

**MARIA MERLINO**

## **L'appréhension des avoirs illicites: les expériences française et italienne**

*Suite à la directive 2014/42/UE, les législations internes en matière de gel, saisie et confiscation des avoirs illicites devraient présenter un certain degré d'homogénéité. Cependant, les règles adoptées ne sont pas toujours efficaces et risquent de compromettre les droits de la défense : l'efficiantisme judiciaire, au nom du fameux adage selon lequel le crime ne paie pas, entraîne, dès lors, un certain affaiblissement des principes fondamentaux en matière pénale.*

*Cet article, rédigé en l'occasion d'un colloque tenu à la Cour de cassation française le 8 novembre 2019, compare brièvement les modèles français et italien d'appréhension des avoirs criminels, à la lumière des principes internes et communautaires.*

*The deprivation of the proceeds of crime: Italian and French systems*

*Pursuing the directive 2014/42/UE, the national lawmakers should reach a certain degree of homogeneity in the regulation of freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime. However, the reception has not been successful and the proposed solutions may jeopardize the defendant's rights. As a consequence, the look for judicial efficiency - according to the the-crime-doesn't-pay approach - significantly weakens the fundamental principles in criminal law.*

*This article, written after a conference held at the French Supreme Court, on the 8<sup>th</sup> of November 2019, briefly compares Italian and French systems of deprivation of the proceeds of crime, in the light of internal and European principles.*

**SOMMAIRE** : 1. L'élan européen : pour que le crime ne paie pas. - 2. Le système français après 2010 : un concours de procédures. - 3. La palette des mesures à disposition des magistrats italiens. - 4. Le risque (commun) d'affaiblissement des principes fondamentaux en matière pénale.

### *1. L'élan européen : pour que le crime ne paie pas.*

Cet article a été rédigé à la suite d'un colloque qui s'est tenu, le 8 novembre dernier, à Paris, à la Chambre criminelle de la Cour de cassation, sur "*Les principes du droit pénal à l'épreuve du recouvrement des avoirs criminels*".

Lors de ce prestigieux évènement, les intervenants - insignes experts issus du barreau, de la magistrature et du monde académique - ont discuté des questions posées par les saisies et les confiscations à l'égard des principes fondamentaux du droit pénal.

Si le même débat avait été organisé une vingtaine d'années auparavant, la belle salle donnant sur la galerie Saint Louis n'aurait pas été aussi pleine.

Il s'agit, en effet, d'un champ du droit répressif assez jeune, mais qui ne cesse de croître. Nombreux sont les problèmes d'application concrète, dans les différents pays qui composent l'Union Européenne, posés par un ensemble de

dispositions parfois obscures et surtout inhomogènes.

L'agression aux patrimoines d'origine illicite est traditionnellement considérée un outil efficace dans la lutte à la délinquance, notamment celle qui se manifeste dans les associations organisées qui revêtent souvent un caractère transnational. On ne saurait méconnaître, en effet, la capacité des organisations criminelles - non seulement celles qui sont qualifiées de « mafieuses » - de pénétrer dans les structures économiques publiques ou privées qui gèrent des patrimoines considérables dans les différents États membres.

Le développement normatif et jurisprudentiel relatif à l'appréhension et à la gestion des biens de provenance délictueuse relève du droit interne et du droit international et communautaire.

La consécration de la nécessité de renforcer la coopération internationale en matière de criminalité organisée transfrontalière et de l'exigence de renforcer l'entraide judiciaire pour réaliser le recouvrement des avoirs illicites n'est pas récente. Les sources légales supranationales peuvent s'inscrire en trois catégories.

A partir de la fin des années Quatre-Vingt, de nombreuses conventions internationales apparaissent parmi les travaux des Nations Unies. Celle contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, « texte fondateur »<sup>1</sup> en matière de gel et de confiscation des produits du crime, qui a « fait entrer de plain-pied les mesures de confiscation dans le champ de la coopération internationale en matière pénale »<sup>2</sup>, a été signée à Vienne le 20 décembre 1988. La Convention ONU contre la criminalité transnationale organisée, dite Convention de Palerme, remonte au 15 novembre 2000 ; les Protocoles s'y rapportant au 31 mai 2001.

Sur le plan de la « Grande Europe », c'est-à-dire dans le cadre des pays qui font partie du Conseil de l'Europe, la charte la plus innovante est sans doute la Convention de Strasbourg relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, signée le 8 novembre 1990 : cette convention constitue l'instrument dont le champ d'application est le plus vaste dans le domaine des saisies et des confiscations, au moins jusqu'à la directive 2014/42/UE<sup>3</sup>. La Convention de Varsovie relative au blanchiment, au

---

<sup>1</sup> MASSE, *L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation*, in *RSC*, 2006, 463. Cette convention a été ratifiée par la France le 31 décembre 1990 et par l'Italie le 5 novembre 1990.

<sup>2</sup> LABORDE, *État de droit et crime organisé*, Paris, 2005, 124.

<sup>3</sup> L'un des buts de cette convention était celui de faciliter la coopération internationale pour l'entraide aux

dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005 mérite aussi d'être citée.

Sur le plan communautaire, l'Union Européenne est également intervenue dans le secteur pénal, malgré la limitation de cette matière, jusqu'à un récent passé, au « pilier » de la justice et des affaires intérieures<sup>4</sup>.

A partir de 2001, de nombreuses décisions<sup>5</sup> ont été adoptées afin de dresser un cadre commun pour les mesures concernant le gel, la saisie et la confiscation des biens<sup>6</sup>. Ce *corpus* normatif a présenté toutefois des aspects critiques, notamment à cause de sa transposition partielle ou manquante de la part des États membres, ce qui a conduit à l'adoption, par la suite, d'une importante Directive, qui constitue actuellement le texte législatif supranational le plus important en la matière. Il s'agit de la Directive 2014/42/UE du 3 avril 2014, relative au gel et à la confiscation des instruments et des produits du crime dans

---

fins d'investigation, de dépistage, de saisie et de confiscation du produit de tout type de criminalité, notamment les crimes graves et, en particulier, les infractions en matière des stupéfiants, le trafic d'armes, les infractions terroristes, le trafic d'enfants et de jeunes femmes et d'autres infractions rapportant des profits importants. Comme il résulte du Rapport explicatif à la Convention, en effet, le Comité des Ministres avait constaté, en étudiant les réponses à un questionnaire distribué aux experts au début de ses délibérations, que tous les États ne disposaient pas de lois internes adéquates pour combattre efficacement la criminalité grave. Les instruments d'investigation permettant les opérations de dépistage, les saisies et d'autres mesures étaient souvent mis en œuvre en application de codes de procédure pénale très anciens ; on remarquait aussi une profonde différence, sous l'angle matériel et procédural, des diverses législations des États membres en matière de confiscation (*Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, Strasbourg, 1991, 7s.).

<sup>4</sup> Le troisième pilier - le premier étant celui des Communautés et le deuxième celui de la politique étrangère et de sécurité - relatif à la justice et aux affaires intérieures (JAI), créé par le Traité sur l'Union Européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, a été par la suite renommé "coopération policière et judiciaire en matière pénale" par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

<sup>5</sup> Le droit pénal européen a profondément évolué sur le plan de la définition des matières de compétence des Institutions Communautaires et également sur le plan des typologies d'actes normatifs qu'elles ont adoptés et pourront adopter pour le futur. En effet, jusqu'au Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, la seule coopération envisageable était celle de type intergouvernemental, mise en œuvre au moyen de conventions, accords internationaux, décisions et décisions-cadres. Ces dernières, en particulier, étaient les actes privilégiés dans le domaine de la coopération judiciaire et de police. Cependant, elles se caractérisent pour leur manque d'efficacité directe - malgré leur valeur contraignante - dans les systèmes juridiques internes. Il a fallu attendre le Traité de Lisbonne, avec l'élimination du système des piliers, pour ouvrir à l'usage des directives dans la matière pénale. Pour une analyse de l'évolution de l'influence des sources européennes en droit pénal, PATRONE, *La dimensione costituzionale del diritto penale dell'UE dopo il Trattato di Lisbona*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>6</sup> Le cadre juridique actuel de l'Union en matière de gel, de saisie et de confiscation des avoirs se compose de l'action commune 98/699/JAI et des décisions-cadres du Conseil 2001/500/JAI, 2003/577/JAI, 2005/212/JAI et 2006/783/JAI.

l'Union Européenne. Le texte s'ouvre avec un considérant significatif : *la criminalité organisée transfrontière, y compris les organisations criminelles de type mafieux, poursuit essentiellement des fins lucratives. Par conséquent, les autorités compétentes devraient disposer des moyens de dépister, geler, gérer et confisquer les produits du crime. Toutefois, la prévention de la criminalité organisée et la lutte contre celle-ci devraient, pour être efficaces, passer par la neutralisation des produits du crime et devraient s'étendre, dans certains cas, à tous les biens provenant d'activités à caractère criminel.*

En d'autres termes, il est inacceptable que le crime se transforme en une activité rentable pour les délinquants. La Communication n. 766 de la Commission, du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2008 avait déjà individué l'objectif commun dans une action visant à garantir que « *le crime ne paie pas* »<sup>7</sup>.

Cet adage, qui a été, par la suite, cité à plusieurs reprises (même par les juridictions supérieures) ne doit pas être confondu avec le principe d'effectivité. Loin d'incarner un principe, il s'agit plutôt d'un *diktat* pseudo-politique, d'une « *policy* non codifiée », qui devient, progressivement, le mot d'ordre du droit pénal: il synthétise une lutte dans laquelle le législateur attaque les sujets qui agissent dans les circuits lucratifs criminels comme s'ils étaient des adversaires politiques à anéantir<sup>8</sup>.

Il est possible de remarquer une évolution de la portée de ce slogan.

Dans les années '60, la doctrine affirmait que cet adage exprimait la nécessité de garantir le *produit* du crime à la justice et posait sur un plan distinct la possibilité, déjà prévue par certains systèmes juridiques, d'appréhender tout le patrimoine du condamné indépendamment du lien avec l'infraction – puisque garantir que « le crime ne paie pas » signifiait, avant toute chose, éviter que le crime soit une source *directe* de gain pour les délinquants<sup>9</sup>. Le système a évolué jusqu'à l'actuelle tendance à considérer cette exigence un objectif général de politique criminelle<sup>10</sup>. En d'autres termes, tout type de saisie et de

---

<sup>7</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0017>.

<sup>8</sup> MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3 1262.

<sup>9</sup> PETREN, *La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Leyde, 1963, II, 525 et s.

<sup>10</sup> THONY, CAMOUS, *Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels: les nouveaux outils de la loi française*, in *R.I.D. pén.*, 1-2, 84, 2013, 205: "Dans la plupart des cas, les tribunaux ne confisquaient que les objets dont la détention était interdite et ceux qui étaient directement liés à la commission de l'infraction. Les

confiscation se justifie à la lumière de cette prévision, car soustraire au condamné (ou au simple suspect) ses biens -même dans leur intégralité, comme la directive le permet<sup>11</sup> - équivaut à inhiber toute activité délictuelle.

La perspective a donc changé : une valeur de prévention générale -menacer les auteurs des infractions de les priver de tout leur patrimoine- s'ajoute au traditionnel objectif d'appréhension du produit *stricto sensu* du crime.

L'institut de la confiscation se situe alors au centre de la politique criminelle européenne et des États membres<sup>12</sup> : instrument « camaléontique », destiné, par excellence, à neutraliser le risque de rentabilité du crime.

Christiane Taubira, Ministre française de la Justice de 2012 à 2016, a déclaré que l'État est engagé dans une véritable lutte contre la « *délinquance acquisitive* » et que les saisies et les confiscations constituent un outil majeur au service de cette « *œuvre de salubrité publique* »<sup>13</sup>.

Comme l'a observé la Professeure Matsopoulou<sup>14</sup>, on registre un véritable *favor* du législateur pour les confiscations: d'un côté, comme toutes les peines patrimoniales, elles ont un caractère dissuasif et produisent des ressources à l'État; de l'autre, ces mesures ne déterminent aucun sacrifice de la liberté personnelle et évitent donc le risque de désocialisation du condamné, même si elles méconnaissent toute vertu curative de la sanction.

La Cour constitutionnelle italienne a récemment souligné que la confiscation « traditionnelle » n'est plus idoine à contraster de manière efficace le phénomène de l'accumulation de richesses illicites de la part du monde criminel organisé, ce qui est très alarmant, face à la possibilité de réemployer les ressources ainsi accumulées pour financer d'autres activités illicites, avec l'ultérieur risque d'engendrer des distorsions du marché commun. C'est pourquoi plusieurs pays européens se sont dotés de dispositifs nouveaux,

---

produits de l'infraction n'étaient eux-mêmes confisqués que lorsqu'il était établi qu'ils représentaient le gain immédiat de la commission de l'infraction. Ce n'est que progressivement que la confiscation des avoirs criminels est devenue en soi un objectif des politiques publiques”.

<sup>11</sup> V. le considérant n. 19 de la Directive 2014/42/UE.

<sup>12</sup> On utilise ici l'expression “confiscation” dans sa signification la plus générale, pour indiquer un outil d'appréhension des biens d'un sujet. Il est opportun de signaler que le mot « saisie » correspond au “*sequestro preventivo*”, s'agissant d'une mesure conservatoire, qui intervient avant tout jugement, alors que la “confiscation” indique la “*confisca*”, véritable sanction pénale prononcée par un juge.

<sup>13</sup> Guide des saisies et confiscations, Préface, [https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/2016\\_guide\\_des\\_saisies\\_et\\_confiscations.pdf](https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/2016_guide_des_saisies_et_confiscations.pdf).

<sup>14</sup> La Professeure Haritini Matsopoulou est intervenue dans le débat avec un relation sur la saisie et la confiscation des biens des tiers.

notamment de formes de confiscation qui peuvent être *lato sensu* définies « *confiscations des biens dont on soupçonne l'origine illicite* »<sup>15</sup>.

Le champ d'application des saisies et des confiscations a subi un indéniable élargissement, puisque leur utilisation dépasse progressivement le champ d'application traditionnel et risque de devenir généralisée, n'étant plus limitée aux crimes d'association, et constitue aujourd'hui l'axe fort de la justice pénale. Un problème délicat d'application se pose à cause de la souplesse des dispositions qui disciplinent ces outils, ce qui permet aux autorités compétentes d'agir de façon parfois discrétionnaire et entraîne un risque d'affaiblissement des garanties de la défense.

Les aspects critiques des systèmes d'appréhension des avoirs illicites ont été exposés par les intervenants au colloque, tout en gardant une approche interdisciplinaire. Le Professeur Alessandro Bernardi a notamment expliqué à son auditoire le mécanisme mis en place par le législateur italien. Dans les paragraphes qui suivent on va tenter de parcourir à nouveau les étapes principales du débat.

## *2. Le système français après 2010 : un concours de procédures.*

« Pour être véritablement dissuasive, toute sanction pénale doit pouvoir s'accompagner de la privation des délinquants des profits qu'ils ont pu tirer de l'infraction ». C'est ainsi que s'ouvre le rapport Warsmann, ainsi appelé du nom de l'un de ses signataires : proposition de loi, présentée en France le 12 novembre 2008, visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale<sup>16</sup>. Le texte cité renvoie à un précédent rapport de 2004 consacré à la lutte contre les réseaux de trafiquants de drogue<sup>17</sup>, à partir duquel certaines innovations en matière de saisies et de confiscations avaient déjà été adoptées<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cour constitutionnelle italienne, n. 33 du 2018, 6ème considérant en droit.

<sup>16</sup> Proposition de loi présentée à l'Assemblée Nationale par les députés Jean-Luc Warsmann et Guy Geoffroy, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1255.asp>.

<sup>17</sup> « Rapport sur la lutte contre les réseaux de trafiquants de stupéfiants » remis le 15 octobre 2004 au ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales. La Convention de Strasbourg, signée dans le cadre du Conseil de l'Europe, visait également à neutraliser les biens provenant de crimes graves et notamment du trafic de stupéfiants.

<sup>18</sup> Plusieurs modifications législatives ont été prises, à la suite de ce premier rapport, pour élargir les possibilités de confiscation, visant notamment les biens qui ne constituent pas strictement l'instrument ou le produit de l'infraction : par exemple, l'art. 321-10-1 du code pénal, introduit par la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme ou l'art. 131-21 du même code, tel que modifié par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. Afin d'améliorer la

Toutes les mesures prises à partir de 2004 se sont révélées, toutefois, insuffisantes, c'est pourquoi le législateur français est intervenu à nouveau avec l'adoption, suite à la présentation du Rapport Warsmann, de la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010. Cette loi a véritablement refondé les règles applicables en matière de saisie pénale spéciale, jugées inadaptées et inefficaces pour répondre aux complexes enjeux posés par la criminalité moderne.

Trois les lignes directrices principales de cette innovation législative: premièrement, le législateur a voulu développer, dès le stade de l'enquête et de l'instruction, les possibilités de saisie patrimoniale, afin d'assurer la pleine effectivité des peines de confiscations susceptibles d'être ordonnées au moment du jugement; en outre, les procédures de saisie ont été simplifiées et dissociées des procédures civiles d'exécution, et leur champ d'application a été étendu à tous les biens; enfin, le législateur a prévu la création de l'Agence publique de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC), organisme public, dirigé par un magistrat et placé sous le contrôle conjoint du Ministère de la Justice et du Ministère du Budget<sup>19</sup>, chargé d'assurer la gestion centralisée des biens saisis.

Il est opportun de souligner l'importance de la première des innovations citées. La loi du 9 juillet 2010 a déterminé une véritable rupture dans le système juridique français.

Avant cette loi, en effet, l'appréhension des biens pouvait être disposée soit à titre de peine complémentaire, selon les dispositions de l'art. 131-21 du code pénal, donc seulement après condamnation (confiscation<sup>20</sup>), soit à titre de mesure destinée à la recherche de la vérité, c'est-à-dire en tant que mesure probatoire (saisie<sup>21</sup>). Aucune saisie conservatoire générale n'était envisagée par

---

détection en amont des biens pouvant faire l'objet, par la suite, d'une confiscation, le 1er septembre 2005 une plateforme spécifique chargée de l'identification des avoirs d'origine criminelle a été créée par le Gouvernement.

<sup>19</sup> L'AGRASC se compose de 11 agents provenant des ministères de la Justice, de l'Intérieur et du Budget. Elle est dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire et dotée d'un conseil d'administration également présidé par un magistrat de l'ordre judiciaire. La loi du 9 juillet 2010 a inséré dans le code de procédure pénale les articles 706-159 à 706-164 relatifs à ce nouvel organisme, dont l'entrée en vigueur a été subordonnée à l'émission d'un décret du Conseil d'État, qui a été publié le 3 février 2011. L'organisation et les missions de l'agence ont été détaillées en deux circulaires du Ministère de la Justice (circ. 22 décembre 2010, portant sur l'ensemble de la loi du 9 juillet 2010 et circ. 3 février 2010, spécifique à l'AGRASC).

<sup>20</sup> La confiscation est la mesure, ordonnée par un Tribunal, qui a nature de peine complémentaire (en droit italien, art. 240 du code pénal).

<sup>21</sup> La saisie peut être disposée soit en enquête (sous le contrôle du procureur de la République), soit en

le législateur<sup>22</sup>.

Dans le stade initial de l'enquête ou de l'instruction, le seul instrument dont les magistrats disposaient était la mise en œuvre de procédures de saisies permettant de placer sous-main de justice un objet utile à la manifestation de la vérité<sup>23</sup>.

La loi du 9 juillet 2010 a profondément modifié cet état de choses, en permettant, avant toute condamnation, de pratiquer des saisies conservatoires. Depuis cette date, les biens de toute personne mise en cause peuvent être saisis, sans que cela ne soit aucunement nécessaire en termes de poursuite de la vérité, aux seules fins de garantir l'exécution des peines complémentaires qui pourraient être ultérieurement prononcées.

Il s'agit de l'instrument que le législateur italien discipline à l'art. 321, alinéa 2, du code de procédure pénale (*sequestro preventivo finalizzato alla confisca*<sup>24</sup>). Il en est résulté l'adoption du principe pour lequel tout bien susceptible d'une confiscation est susceptible de saisie<sup>25</sup>, d'où la création d'un régime spécifique d'enquête en vue de la saisie des biens confisquables.

---

cours de l'information judiciaire (sous le contrôle du juge d'instruction). Le même instrument est connu en Italie avec le nom de « *sequestro probatorio* » (art. 253 et suivants du code de procédure pénale italien). La saisie probatoire peut être définie comme le placement sous-main de justice d'indices, c'est-à-dire « papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés » (art. 56 du code de procédure pénale); la saisie est normalement effectuée lors d'une perquisition, mais elle est aussi possible sans perquisition, au moment du constat et des constatations sur les lieux de la commission d'une infraction (art. 54 du code de procédure pénale), c'est-à-dire en cas de crime flagrant. Dans cette hypothèse, l'agent de police judiciaire peut éventuellement appréhender un ou plusieurs indices pour les remettre à l'officier de police judiciaire compétent aux fins de saisie (Cass. Crim. 5 janvier 2005, n° 04-81.714).

<sup>22</sup> Cela ne signifie pas que le système français méconnaissait les conservatoires réelles. Il existait déjà, par exemple, la caution (art. 142 du code de procédure pénale) pour garantir l'indemnisation des dommages causés par l'infraction, ou le paiement des amendes ; ou encore, la confiscation du véhicule disciplinée par l'art. 18-1 du code de la route (une simple mesure de police).

<sup>23</sup> La saisie a longtemps eu pour seul objectif la conservation des pièces à conviction et des éléments de preuve.

<sup>24</sup> Cet outil a été discipliné pour la première fois par le législateur italien du nouveau code de procédure pénale, qui date de 1988. Le « *sequestro preventivo di cose pertinenti al reato* » était, selon le code Rocco de 1930, un instrument ambivalent. En effet, ce code connaissait un seul et indifférencié macro-instrument d'appréhension processuelle (art. 337 du code de procédure pénale italien abrogé), très clair dans sa nature de coercition réelle, mais très incertain dans sa fonction. Tellement incertain qu'il pouvait être utilisé pour des fins de prévention spéciale mais aussi générale, pour anticiper les effets de la confiscation, comme l'explique MONTONE, *Sequestro penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Turin, 1997, XIII, 253.

<sup>25</sup> La première démarche consiste alors toujours à vérifier si cet objet est confisquable ; le cas échéant, il ne pourra être saisi qu'à titre d'élément de preuve.

La loi du 9 juillet 2010 a en effet modifié les dispositions de droit commun relatives aux saisies et aux perquisitions afin d'étendre la saisie à tous les biens susceptibles de confiscation en application de l'art. 131-21 du code pénal.

Des règles procédurales ont été spécifiquement prévues pour ces saisies aux articles 706-141 à 706-158 du code de procédure pénale.

La loi prévoit actuellement quatre catégories de saisies spéciales. Le législateur a fait le choix de construire un dispositif assez complexe en distinguant selon l'objet de la saisie: le titre du code de procédure pénale relatif aux saisies spéciales (titre XXIX) se compose d'un premier chapitre (articles 706-142 à 706-147) contenant les règles communes à toutes les saisies spéciales; dans les chapitres suivants (chapitres II à V) figurent les dispositions propres de chaque saisie spéciale: la saisie de patrimoine, de biens immobiliers, de biens ou droits mobiliers incorporels<sup>26</sup> et la saisie sans dépossession.

Le premier Avocat Général à la Cour de Cassation, Frédéric Desportes, a observé qu'il en résulte un système très sophistiqué, donnant lieu à des chevauchements que la jurisprudence arbitre parfois avec une certaine tolérance. Il n'a pas caché son inquiétude liée à la spécificité de ce contentieux, qui s'inscrit, malgré sa nature civile, dans la procédure pénale, au stade de l'enquête: c'est ce qu'il a défini « *un contentieux de l'anticipation et du flou* ».

Le régime applicable aux saisies peut dépendre de la nature du bien ou du fondement juridique, c'est pourquoi il y aurait lieu d'un concours de procédures.

En effet, le code prévoit deux régimes distincts. Le premier, entouré de majeures garanties pour l'intéressé, est applicable quand l'on procède pour des délits punis avec une peine d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Selon les articles 706-148 du code de procédure pénale et 131-21 alinéas 5 et 6 du code pénal il est possible de saisir les biens qui se trouvent dans patrimoine de l'individu, alors même que ces biens ne constituent ni l'instrument, ni le produit de l'infraction. Il s'agit de la saisie dite *de patrimoine*, dont le champ d'application est constamment élargi par le législateur. Cette saisie ne peut porter que sur les seuls biens « *dont la confiscation est prévue en application des cinquième et sixième alinéas de l'art. 131-21 du code pénal lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit ou lorsque l'origine de ces biens ne*

---

<sup>26</sup> Les saisies de biens incorporels comprennent notamment les saisies de comptes de dépôts, les saisies de créances de sommes d'argent, les saisies de contrats d'assurance-vie et les saisies de fonds de commerce.

*peut être établie* ». En effet, l'art. 131-21 du code pénal permet de saisir, en cas de crime ou de délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la *libre disposition*, lorsque ni le condamné ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine (alinéa 5) ; la saisie peut aussi porter, en présence d'une prévision légale spécifique, sur *tout ou partie des biens appartenant à l'individu* intéressé par la procédure ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la *libre disposition*, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis (alinéa 6). Le catalogue des infractions pour lesquelles cette saisie peut être ordonnée a été progressivement étendu par le législateur : blanchiment, association de malfaiteurs en vue de la préparation d'une infraction punie de dix ans d'emprisonnement, infractions en matière de stupéfiants, terrorisme, fausse monnaie, crimes contre l'humanité, proxénétisme, corruption de mineurs en bande organisée et diffusion d'images pédopornographie, crimes de guerre, etc. En plus de ces hypothèses spécifiques, la saisie peut être ordonnée lorsque la présomption de l'origine illicite des biens ne peut être vaincue.

La saisie de patrimoine est ordonnée par le juge des libertés et de la détention (JLD) en enquête préliminaire, sur requête du procureur de la République ou, au cours de l'information, par le juge d'instruction, sur requête du procureur ou, d'office, après avis de celui-ci.

Dans la mesure où elles sont entourées de garanties de protection des droits plus importantes, le régime mentionné pour ces saisies devra être appliqué dès que l'une des conditions posées par l'article 706-148 est caractérisée dans une information portant sur une infraction punie d'une peine d'au moins cinq ans. Le second régime concerne les délits punis d'une peine inférieure à cinq ans d'emprisonnement mais au moins égale à un an: cette appréhension peut porter uniquement sur les biens *ayant servi à commettre l'infraction ou en constituant le produit*. Les garanties sont réduites: le juge d'instruction a le pouvoir d'ordonner la saisie sans requête préalable ni avis du procureur de la République. La rédaction des règles procédurales n'est pas précise. En effet, selon une interprétation littérale des articles 706-150 et suivants, qui « *s'appliquent à tous les biens dont la confiscation est prévue par l'art. 131-21 du code pénal* », il serait possible d'affirmer que le régime simplifié peut être

mis en œuvre pour tous les cas disciplinés par l'art. 131-21 code pénal, donc même aux saisies prévues par les alinéas 5 et 6 de cet article. Avec une telle lecture des textes, les dispositions plus protectrices de l'article 706-148 se trouveraient privées d'effets.

Une partie de la jurisprudence a tenté une interprétation limitatrice des dispositions citées, en essayant de valider les saisies préalablement ordonnées : il a été affirmé que rien ne faisait obligation de pratiquer la saisie sur le fondement des dispositions de l'article 706-148 du code de procédure pénale par priorité à d'autres fondements et qu'il suffisait que les biens soient susceptibles de confiscation à quelque titre que ce soit.

La Cour de cassation est intervenue clarifier les domaines respectifs des deux saisies.

S'agissant d'une saisie de crédits inscrits sur un compte bancaire ordonnée par le JLD et confirmée par la Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Pau, la Cour de cassation a censuré la décision de maintien, puisque l'avis du ministère public n'avait pas été recueilli préalablement à la mesure. Cette saisie, en effet, devait être qualifiée de saisie de patrimoine, d'où l'application du régime décrit à l'art. 706-148 code de procédure pénale: ce régime plus garantiste l'emporte sur celui relatif aux biens incorporels prévu à l'art. 706-153 du code de procédure pénale, qui ne requiert pas l'avis préalable de la partie publique<sup>27</sup>. Dès lors que la saisie intervient sur le fondement des alinéas 5 et 6 de l'article 131-21 du code pénal, elle ne peut être mise en œuvre que dans les conditions posées par l'article 706-148 du code de procédure pénale.

Le fait que le critère d'application de certaines saisies tient à la nature du bien saisi, alors que celui d'autres tient au fondement juridique de la saisie, peut générer un concours de procédures<sup>28</sup>; ce concours, toutefois, se révèle seulement apparent, parce qu'il a été réglé par la Cour de cassation, du moins en ce qui concerne le conflit entre deux saisies spéciales : le magistrat qui ordonne la saisie d'un patrimoine, fut-il composé d'un compte bancaire, doit respecter les règles applicables à cette saisie spéciale, notamment l'avis préalable du ministère public; dans un second temps viendront s'appliquer les règles relatives à la nature du bien.

La Cour de cassation a aussi précisé que la chambre de l'instruction, saisie d'un appel formé contre une ordonnance du JLD ayant autorisé, sur requête du

---

<sup>27</sup> Cass. Crim., 11 juillet 2012 n. 12-82.050, *Bull. Crim.* 2012, 168, 287.

<sup>28</sup> ASCENSI, *Saisies spéciales* in *Rép. Droit pénal et procédure pénale*, 14, 2014.

procureur de la République, la saisie en valeur de biens, peut, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, et après débat contradictoire, modifier le fondement légal de la saisie de ces biens, dès lors que cette mesure a été précédée d'une requête du ministère public, peu important le fondement visé par celle-ci, et doit, s'il s'agit d'une saisie de patrimoine, l'ordonner elle-même<sup>29</sup>.

Puisque la loi de 2010 a introduit le principe pour lequel tout ce qui est confiscable au visa de l'art. 131-21 du code pénal est saisissable, d'autres catégories de biens peuvent être appréhendées: en plus des saisies spéciales, il existe des saisies générales se rapportant aux catégories de biens indiqués aux alinéas 2, 3, 4 et 7 de l'art. 131-21 du code pénal.

Premièrement, il est possible de placer sous-main de justice avant jugement les biens, meubles ou immeubles, qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction, ou qui étaient destinés à la commettre. La jurisprudence tend d'ailleurs à interpréter le concept d'*instrument de l'infraction* au sens large<sup>30</sup>. Dans cette hypothèse, le législateur ne requiert pas que l'auteur de l'infraction soit propriétaire, puisque les tiers, sous réserve de leurs droits de bonne foi, peuvent être destinataires d'une saisie d'une chose dont le mis en examen avait la libre disposition.

Au visa de l'alinéa 3 de l'art. 131-21 code pénale la mesure réelle porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime. Si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit.

L'alinéa 4 du même article renvoie à tous les cas où la confiscation est expressément prévue par une disposition spéciale du droit répressif, en disposant que l'ablation réelle (la confiscation, donc également la saisie) peut porter sur tout bien meuble ou immeuble défini par la loi ou le règlement qui réprime l'infraction.

En vertu de l'alinéa 7 de l'art.131-21 code pénal, enfin, l'ablation réelle est obligatoire pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite, que ces biens soient ou non de la propriété du condamné.

---

<sup>29</sup> Cass. Crim., 16 mai 2018 n. 17-83.584, in *Bull. crim.*, 2018, 96, 354.

<sup>30</sup> Cass. Crim., 24 octobre 2018, n. 18-80. 834, in *Bull. crim.*, 2018, 178, 581.

A la différence des saisies spéciales, les mesures décrites aux alinéas 2, 3, 4 et 7 de l'art. 131-21 c.p. concernent des biens qui ont un certain lien avec l'infraction, s'agissant de son produit, son objet ou de l'instrument ayant servi à la commettre ; de plus, pour les saisies disciplinées aux alinéas 2 et 3 du même article une ultérieure prévision législative n'est pas requise, puisque cette base légale est suffisante à fonder des catégories générales de saisies (et confiscations).

Le régime des saisies et des confiscations qui résulte de l'ensemble des dispositions citées du code pénal et du code de procédure pénale est très complexe et des problèmes d'application se posent lorsque le bien intéressé constitue, par exemple, un bien à la fois nuisible ou dangereux et susceptible de faire l'objet d'une saisie de patrimoine.

C'est la raison pour laquelle des concours de procédures sont malheureusement encore envisageables et il serait opportun, *de iure condendo*, de modifier et simplifier la discipline pour que l'activité demandée aux autorités compétentes (ministères publics, juges et officiers de police judiciaire) soit moins discrétionnaire.

Comme il a été établi dans plusieurs pays européens, dont l'Italie, le système français connaît aussi la confiscation en valeur, mise en œuvre quand il n'est pas possible d'appréhender directement le bien visé par la disposition qui permet de le saisir/confisquer. L'art. 131-21 alinéa 9 du code pénal établit que la confiscation peut être ordonnée en valeur et à ces fins elle peut être exécutée sur tous biens, quelle qu'en soit la nature, appartenant au condamné (ou au mis en examen s'il s'agit d'une saisie) ou, sous réserve du droit du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition.

La condamnation au paiement d'une somme tenant lieu de confiscation ne peut intervenir qu'au cas où les objets susceptibles de confiscation n'ont pas été saisis ou lorsque, ceux-ci ayant été saisis, leur confiscation n'est que facultative<sup>31</sup>. Il résulte de l'art. 706-141-1 code de procédure pénale que le montant d'une saisie en valeur ne doit pas excéder la valeur de la chose susceptible de

---

<sup>31</sup> Cass. Crim., 22 mai 1997 n°96-83.014 : « aux termes de l'art. 369-4 code de douanes, de l'art. L. 629 code de la santé publique et 131-21 code pénal, la confiscation en nature des stupéfiants saisis, produits dangereux pour la santé, est obligatoire. Encourt donc la censure la décision de la Cour d'appel qui condamne l'auteur de l'infraction au paiement d'une somme tenant lieu de confiscation des stupéfiants saisis mais non confisqués puisqu'une telle condamnation ne peut intervenir que dans l'hypothèse où les biens susceptibles de confiscation n'ont pas été saisis ou lorsque, s'ils ont été saisis, la confiscation est prévue par la loi comme facultative ».

confiscation : en vertu du principe de proportionnalité, cette correspondance doit être respectée notamment dans l'hypothèse de concours d'infractions ou de concours de divers auteurs dans la même infraction (sur ce point, voir *infra*). Il convient de rappeler que la confiscation peut assumer aussi la nature de mesure de sûreté, indépendamment de toute condamnation ou même de déclaration de culpabilité. Cette mesure de police, qui peut être ordonnée même en cas d'acquiescement ou d'extinction de l'action publique<sup>32</sup>, est justifiée par la nécessité d'éviter la mise en circulation de substances ou d'objets dangereux ou nuisibles pour la santé et la sécurité publiques. Comme la Professeure Matsopoulou l'a rappelé, aucun problème d'atteinte au principe de personnalité de la responsabilité se pose puisqu'il s'agit de mesures de polices et non pas de peines, comme la Cour de cassation a depuis longtemps souligné<sup>33</sup>. C'est pourquoi le juge d'instruction peut également ordonner la destruction des biens meubles placés sous-main de justice dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, lorsqu'il s'agit d'objets qualifiés par la loi de dangereux ou de nuisibles, ou dont la détention est illicite (art. 99-2 alinéa 4 du code de procédure pénale).

Il est important de s'interroger sur la nature des divers instruments d'appréhension des biens qui relèvent du droit pénal.

Premièrement, une distinction fondamentale se pose entre les saisies et les confiscations, puisque seulement ces dernières sont ordonnées par le juge du fond suite à un jugement. Les saisies ont une fonction soit probatoire, ayant pour but de séquestrer des avoirs utiles à la manifestation de la vérité, soit conservatoire. Ce sont notamment les saisies conservatoires à faire l'objet des débats doctrinaux et jurisprudentiels les plus vifs, puisque si la saisie consiste à « geler » le bien avant qu'une confiscation ne soit mise en œuvre, il en résulte que ce type de saisie reflète en quelque sorte la nature de l'éventuelle

---

<sup>32</sup> «La confiscation n'a rien de personnel; elle affecte l'objet de fraude, abstraction faite du propriétaire, et peut être, par suite, prononcée après le décès du contrevenant » ainsi Cass. Crim. 1<sup>er</sup> mars 1956 n. 53 - 3.391 ; selon Cass. Crim. 5 juin 2013, n. 12-80.859, *Gaz. Pal.* 2013, 2, 3243, « la mesure de confiscation ordonnée à l'occasion de poursuites correctionnelles et visant l'instrument du délit ou la chose produite par délit constitue une sanction à caractère réel qui survit à l'extinction de l'action publique ; il y a lieu, en conséquence, de statuer sur le pourvoi formé par un prévenu décédé postérieurement à la formation de son recours ».

<sup>33</sup> Ainsi Cass. Crim. 23 mai 1977, n. 76-93239 affirme que la confiscation des instruments de pesage faux ou inexacts prévue par l'article 6 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1905 constitue une mesure de police et de sûreté de caractère réel. Elle se trouve dès lors exclue du champ d'application de l'article 469-2 du Code de procédure pénale.

confiscation. Cependant, seule une confiscation, prononcée par un juge, est une véritable peine. Les destinataires des saisies risquent parfois de subir des compressions des droits de la défense justifiées sur la base du principe pour lequel la saisie n'est pas une peine : mais le degré d'invasion de la sphère privée et la nature afflictive de la mesure (donc ses conséquences concrètes) ont exactement la même portée de celle d'une confiscation.

Ainsi, appréhender un bien à un tiers -sur la base de la simple *libre disposition* de cet avoir de la part du mis en examen- peut porter atteinte au principe de personnalité de la responsabilité pénale. L'ablation de l'intégralité du patrimoine est difficile à justifier face au principe de nécessité et proportionnalité des peines. De plus, si le destinataire de la mesure se voit saisir ou confisquer certains avoirs dont il n'a pas su expliquer l'origine, la présomption d'innocence semble vaciller aussi.

Ces questions ne sont pas propres au système juridique français.

### *3. La palette des instruments à disposition des magistrats italiens.*

L'Italie connaît, comme la France, un phénomène d'incessant élargissement du champ d'application des saisies et des confiscations.

Il s'agit d'une tendance commune à tous les systèmes juridiques, mais notre pays, dans ce vaste horizon, se démarque pour l'ample espace reconnu à tous les instruments *lato sensu* afflictifs qui agressent le patrimoine, en devenant presque un modèle de référence<sup>34</sup>.

Les outils d'appréhension des biens ne peuvent être reconduits à une catégorie unitaire ; c'est la raison pour laquelle la doctrine parle de nature « polyédrique » ou « caméléonesque » de la confiscation<sup>35</sup>. A la confiscation

---

<sup>34</sup> FIANDACA, *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee e il sistema penale italiano*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Atti del convegno di studio svoltosi a Milano il 27 novembre 2015, Milan, 2016, 11: « questa tendenza politico-criminale all'incremento delle misure che incidono sulle ricchezze di fonte illecita, si è invero andata diffondendo in pressoché tutti gli ordinamenti europei ed extraeuropei: in questo vasto orizzonte, com'è noto, l'ordinamento italiano è senz'altro tra quelli che più spiccano per l'ampia cittadinanza accordata a strumenti *lato sensu* sanzionatori incidenti sul patrimonio; anzi, per certo aspetti, esso viene assunto a modello di riferimento ».

<sup>35</sup> FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. Pen. Web.*, 3, 2019.

FIANDACA, *ibid.*, 17: « L'istituto della confisca, proprio in considerazione della sua essenza o struttura di provvedimento ablativo di risorse patrimoniali, continua ad apparire, e non potrebbe del resto essere diversamente, un istituto intrinsecamente proteiforme e polifunzionale: nel senso che esso, a prescindere dalla sua qualificazione formale sul piano legislativo o dogmatico, si presta di fatto a svolgere nello stesso tempo funzioni sia general-preventive, sia special-preventive, sia punitive o sanzionatorie, sia riparatorio-restitutorie e/o compensatorie. Per questa sua intrinseca polifunzionalità empirica- un istituto ibrido o

« classique » s’accompagnent aujourd’hui plusieurs formes de confiscations « modernes », visant à neutraliser la délinquance acquisitive<sup>36</sup>, mises en place par un législateur qui fait preuve d’une véritable schizophrénie, comme l’a souligné le Professeur Bernardi. Ce vaste arsenal manque toutefois d’efficacité. La confiscation a désormais au moins trois fonctions<sup>37</sup> : une fonction de peine complémentaire, au visa de l’art. 240 du code pénal<sup>38</sup>; une fonction de prévention, quand elle est mise en œuvre en tant que mesure de sûreté ou mesure de prévention antimafia ; une fonction de sanction administrative. La confiscation dite *élargie* s’inscrit dans le cadre de la fonction de prévention : elle est prévue non seulement dans le code antimafia (Décret législatif 159 de 2011, à l’article 24) mais aussi dans le code pénal, à l’art. 240-*bis* récemment introduit par le législateur, qui discipline la confiscation *par disproportion*, obligatoire en cas de *condamnation* pour certains délits énumérés par la même disposition. Il s’agit d’une confiscation de patrimoine prévue pour certaines infractions les plus graves dont la seule commission autorise l’appréhension de tous les biens appartenant à la personne, quelle qu’en soit l’origine. Cette mesure intervient donc – obligatoirement – après condamnation. Elle était prévue, à l’origine, à l’art. 12-*sexies* de la loi du 7 août 1992 n. 356, introduit<sup>39</sup>

---

meticciano, irriducibile a prestazioni univoche, la confisca è al tempo stesso suscettibile di essere declinata secondo logiche ora penalistiche, ora amministrativistiche, ora civilistiche”.

<sup>36</sup> Cour Constitutionnelle italienne, n. 33 du 2018, 6ème considérant en droit.

<sup>37</sup> Cour de Cass. italienne, Sections Unies, arrêt n. 28606 du 10 juillet 2008: “la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica; il suo contenuto è sempre la privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, così da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura amministrativa., ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge”.

<sup>38</sup> Il s’agit de la forme “traditionnelle” de confiscation, qui est une peine complémentaire facultative ou obligatoire. Plus spécifiquement le législateur prévoit l’appréhension facultative, en cas de condamnation, des choses ayant servi à commettre l’infraction et des choses qui constituent le produit ou le fruit de l’infraction (art. 240, al. 1er, code pénal italien); l’appréhension obligatoire des choses qui sont dangereuses ou nuisibles en soi, indépendamment de la titularité de la propriété et indépendamment du lien avec l’infraction et des choses ayant servi à commettre certaines infractions (art. 240, al. 2ème, c.p.)

<sup>39</sup> Suite à la déclaration d’inconstitutionnalité de l’art. 12-*quinquies* de la loi 356 de 1992 (Cour Constitutionnelle, arrêt n. 48 du 17 février 1994) qui permettait l’appréhension intégrale du patrimoine du suspect, en dehors de toute condamnation, l’art. 12-*sexies* a été introduit dans la même loi par le décret-loi 399 du 20 février 1994, visant expressément à éviter que les sujets mis en examen ou condamnés pour de graves infractions, notamment de matrice mafieuse, puissent continuer à avoir la disponibilité de biens de valeur disproportionnée en rapport à leur revenus déclarés.

Il est superflu de rappeler que l’Italie connaît, à partir des années Quatre-Vingt, le sanglant terrorisme mafieux.

pour simplifier le travail de l'autorité judiciaire, ainsi libérée de l'obligation de prouver le lien entre les biens et l'infraction, dans les hypothèses de délits très graves, qui permettraient raisonnablement de considérer illicites les patrimoines des délinquants *disproportionnés* en rapport à leurs revenus déclarés ou provenant d'activités licites. Cette mesure, particulièrement afflictive, est disposée seulement après condamnation, sur la base de la simple disproportion du patrimoine (élément qui doit être prouvé par le ministère public), qui impose de présumer<sup>40</sup> que les biens de valeur injustifiée dérivent d'autres activités licites. Le législateur met en place une véritable présomption d'origine illicite de ces avoirs, présomption qui n'est pas irréfragable, pouvant être rompue avec la preuve, fournie par le condamné, de l'origine licite de ses avoirs. La formulation de la disposition citée est très ample, permettant de confisquer aussi les biens dont le condamné n'est pas le titulaire formel, mais dont il a la *disponibilité* à quelque titre que ce soit, même par le moyen de l'interposition d'un tiers.

La possibilité d'appréhender tout le patrimoine d'un individu ou d'un tiers interposé est envisagée également dans le code antimafia (décret législatif 159 de 2011).

Le système italien se caractérise, en effet, par une « double voie » d'intervention sur le patrimoine: d'un côté, les mesures pénales (confiscation obligatoire ou facultative, après condamnation, ayant nature de peine complémentaire et confiscation de l'intégralité du patrimoine dans les hypothèses énumérées à l'art. 240-*bis* du code pénal, ayant nature de mesure de sûreté atypique<sup>41</sup>) ; de l'autre, les mesures de prévention ou antimafia, qui ne peuvent être définies (et donc réglées) comme des sanctions pénales à tous les effets, dans le cadre d'une procédure qui se déroule avec des garanties atténuées et indépendamment du procès pénal<sup>42</sup>. Ces mesures, sanctions non pénales, donc privées des garanties typiques du procès pénal, mais appliquées par le juge pénal, sont mises en place à l'égard des « suspects »<sup>43</sup> d'un délit, selon

---

<sup>40</sup> C'est un « critère de simplification démonstrative de la dérivation de ces biens d'une activité dangereuse », selon la définition fournie par Cass. Pén., Ière Section, arrêt n. 1778 du 17 janvier 2020, Ruggieri.

<sup>41</sup> Cass. Pén., Sections Unies, 17 juillet 2001, Derouach, in *Riv. Pen.* 2001, 718 et s.; *Id.*, 19 janvier 2004, Montella, in *Foro it.*, 2004, 268 et s.

<sup>42</sup> L'instauration de la procédure de prévention est tout à fait indépendante de l'exercice de l'action pénale. Elle peut se dérouler avant, pendant ou sans qu'un procès pénal soit instauré à l'égard du « *preposto* ».

<sup>43</sup> Ces mesures peuvent être prises à l'égard de trois catégories d'individus, au visa de l'art. 16 du code

un système de véritables présomptions. L'objectif n'est pas celui de sanctionner la personne, mais celui de confisquer en faveur de l'État des biens entrés illicitement en possession de personnes d'autant plus dangereuses qu'elles sont « *indiziate* » (fortement suspectées) de graves infractions. Ce sont des biens à soustraire pour prévenir d'autres manifestations de la dangerosité de ces personnes au travers de leur utilisation<sup>44</sup>.

Que l'intérêt du législateur soit concentré plus sur les biens que sur la personne et sa responsabilité est démontré par le fait que les mesures patrimoniales peuvent être prises à l'égard des héritiers du « *preposto* », dans le cas de décès de celui-ci (art. 18, alinéa 2, code antimafia).

La formulation de l'art. 24 du code antimafia et de l'art. 12-*sexies* de la loi de 1992 (transposé aujourd'hui dans l'art. 240-*bis* du code pénal, en vertu de la « réserve de code » établie à l'art. 3) est tout à fait similaire<sup>45</sup>, permettant à l'autorité judiciaire de frapper tous les biens d'une valeur disproportionnée et injustifiée en rapport aux revenus de la personne, mais la vérification judiciaire de la responsabilité pénale pour certaines infractions n'est pas requise pour la mesure préventive, mise en place sur la base d'un simple soupçon.

La différence entre les deux confiscations était nette dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui insistait sur les différents fondements, en posant une distinction très claire des respectifs champs d'application<sup>46</sup>. Plus récemment, comme la doctrine l'avait déjà clarifié, les points communs ont été soulignés par la jurisprudence, qui a admis la progressive assimilation fonctionnelle –

---

antimafia: ceux qui présentent une dangerosité sociale déterminée selon le type de criminalité que l'on soupçonne; ceux qui ont une dangerosité générique, c'est à dire les individus vivant habituellement, ne serait-ce qu'en partie, avec les produits du crime; les personnes physiques ou morales signalées par le comité des Nations Unies.

<sup>44</sup>MENDITTO, *La «confiscation anti-mafia» et le sort des biens confisqués en Italie*, [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>45</sup>«L'affinità tra la confisca speciale (...) e la confisca di prevenzione antimafia risulta sol che si confrontino i contenuti precettivi delle norme per inferire che quest'ultimo modello è stato largamente mutuato dall'art. 12-*sexies*» selon Cass. Pén., Sections Unies, 17 juillet 2001, Derouach.

<sup>46</sup>Cass. Pén., Sections Unies, 24 juillet 2014, Repaci, obs. TRAPASSO, dans cette *Revue Web*, 2014, 2: «La differente struttura normativa delle due confische è di tutto rilievo. In particolare quella ex art.12-*sexies* è legata alla commissione di alcuni reati, mentre l'accertata commissione di reati non è presupposto necessario per il giudizio di pericolosità; la confisca allargata è legata alla non giustificabilità della provenienza delle utilità ed alla sproporzione rispetto ai redditi dichiarati e alla propria attività economica, quella di prevenzione aggiunge(...) la riconducibilità dei beni, sulla base di sufficienti indizi, al frutto di attività illecite ed al reimpiego delle stesse. La diversa struttura normativa delle due fattispecie, con le diverse ricadute operative, già esclude che possa porsi la prospettata unità di *ratio legis*. Si tratta invero di provvedimenti ablatori che agiscono in campi diversi ed hanno diverse latitudini operative».

dissuasive et préventive- de la mesure pénale (art. 240-*bis* c.p.) à la mesure antimafia<sup>47</sup>. Le fondement de ces deux instruments repose, en effet, sur la même logique : éviter la réitération de comportements tendant à utiliser et reproduire des avoirs illicites. En d'autres mots, le législateur entend s'assurer que « le crime ne paie pas ».

Malgré les aspects problématiques de ces instruments, au niveau des droits de la défense, indéniablement affaiblis, les systèmes juridiques communautaire et conventionnel tolèrent amplement ces formes de confiscations *élargies*.

Déjà en 2008 la Commission Européenne, en se référant aux contenus de la recommandation n. 3 du Groupe d'Action Financière Internationale (G.A.F.I.) préconisait la nécessité d'introduire une « confiscation en absence de procès pénal »<sup>48</sup>. La plus récente directive 2014/42/UE, à l'art. 5, discipline notamment la confiscation élargie, en prévoyant que les États membres « adoptent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des biens appartenant à une personne *reconnue coupable* d'une infraction pénale susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique, lorsqu'une juridiction, sur la base des circonstances de l'affaire, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles, tels que le fait que la valeur des biens est disproportionnée par rapport aux revenus légaux de la personne condamnée, est convaincue que les biens en question proviennent d'activités criminelles ». Une partie de la doctrine affirme que cette prévision s'inscrit dans une logique typiquement civiliste, puisque le standard probatoire requis n'est pas celui de la certitude au-delà du doute raisonnable, malgré le fait que l'art. 5 cité n'ait pas repris la formulation originariaire de la proposition de la Commission, qui contenait une référence expresse au critère de la probabilité de la dérivation illicite des biens disproportionnés<sup>49</sup>. La disposition de la directive concerne exclusivement les sujets « reconnus coupables » de certaines infractions, ce qui conduit à soulever des doutes légitimes par rapport à la compatibilité du système de prévention italienne avec les indications du législateur communautaire. Toutefois, il n'est pas inutile de rappeler que cette directive, en raison de sa nature, se caractérise

---

<sup>47</sup> Cass. Pén., I ère Section, 17 janvier 2020 n.1778, Ruggieri.

<sup>48</sup> COM (2008)766 <https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/197649> .

<sup>49</sup> MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, 1, 300 et s.

par son approche minimaliste <sup>50</sup> : en d'autres termes, la directive se limite à dicter les critères qui doivent être *au moins* remplis par les législations internes des États, mais elle n'interdit pas un régime encore plus strict, mis en place pour réaliser les objectifs communs.

La compatibilité des mesures de prévention avec le système de la Convention EDH peut aussi être affirmée, en raison de leur nature préventive et non pas répressive <sup>51</sup>.

A la différence des confiscations par disproportion, les confiscations en valeur sont considérées par la jurisprudence des véritables sanctions pénales ayant nature de peine. Ce sont, en effet, des mesures qui peuvent être appliquées seulement après condamnation, à l'issue de la vérification de la pleine responsabilité pénale de l'intéressé. Malgré cette qualification, un problème de tenue du principe de nécessité des peines se pose, puisque confisquer l'ensemble du patrimoine d'une personne signifie appréhender tous ses biens, indépendamment de leur lien avec l'infraction commise. Un vif débat s'était développé en Italie autour de la question si la confiscation de sommes d'argent devait être considérée une confiscation directe ou en valeur : la Cour de cassation a tranché la question en insistant sur la nature de bien fongible de l'argent, ce qui comporte que la confiscation est toujours une mesure d'appréhension directe.

En Italie comme en France, la saisie peut être ordonnée à titre probatoire ou à titre conservatoire. A la différence du système français, ce second type de saisie existe depuis l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale, qui date de 1988. En effet, le *sequestro preventivo* peut être disposé par le magistrat procédant ou, en cas d'urgence, par le Ministère Public ou la police judiciaire (il est toujours nécessaire qu'il soit validé par le magistrat du fond), dans tous les cas où une confiscation pourrait être appliquée (art. 321, alinéa 2, code de procédure pénale italien).

---

<sup>50</sup> Au visa de son premier article, la Directive 2014/42/UE établit des *règles minimales* relatives au gel de biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure et à la confiscation de biens en matière pénale. L'adoption de *règles minimales* permettra de rapprocher les régimes en vigueur dans les États membres en matière de gel et de confiscation, ce qui renforcera la confiance mutuelle et l'efficacité de la coopération transfrontière, établit le considérant n. 5. Le 22ème considérant clarifie ce concept : "La présente directive établit des règles minimales. Elle n'empêche pas les États membres de prévoir des pouvoirs plus étendus dans leur droit national, y compris, par exemple, en ce qui concerne les règles de preuve".

<sup>51</sup> Cour EDH, 22 février 1994, Raimondi c. Italie; *Id.*, 1er mars-6 avril 2000, Labita c. Italie; *Id.*, 13 novembre 2007, Bocellari et Rizza c. Italie.

Le principe pour lequel tout ce qui est confiscable peut faire l'objet d'une saisie appartient donc -traditionnellement- au système juridique italien<sup>52</sup>. Ce contexte entraîne sans doute des criticités quand il s'agit de « geler » des biens qui devront ensuite être confisqués à titre de confiscation préventive (art. 22 code antimafia), puisqu'un double recul des garanties est opéré : à cause du caractère conservatoire de la mesure et à cause de sa nature préventive.

*4. Le risque (commun) d'affaiblissement des principes en matière pénale.*

Les politiques criminelles visant à réaliser l'appréhension du crime, pour qu'il « ne paie pas » aux délinquants, risquent aujourd'hui de faire prévaloir les exigences d'efficiëntisme et de justicialisme sur les droits de la défense. Le populisme pénal<sup>53</sup> est désormais un phénomène commun à plusieurs systèmes juridiques.

Les outils d'appréhension des avoirs illicites ont l'avantage d'être tangibles, en réponse aux pulsions justicialistes de l'opinion publique, de créer des ressources économiques à l'État et de ne pas porter atteinte aux droits de la personne<sup>54</sup>.

En France, la transformation de ces instruments se registre notamment avec l'introduction des saisies conservatoires. Tout cela, qui était possible auparavant, mais seulement une fois une décision définitive intervenue au fond, peut aujourd'hui être réalisé dès le stade de l'enquête ou de l'instruction et sans nécessité probatoire : le législateur français s'est éloigné du modèle ancestral, lié à la recherche de la vérité, pour adopter un système visant à la fois à prévenir le crime et à garantir les condamnations futures<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, cit. observe que la plupart des ablations qui sont actuellement *sub iudice* concernent des mesures conservatoires, même si le débat est concentré principalement autour de la mesure définitive de la confiscation.

<sup>53</sup> BELFIORE, *A casa propria, frammenti di populismo penale*, dans cette *Revue Web*, 2019, 3.

<sup>54</sup> Mais il convient de rappeler que si pour certaines systèmes juridiques internes le droit de propriété n'est pas considéré un droit fondamental, l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que la propriété est un droit « inviolable et sacré », tandis que l'article 2 de la Déclaration cite la propriété au nombre des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Le système supranational européen- communautaire et conventionnel- paraît aussi décliner le droit de propriété comme un droit fondamental.

<sup>55</sup> Le fil conducteur doit être individué non plus dans la recherche de la vérité mais plutôt dans le but d'atteindre le patrimoine criminel pour assurer une sorte de sécurité juridique, « dans la préservation de l'exécution d'une éventuelle condamnation et soustraction, dès la phase de l'enquête, des moyens nécessaires au délinquant pour commettre de nouvelles infractions », observe DUPUIS, *Les saisies en matière pénale, de l'opportun à l'opportunisme*, *Procédures 2014*, Étude 6.

De plus, ces mesures sont particulièrement afflictives, notamment quand elles sont mises en place en tant que saisies de patrimoine. Imaginons le cas d'une entreprise qui se voit saisir l'intégralité de ses biens, avant tout jugement, et risque la faillite, avec des conséquences autant plus inacceptables quand la procédure s'arrête, par la suite, avec un non-lieu ou une décision de relaxe.

Comme l'a remarqué l'avocat Daoud, dans sa relation consacrée aux droits de la défense, la vente avant jugement, malgré son application résiduelle, peut comporter de très graves préjudices. En effet, aucun mécanisme est prévu pour vérifier que le bien n'ait pas subi une diminution de sa valeur, ni pour s'assurer que la vente ait été effectuée au meilleur prix.

Le Professeur Jacques Henri Robert, qui a illustré, à l'occasion du colloque parisien, les mécanismes de renversement de la charge de la preuve, n'a pas caché son inquiétude, puisque l'applicabilité d'une saisie au cours de l'enquête serait un phénomène tout à fait étonnant. Face à un individu qui n'a pas encore été mis en examen et qui peut subir une saisie-surprise, la seule « motivation » de la mesure étant le procès-verbal de l'officier de police judiciaire, les droits de la défense sont indéniablement dégradés. La défense peut s'exprimer à posteriori, puisque l'intéressé pourra se plaindre devant la chambre d'instruction de la Cour d'appel ou bien présenter sa requête en restitution. Le Professeur Robert estime qu'il y aurait une sorte de compensation, dans le système français, entre cette plus grande facilité d'ordonner une saisie et la difficulté, de plus en plus accentuée par la jurisprudence, de poser un individu en détention provisoire. Similairement, en Italie, la doctrine dénonce l'absence d'un modèle légal de motivation pour les saisies (*sequestri preventivi*), puisque le législateur de la réforme de 2015 s'est préoccupé exclusivement de renforcer les contenus de l'ordonnance d'application des mesures conservatoires personnelles<sup>56</sup>.

L'intervention de Madame Planchon, Conseillère à la Chambre criminelle de la Cour de cassation, a porté sur le problème de la motivation et du contrôle de proportionnalité des décisions de saisie et de confiscation. La question de la motivation par référence à la requête du parquet est au cœur du débat. Originellement admise<sup>57</sup>, cette forme de motivation a été retenue insuffisante par la Cour par deux arrêts de principe, prononcés le 23 novembre 2016.

---

<sup>56</sup> SCALFATI, *Sequestro preventivo e confisca, profili processuali*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, op. cit., 33.

<sup>57</sup> Le renvoi était parfois effectué même au rapport de police joint à la requête du Procureur.

S'agissant, dans le premier cas, d'une autorisation à la prolongation de la garde à vue, la Cour a décidé que l'ordonnance du JLD qui, sur requête du Procureur de la République, autorise cette prolongation, en application de l'art. 706-88, alinéa 2, c.p.p., doit, conformément à ce texte, être motivée. Doit alors être cassée la décision d'appel qui, pour rejeter l'exception de nullité tirée de l'absence de motivation de l'ordonnance du JLD autorisant la prolongation de la garde à vue, retient que cette décision a adopté les motifs développés dans la requête du Procureur de la République, alors que cette simple référence ne répond pas aux exigences prévues par le code<sup>58</sup>. En matière d'autorisation à la perquisition, la Cour a statué également que doit être censurée la décision de la Chambre d'instruction qui, pour rejeter l'exception de nullité tirée de l'absence de motivation du JLD, énonce que cette ordonnance mentionne que les éléments de fait exposés dans la requête du ministère public, dont les motifs sont adoptés, laissent présumer l'existence d'une infraction puisqu'il résulte des articles 76, alinéa 4, du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'ordonnance autorisant des perquisitions sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu, doit être spécialement motivée, en droit et en fait<sup>59</sup>. Dès lors que des droits fondamentaux sont en jeu (liberté personnelle, propriété), les mesures prises par le juge des libertés et de la détention doivent être spécifiques. Madame Planchon a toutefois expliqué à son auditoire que la jurisprudence a opéré un récent revirement, même si partiel, de ces principes : une motivation qui se borne à se référer à la requête du Procureur de la République, si les exigences qui justifient la mesure sont déjà suffisamment expliquées dans l'acte du parquet, serait conforme aux exigences légales.

Le renforcement du contenu de l'ordonnance du magistrat du fond est nécessaire à garantir les droits du destinataire de la mesure. Les saisies, d'ailleurs, interviennent très en amont dans la procédure : mises en place sans débat préalable, leur motivation, bouclier essentiel contre le risque d'une atteinte disproportionnée, doit être adaptée et circonstanciée.

La loi italienne requiert - mais exclusivement en matière de liberté personnelle - l'exposition et l'évaluation *autonome* des exigences spécifiques qui justifient la mesure conservatoire (art. 292 c.p.p. italien). Cependant, le grief de manque de motivation autonome peut être soulevé aussi pour attaquer l'ordonnance

---

<sup>58</sup>Cass. Crim., 23 novembre 2016, n. 18-81.905, *Bull. Crim.*, novembre 2019, 306, 684.

<sup>59</sup> Cass. Crim., 23 novembre 2016, n. 15-83.649, *Bull. Crim.*, novembre 2019, 307, 691.

disposant une mesure réelle, selon les dernières décisions de la Cour de cassation<sup>60</sup>. Le seul fait qu'un droit de la personne ne soit pas en jeu, en effet, ne justifie pas la négligence ou la légèreté du juge du fond dans son devoir de motivation. Malgré cette interprétation plus garantiste, la jurisprudence italienne tolère, exactement comme il a été décrit pour le système français, les motivations par simple renvoi à la requête du parquet.

La motivation doit porter non seulement sur la nécessité de la mesure, mais aussi sur son caractère proportionnel à l'infraction commise ou, en cas de mesure conservatoire, au danger qu'elle entend neutraliser<sup>61</sup>. Le juge qui prononce une mesure de confiscation de tout ou partie d'un patrimoine doit motiver sa décision au regard de la gravité des faits, de la personnalité de son auteur et de sa situation personnelle, et apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé.

Toutefois, la jurisprudence tend à mitiger la portée de ce principe. La Cour de cassation française a affirmé, par exemple, que celui-ci ne peut s'appliquer à la confiscation d'un bien qui, dans sa totalité, est le produit ou l'objet des infractions dont le prévenu a été déclaré coupable<sup>62</sup>.

La Cour Suprême italienne a réduit l'espace d'appréciation du caractère proportionnel de la mesure par le juge auquel on demande le « riesame » d'une saisie, sauf s'il constate une violation manifeste<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Cass. Pén., IIIème Séct., 18 octobre 2016, n. 2257, Burani, in *Mass. Uff.*, n. 268800-01: "In tema di motivazione dei provvedimenti cautelari reali, la prescrizione della necessaria autonoma valutazione degli elementi che ne costituiscono il necessario fondamento, nonché di quelli forniti dalla difesa (evincibile dal rinvio operato dall'art. 324, co.7, c.p.p. alle disposizioni concernenti il potere di annullamento del tribunale del riesame, introdotte dalla legge 16 aprile 2015, n. 47 al comma nono dell'art. 309 stesso codice), impone al giudice di esplicitare, anche eventualmente *per relationem* le ragioni per le quali ritiene di poter attribuire al compendio indiziario un significato coerente alla integrazione dei presupposti normativi per l'adozione della misura; con la conseguenza che la mancanza di un apprezzamento indipendente, rispetto agli atti valutativi espressi dai diversi attori processuali, è equiparata alla omessa motivazione ed integra, pertanto, il vizio di violazione di legge".

<sup>61</sup> Cass, Crim., 8 mars 2017 n. 15-87.422, in *Bull. Crim.*, 2017, 66, 161.

<sup>62</sup> Cass, Crim., 7 déc. 2016 n. 16-80-879, P., in *AJ pénal* 2017, 142 et Cass. Crim, 6 janvier 2019 n.17-86581, qui rappelle que "hormis le cas où la confiscation, qu'elle soit en nature ou en valeur, porte sur un bien qui, dans sa totalité, constitue le produit de l'infraction, le juge, en ordonnant une telle mesure, doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé lorsqu'une telle garantie est invoquée ou procéder à cette examen d'office lorsqu'il s'agit d'une confiscation de tout ou partie du patrimoine".

<sup>63</sup> Cass. Pén., IIIème Séct., 10 mai 2019, Fraone, in *Mass. Uff.*, n. 276272 - 01: « in sede di riesame avverso il decreto di sequestro finalizzato alla confisca per equivalente, fatti salvi i casi di manifesta sproporzione tra il valore dei beni oggetto del provvedimento ablatorio ed il "quantum" del profitto del reato indicato

Comme il a déjà été dit dans les paragraphes qui précèdent, la saisie conservatoire répond au double objectif de prévention du crime et de garantie des condamnations futures <sup>64</sup>, ce qui ouvre la voie à une confiscation déconnectée du produit de l'infraction poursuivie. La justification de cet outil repose sur la nécessité d'appréhender les avoirs illicites avant que le procès soit terminé pour éviter tout risque de dissipation et dissimulation des biens.

Également, après condamnation, dans les hypothèses indiquées par le législateur, appréhender l'intégralité du patrimoine d'un individu signifie lui soustraire des avoirs qui ne sont pas nécessairement connectés aux infractions commises. C'est la raison pour laquelle les experts s'interrogent sur le respect du principe de la nécessité des peines, connu en Italie sous le nom de « *principio di offensività* ».

En d'autres termes : est-il vraiment nécessaire de soustraire tous les avoirs d'un individu sur la base de la simple présomption législative que, vu qu'il n'a pas su justifier autrement la provenance de ces biens, ils doivent être considérés illicites ?

Ce problème est clairement plus aigu dans le stade de l'enquête. Il a été affirmé que cette saisie serait de nature civile. En réalité, en France comme en Italie, la compétence pour l'application de cette saisie reste du juge pénal, puisque cette mesure a été disciplinée en dehors des voies civiles d'exécution. Le fait que cette mesure soit disposée par un juge pénal n'implique pas, toutefois, sa nature de peine. En ne s'agissant pas d'une peine, mais d'une mesure conservatoire, la saisie peut porter sur des biens qui n'ont aucun lien avec l'infraction, puisqu'ils ne constituent ni le produit, ni l'instrument utilisé pour commettre celle-ci.

Il est opportun de souligner une profonde différence qui existe entre le système italien et le système français.

En Italie, le Code antimafia permet aux magistrats de confisquer tout le patrimoine du suspect selon une procédure distincte de celle -de nature proprement pénale et seulement éventuelle- relative à une infraction

---

nella richiesta al giudice per le indagini preliminari della pubblica accusa, il tribunale non ha il potere di compiere accertamenti diretti a verificare il rispetto del principio di proporzionalità, essendo tenuto tuttavia a valutare il contenuto dell'eventuale consulenza tecnica presentata dalla parte ricorrente ».

<sup>64</sup> « De fait, si la confiscation n'a pas été précédée, au cours de l'enquête ou de l'instruction, d'une mesure permettant de "geler" les éléments d'actif concernés, il est à craindre que ceux-ci ne soient précipitamment dissipés, rendant ainsi l'exécution de la peine de confiscation incertaine » est écrit dans le Rapport Warsmann, cit.

quelconque. Selon certains indices de soupçon, la procédure de prévention peut être mise en place envers les sujets *dangeroux* décrits (encore trop génériquement, malgré les correctifs introduits par la Cour constitutionnelle) aux articles 1 et 4 du code antimafia. La saisie de patrimoine peut aussi être disposée en vue de la future confiscation (*sequestro preventivo finalizzato alla confisca*), c'est-à-dire en tant que mesure conservatoire (*misura cautelare reale*). Le système des mesures de prévention n'existe pas en France, où la saisie de patrimoine ne peut être mise en place que sous forme de saisie conservatoire. Le problème de la justification de la mesure ablative à la lumière du principe de nécessité des peines se pose aussi pour les confiscations en valeur qui, par définition, portent sur des biens – les seuls susceptibles d'appréhension immédiate- dépourvus de toute connexion avec l'infraction commise. Cela équivaut à la possibilité de confisquer (ou saisir) des biens dont il n'est pas nécessaire de prouver l'origine illicite. Ainsi la confiscation en valeur comporte une atteinte significative du patrimoine, plus encore - ce qui est paradoxal - de celle qui est mise en œuvre dans le système de la prévention antimafia, qui requiert au moins le soupçon d'une disproportion<sup>65</sup>.

Le caractère subsidiaire de la saisie/confiscation en valeur semble d'ailleurs être méconnu par la jurisprudence qui tend à mener des recherches superficielles sur le sort du profit direct de l'infraction. Une impossibilité provisoire d'appréhension des biens directement liés à l'activité criminelle est retenue suffisante, pourvu que cette situation subsiste au moment de la requête et de l'adoption de la mesure<sup>66</sup>.

Le principe de proportionnalité et de nécessité des peines semble vaciller aussi dans les hypothèses de complicité dans le crime. Pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation française, lorsque plusieurs auteurs ou complices ont participé à un ensemble de faits, que ce soit à la totalité ou à une partie

---

<sup>65</sup>La confisca per l'equivalente è strumento particolarmente aggressivo ed a carattere "punitivo" che colpisce i beni nella disponibilità dell'imputato indipendentemente dal loro collegamento, diretto o indiretto, con il fatto-reato; a differenza di quanto avviene per la confisca prevista in materia di criminalità organizzata dall'art. 12-sexies della legge 356/1992 questa misura non presuppone nemmeno una sproporzione "sospetta" (in quanto non giustificata) tra le entità patrimoniali facenti capo al condannato ed il reddito dichiarato o l'attività economica svolta", écrit GAITO, *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive di indagine*, in *Giur. It.*, 2009, 2067.

<sup>66</sup>Cour de cassation italienne, Séctions Unies, 5 mars 2014, Gubert: "l'impossibilité de reperimento di beni, costituenti il profitto del reato, può essere transitoria e reversibile, purché sussistente al momento della richiesta e dell'adozione della misura, non essendo necessaria la loro preventiva ricerca generalizzata".

seulement de ceux-ci, chacun d'eux encourt la saisie et la confiscation des biens lui appartenant ou étant à sa libre disposition représentant le produit de la seule ou des seules infractions qui lui sont reprochées, avec ou non la circonstance de bande organisée. Réciproquement, ce produit peut être saisi et confisqué sans que ne soit exigée la preuve de ce que l'intéressé a effectivement bénéficié du produit de cette ou de ces infractions, à la condition que la valeur totale des biens effectivement saisis à l'ensemble des auteurs ou complices n'excède pas celle du produit total des infractions poursuivies<sup>67</sup>.

En Italie, pour la jurisprudence à la confiscation en valeur doit être appliqué un principe de solidarité, au visa duquel l'action entièrement considérée, y compris ses effets, doit être imputée à chaque complice et pourtant, ainsi perdue l'individualité historique du profit illicite, sa confiscation et sa saisie préalable peuvent intéresser, indifféremment, chacun des concurrents, pour une partie ou pour l'intégralité du profit vérifié. Il n'est pas requis au juge, dans cette phase, de respecter dans l'ablation la part de profit effectivement tiré par chacun des auteurs. Seul doit être considéré le seuil du montant total de ce gain<sup>68</sup>.

Soucieux d'introduire des mesures efficaces et rapides, le législateur interne ne semble pas considérer les conséquences de ce nouveau système à l'égard du principe de personnalité de la responsabilité pénale. En effet, plusieurs dispositions permettent d'appréhender des biens appartenant aux tiers, parfois indépendamment de la mise en examen du sujet directement intéressé par la procédure. La directive 2014/42/UE impose aux États d'adopter les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de produits ou de biens dont la valeur correspond à celle des produits qui ont été transférés, directement ou indirectement, à des tiers par un suspect ou une personne poursuivie ou qui

<sup>67</sup> Cass. Crim., 24 octobre 2018 n. 2299, 18.80-834 in *Bull. Crim.*, 178, 581.

<sup>68</sup> Cass. Pén, VIème Séct., 10 avril 2018 n. n. 26621, in *Mass. Uff.*, n. 273256 - 01, Ahmed: "In tema di confisca per equivalente deve applicarsi il principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferenteemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso; è dunque irrilevante quale sia la quota di profitto eventualmente incamerata dall'imputato o anche solo se egli abbia effettivamente ricavato una parte dello stesso a seguito della consumazione in concorso con altri". Le même principe a été affirmé par Cass.Pén, IIIème Séction, 12 mai 2015 n. 27072, in *Mass. Uff.*, n. 264343, Bertelli.

ont été acquis par des tiers auprès d'un suspect ou d'une personne poursuivie, au moins dans les cas où ces tiers savaient ou auraient dû savoir que la finalité du transfert ou de l'acquisition était d'éviter la confiscation, sur la base d'éléments ou de circonstances concrets, notamment le fait que le transfert ou l'acquisition a été effectué gratuitement ou en échange d'un montant sensiblement inférieur à la valeur marchande (art. 6, par. 1), mais cette règle ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers (art. 6, par. 2). Les états restent libres de définir la confiscation de tiers comme une mesure subsidiaire ou alternative à la confiscation directe, le cas échéant, conformément à leur droit national (considérant n. 25).

Dans le système français, en dehors des hypothèses où la confiscation est une mesure de sureté, les dispositifs actuels n'autorisent la confiscation d'un bien d'un tiers que si le condamné en a la *libre disposition*. En Italie, cette possibilité est envisagée aussi dans le système des mesures de prévention antimafia, c'est-à-dire sur la base du simple soupçon à l'égard du « *preposto* ».

Afin de disposer l'ablation, il suffit de démontrer la *libre disponibilité* du bien, indépendamment de la propriété formelle de celui-ci. Il s'agit d'une appréciation qui doit être effectuée *in concreto* par le juge, afin de vérifier que la personne, tout en n'étant pas formellement titulaire d'un droit dominical, peut exercer son pouvoir sur ce bien par l'intermédiaire d'autrui. Le législateur entend ainsi frapper le véritable « propriétaire économique » d'un bien, conscient de la fréquence du recours, de la part des délinquants, à des prête-noms ou à des écrans sociétaires.

En France, la loi ne précisait pas s'il s'agissait d'un tiers à la procédure ou d'un tiers ayant des droits sur les biens saisis. La notion de tiers et le régime juridique de l'accès au dossier ont été clarifiés par la loi 2013-1117 du 6 décembre 2013. En Italie, l'étendue des saisies et des confiscations à l'égard des tiers concerne même les héritiers du *preposto*, au visa de l'art. 18, alinéa 2, du code des mesures de prévention antimafia.

En l'occasion du colloque qui s'est tenu à la Chambre criminelle, le Professeur Marc Segonds a expliqué à son auditoire le problème que ce système pose à l'égard des droits des tiers. L'interrogatif préliminaire concerne la possibilité d'envisager des droits des tiers, qui ne devraient pas être titulaires de droits de la défense puisqu'ils n'ont pas à se défendre de la suspicion, inculpation ou condamnation d'autrui. Mais la portée du principe du droit à un recours effectif serait méconnue si l'on ne reconnaissait aucun remède au tiers qui, étranger à

la procédure, se voit priver de ses avoirs : manque d'action équivaut à sacrifice des droits individuels. La loi précise que la saisie ou la confiscation des biens ayant servi à commettre l'infraction ou qui constituent l'objet ou le produit de celle-ci est mise en œuvre *sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi*. Cette règle, apparemment très claire, pose en réalité beaucoup de problèmes dans son application concrète : face à cette significative compression du droit de propriété du tiers, ce dernier ne dispose d'aucun remède effectif, expressément discipliné par le législateur.

L'ancien code pénal méconnaissait les droits des tiers et posait une distinction nette entre le corps du délit, appartenant nécessairement au condamné, et l'instrument pour commettre l'infraction. Cette distinction n'étant pas absolue, la règle générale était celle de la possibilité de confiscation à l'encontre des tiers de l'instrument ou du produit du crime. Un ancien arrêt de la Cour de cassation s'occupe pour la première fois de la défense des tiers : une rapide référence à un « recours », non ultérieurement spécifié <sup>69</sup>.

L'actuel art. 131-21 c.p. se distingue de son prédécesseur par sa reconnaissance des droits des tiers, réservés si la bonne foi est démontrée <sup>70</sup>. Comme la Professeure Matsopoulou l'a rappelé, pour la Cour de cassation française l'expression « bonne foi », dans ce domaine, est suffisamment précise, ayant regard à l'art. 6 par. 2 de la directive 2014/42/UE, qui précise que le par. 1 du même article (qui impose aux États de prendre les mesures nécessaires afin de permettre la confiscation des produits d'infraction transférés à des tiers ou acquis par des tiers) « ne porte pas atteinte aux droits des tiers de bonne foi »<sup>71</sup>.

Au niveau procédural, l'art. 706-150, alinéa 2, c.p.p., en matière de saisies immobilières, impose que la décision de saisie prise par le JLD soit notifiée au ministère public, au propriétaire du bien saisi et, s'ils sont connus, aux tiers ayant des droits sur ce bien, qui peuvent la déférer à la chambre de l'instruction dans un délai de dix jours. Le législateur précise que ce remède n'est pas suspensif et que l'appelant ne peut prétendre dans ce cadre qu'à la mise à disposition des seules pièces de la procédure se rapportant à la saisie qu'il

---

<sup>69</sup> Cass. Crim., 11 novembre 1931, *Bull. Crim.*, 1931, 255, 485.

<sup>70</sup> L'expression « à l'exception des objets susceptibles de restitution », relative à l'appréhension des biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, appartenant à la victime, a été complétée par la jurisprudence : le législateur a entendu, selon la Chambre criminelle, se référer soit à la victime, soit à la personne de bonne foi (Cass. Crim., 3 novembre 2011 n. 10-87811, non publié au Bulletin, consultable sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024915437>).

<sup>71</sup> Cass. Crim., 7 novembre 2018 n. 2493, 17-87.424, *Bull. Crim.*, 2018, 188, 605.

conteste. S'ils ne sont pas appelants, le propriétaire du bien et les tiers peuvent néanmoins être entendus par la chambre de l'instruction, sans toutefois pouvoir prétendre à la mise à disposition de la procédure. Les mêmes règles sont établies pour les saisies ayant pour objet des biens ou des droits mobiliers incorporels. Il en résulte un régime très restreint pour les tiers, qui n'ont pas droit à toutes les pièces de la procédure et qui n'ont aucun statut dans l'audience de jugement qui a lieu après la mise en place de la saisie.

Sans trop se différencier du système français, le code de procédure pénale italien permet aux tiers de présenter une requête en restitution contre la décision qui dispose une mesure conservatoire (*riesame contro il decreto di sequestro preventivo*, selon l'art. 322 c.p.p.).

Un vif débat a concerné la possibilité de reconnaître un remède contre la confiscation non définitive pour le tiers non-propriétaire. En effet, une fois la décision passée en force de chose jugée, le tiers peut s'adresser au juge de l'application des peines, au moyen d'un « *incidente di esecuzione* ». Les Sections Unies de la Cour de cassation italienne ont tranché la question en 2017, en affirmant le principe pour lequel les tiers ne bénéficient d'un remède que dans la phase exécutive<sup>72</sup>.

La Professeure Manuella Bourassin a ensuite exposé les questions liées aux saisies et aux confiscations des propriétés collectives, en fournissant une précieuse contribution au débat, sous l'angle du droit civil. La Professeure rappelle que déjà Cesare Beccaria dénonçait la terrible honte déterminée par la confiscation, qui fait retomber le châtement du coupable sur d'autres personnes. Une dizaine de questions prioritaires de constitutionnalité ont été soulevées en la matière des saisies et des confiscations, mais aucune n'a fait valoir le risque d'atteinte au principe de personnalité des peines.

La Professeure se demande pourquoi ce principe serait passé sous silence et trouve une explication dans le constat que cette mesure n'est pas *stricto sensu* une peine. La jurisprudence et la doctrine justifient cela en vertu des différents types de protection dont jouissent les tiers.

Cependant, les atteintes aux droits des tiers sont objectivement reconnaissables. Depuis 2014, en effet, la Chambre criminelle admet que les saisies portent sur la totalité des biens indivis, et non seulement sur la part de la personne mise

---

<sup>72</sup> Cass. Pén., Sections Unies, 20 juillet 2017, n.48126. Pour une analyse approfondie de la question des droits des tiers en matière de saisie et de confiscation, v. MONTAGNA, *Confisca e tutela del terzo estraneo*, dans *Cette Revue Web*, 2019, 2.

en cause. Dans un arrêt de 2017, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre la confirmation d'une ordonnance de saisie prononcée par la Cour d'appel de Bordeaux, en clarifiant que la saisie, en tant que telle, ne saurait porter atteinte aux droits du tiers copropriétaire, jusqu'à ce que cette mesure ne devienne une véritable confiscation<sup>73</sup>. Il est vrai qu'en tant que mesure conservatoire, la saisie ne compromet pas définitivement le droit de propriété, mais cette décision semble méconnaître la possibilité d'aliénation anticipée du bien saisi (prévue aux articles 41-5 et 99 du c.p.p.).

Un autre arrêt mérite d'être cité. Dans une décision du 21 juillet 2017 la Cour de cassation s'est occupée de trancher la question relative à la possibilité de disposition du bien saisi par le tiers indivis. Or, cette possibilité a été exclue par la Chambre criminelle, qui a affirmé expressément l'interdiction, pour le tiers, de demander le partage du bien, ce qui est très surprenant au regard des règles en vigueur en droit civil, où la faculté de demander à tout moment la division est une règle de droit commun. Mais le principe pénal de la responsabilité personnelle semble vaciller aussi, puisque on ne saurait comprendre pourquoi un tiers devrait subir les conséquences négatives d'une saisie prononcée à l'encontre de son copropriétaire.

L'atteinte aux droits des tiers est encore plus évidente dans les confiscations. L'exécution de la peine de la confiscation, en effet, modifie nécessairement la structure de la propriété. Quand cette exécution prend la forme d'une vente aux enchères publiques, par exemple, le projet d'adjudication doit être notifié au tiers indivisaire, qui peut se substituer à l'acheteur, mais si celui-ci n'a pas les moyens financiers pour effectuer cette opération, il doit subir l'entrée d'un autre individu dans la copropriété.

La Professeure Bourassin rappelle que l'indivision présente une structure dualiste, puisqu'elle repose sur deux composantes : d'un côté, le droit de propriété sur le bien indivis en son entier, ce qui justifie que chacun des copropriétaires peut créer des droits réels sur le bien ; de l'autre, le droit de propriété de chacun sur la « partie abstraite », c'est-à-dire sur la part idéal qui est le reflet mathématique -donc une valeur et non pas un bien déterminé- qui correspond à celle qu'il pourra obtenir au moment du partage. Malgré son caractère abstrait, cette part figure déjà dans le patrimoine de l'indivisaire, qui

---

<sup>73</sup>Cass. Crim., 11 octobre 2017 n. 17-81000, non publié au Bulletin, consultable sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035806930&fastReqId=1887114362&fastPos=1>.

peut en disposer avant division. Or, le système mis en place par le législateur pénal semble méconnaître totalement ces deux éléments. Les dispositions du code pénal et du code de procédure pénale font référence, génériquement, à un « bien indivis », mais ne considèrent pas ces deux « âmes » de la copropriété.

Avec une image significative, la Professeure Bourassin suggère une analogie entre l'État et le créancier. Dans le système civiliste, l'art. 815-17 du code civil est une disposition phare, qui accorde de saisir et de vendre avant tout partage aux créanciers de l'indivision, c'est-à-dire aux créanciers de l'ensemble des indivisaires. L'État ne saurait être comparé à ces créanciers lorsqu'un seul ou seulement certains sont condamnés/débiteurs.

L'État devrait correspondre, plutôt, aux créanciers particuliers (art. 815-17, alinéa 2, c.c.) qui ne peuvent pas saisir la part de leur débiteur, mais seulement provoquer le partage, en espérant qu'au moment de la vente ils puissent être satisfaits avec le prix de la vente. La raison de ces règles repose sur l'exigence de protéger les autres débiteurs contre l'introcession d'un tiers dans leur communauté réelle.

Cette insaisissabilité s'explique avec cette exigence de garantir les autres débiteurs, en vertu d'un principe fondamental du droit civil, celui de l'individualisation des dettes, qui paraît tout à fait correspondant au principe personnalité des peines en droit pénal.

Cette analyse a soulevé certaines critiques, fondées sur l'idée que l'État ne saurait être comparé à un créancier : dans le domaine des saisies et des confiscations l'intérêt de l'État ne repose pas sur la nécessité de satisfaire ses crédits mais sur la nécessité, d'ordre public, de geler ou confisquer des biens qui pourraient être dangereux ou qui constituent le gain illicite provenant d'une infraction pénale. De plus, le régime des saisies dessiné par le législateur de la réforme exonère le juge pénal du respect des règles du droit civil, puisque le mécanisme a été conçu comme indépendant des voies civiles d'exécution. Mais s'il est vrai que ces règles relevant du droit répressif dérogent expressément au droit civil, cela n'est pas vrai pour le système dans son intégralité : par exemple, en ce qui concerne la vente du bien confisqué par adjudication, les dispositions de droit civil continuent à s'appliquer. C'est pourquoi l'AGRASC souhaite qu'un nouveau texte soit adopté pour qu'elle soit libre de ne pas respecter la procédure civile dans ce genre d'opérations.

En conclusion, une dérogation totale au droit civil n'est pas mise en place par

le législateur, qui devrait adopter des raccords plus efficaces entre le droit civil et le droit pénal.

Le recouvrement des avoirs illicites, dans le système mis en place par les législateurs internes et européens, risque de compromettre un autre principe fondamental du droit pénal : la présomption d'innocence.

Le Professeur Henri Robert, intervenant au colloque qui s'est tenu à la Chambre criminelle avec une relation sur le renversement de la charge de la preuve, a efficacement souligné que cette crainte, tant dénoncée par la doctrine, ne devrait pas se borner à l'analyse des saisies et des confiscations.

En effet, à diverses occasions le législateur a opéré une sorte de mécanisme d'inversion de la charge de la preuve ; de nombreux exemples peuvent être trouvés dans le système des infractions douanières (art. 465 code douanier). L'exemple le plus significatif est offert par l'art. 321-6 du code pénal, qui punit tous ceux qui ne savent pas justifier de ressources correspondant à leur train de vie ou l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions. A propos de cette disposition, d'ailleurs, la Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, a retenu que la question ne présentait pas de caractère sérieux dès lors que, d'une part, les termes utilisés par le législateur définissent de façon claire et précise l'incrimination de non-justification des ressources et que, d'autre part, le texte n'édicte aucune présomption de responsabilité pénale mais crée un délit spécifique dont il appartient à l'accusation de rapporter la preuve<sup>74</sup>.

L'ancien code Napoléon punissait tout mendiant ou vagabond, ne pouvant pas en expliquer l'origine licite, qui serait trouvé porteur d'effets d'une valeur supérieure à cent franc (art. 278 code Napoléon). Une incrimination tout à fait correspondante vivait encore dans le code pénal italien jusqu'à 1968 (*possesso ingiustificato di valori*).

Ce sont notamment les saisies et les confiscations par disproportion à susciter les critiques de la doctrine. L'argument le plus souvent utilisé par la jurisprudence pour les justifier repose sur le caractère non irréfragable de la présomption d'illicéité établie par le législateur. De plus, quand il s'agit

---

<sup>74</sup> Cass. Crim., 13 juin 2012, n. 12-90.027, in *Gaz. Pal.*, 2012, 2, 3023.

d'appréhender les biens des tiers, cette inversion de la charge de la preuve ne saurait être appliquée<sup>75</sup>, avec exclusion de tout automatisme.

Malgré ces quelques faibles correctifs, ce type de confiscation, « qui frappe la fortune du condamné »<sup>76</sup>, met en péril la présomption d'innocence et le principe de personnalité de la responsabilité pénale.

Le souci majeur du législateur des dernières décennies est celui de répondre rapidement aux exigences de justice qui proviennent de la société, avec des opérations exemplaires.

Parallèlement, un véritable « reflexe financier » s'est désormais développé dans la pratique des enquêteurs et des magistrats à côté de l'indispensable travail de collecte des preuves nécessaires à la démonstration de la culpabilité<sup>77</sup>.

Cependant, il faut s'assurer non seulement que le crime ne *paie* pas, mais aussi qu'il ne *coûte* pas aux auteurs des infractions.

---

<sup>75</sup> Cour de Cass. Italienne, Ière Séct. Pén., 5 février 2001, Di Bella, in *Mass. Uff.*, n. 226053 ; Id., IIème Séct., 10 janvier 2008, n. 39990, in *Mass. Uff.*, n. 239269 ; Id., Ière Séct., 27 mai 2010, n. 27556, in *Mass. Uff.*, n. 247722.

<sup>76</sup> PETREN, *La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu*, op. cit.

<sup>77</sup> FALLETTI, *La confiscation de l'argent sale ou les nouveaux instruments de l'action internationale à l'égard du ressort des activités criminelles*, R.I.D.P., 2003, 589 et s.