamation, la connaissance personnelle de la détention illégale et arbitraire. Il ne pourra s'agir ici que d'une faute disciplinaire.

Quant à celui qui justifie avoir rendu compte à l'autorité supérieure, il ne bénéficie pas d'une excuse absolutoire, mais un des éléments constitutifs de l'infraction faisant défaut, il ne peut y avoir aucune poursuite. »²⁰

Quelle conclusion tirer de ces remarques ?

- Les prescriptions pénales sanctionnant la protection de la liberté individuelle doivent être réécrites de façon à éviter toute confusion pouvant jouer pour ou contre l'auteur de la mesure ou du reproche, pour ou contre l'intérêt suprême du pays.

- L'Etat ayant des droits, le citoyen aussi, seul un code clair pourrait assurer cet équilibre et garantir un fonctionnement normal des institutions. Le respect des droits de la défense n'implique pas impunité et les instances judiciaires de l'Etat doivent veiller à l'observance des règles de jeu communément admises.

Comment y arriver ?

- Par l'institution d'une commission de juristes hautement spécialisés dont la tâche consistera à réviser toutes les dispositions se caractérisant par la confusion ou le flou, le cas échéant ériger en infractions autonomes certains agissements comme la torture qui n'est pas punie par le droit marocain, en tant que crime commis par les organes visés à l'article 225.

- Par la volonté de construire des institutions solides garantissant les droits et imposant les devoirs aux uns et aux autres, tant il est vrai que dans un Etat de droit il n'y a pas de place pour le laxisme.

- 1 In. André-Jean Arnaud : Vers un processus de décision complexe. In. Lire le droit. Langue, texte, cognition (sous la direction de Danièle Bourcier et Pierre Mackay.) L.G.D.J. Paris. 1992. P.78.
- 2 Ibid.
- 3 In. Baudoin Dupret...Op. Cit. Rapport introductif. Expériences constitutionnelles maghrébines. Tunis. 1987
- 4 In. Baudoin Dupret ...Op. Cit
- 5 Ibid.
- 6 In. Baudoin Dupret ... Op. Cit.
- 7 Cornu (G) : Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant. PUF. Paris. 1987. P.845.
- 8 Guy Debeyre : Fonctionnaire public. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale (2ème édition). Tome III. 1979. P.4.
- 9 Annie Beziz - Ayache : Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale. Ellipses. Paris. 2001.P.21.
- 10 Ce texte est ainsi rédigé : « S'il justifie avoir agi par ordre de ses supérieurs hiérarchiques dans un domaine de leur compétence, pour lequel il leur devait obéissance, il bénéficie d'une excuse absolutoire. En ce cas, la peine est appliquée seulement aux supérieurs qui ont donné l'ordre. »
- 11 P. 5 et S ; 300 et S.
- 12 Villy (Michel) : Philosophie du droit. Dalloz. Paris. 1982. P.8
- 13 Gerard Cornu : Vocabulaire juridique... Op.Cit.P.79
- 14 Les Grands arrêts du droit criminel. Tome II. Le Procès. La sanction. Dalloz. 1994.P.177.
- 15 Crim. 4 août 1948. Bull. Crim.221.
- 16 « Dans le cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche. » (Traduction non officielle).
- 17 Droit pénal spécial. Paris. Mason. 2ème édition. 1982. P.181.
- 18 Vouin : Droit Pénal Spécial. P. 267.
- 19 Cit. par Vouin ... Op. Cit. P. 272.
- 20 Code pénal annoté. ARREJ. Ministère de la Justice. 1990 .P. 222.