



HAL
open science

Sanctions pénales nationales et droit international

Bertrand Bauchot

► **To cite this version:**

Bertrand Bauchot. Sanctions pénales nationales et droit international. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2007. Français. NNT: . tel-00200035

HAL Id: tel-00200035

<https://theses.hal.science/tel-00200035v1>

Submitted on 20 Dec 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE Lille 2 – Droit et santé
Ecole doctorale n ° 74
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales.

THESE
pour obtenir le grade de
DOCTEUR en droit
Discipline : sciences juridiques

présentée et soutenue publiquement par
Bertrand BAUCHOT

Le 1er décembre 2007

**SANCTIONS PENALES NATIONALES ET DROIT
INTERNATIONAL**

sous la direction de Monsieur Vincent COUSSIRAT-COUSTERE
Professeur à l'Université de Lille 2-Droit et santé

Jury

M. Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Professeur à l'Université de Lille 2 Droit et santé.
Directeur de thèse.

M. Pierre Michel EISEMANN, Professeur à l'Université Paris I-Panthéon-Sorbonne.
Rapporteur.

M. Syméon KARAGIANNIS, Professeur à l'Université Strasbourg III-Robert Schuman.
Rapporteur.

Mme. Hélène TIGROUDJA, Professeure à l'Université d'Artois. Suffragante.

UNIVERSITE Lille 2 – Droit et santé
Ecole doctorale n ° 74
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales.

THESE

pour obtenir le grade de
DOCTEUR en droit
Discipline : sciences juridiques

présentée et soutenue publiquement par
Bertrand BAUCHOT

Le 1er décembre 2007

**SANCTIONS PENALES NATIONALES ET DROIT
INTERNATIONAL**

sous la direction de Monsieur Vincent COUSSIRAT-COUSTERE
Professeur à l'Université de Lille 2-Droit et santé

Jury

M. Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Professeur à l'Université de Lille 2-Droit et santé.
Directeur de thèse.

M. Pierre Michel EISEMANN, Professeur à l'Université Paris I-Panthéon-Sorbonne.
Rapporteur.

M. Syméon KARAGIANNIS, Professeur à l'Université Strasbourg III-Robert Schuman.
Rapporteur.

Mme. Hélène TIGROUDJA, Professeure à l'Université d'Artois. Suffragante.

REMERCIEMENTS.

Je tiens à remercier mon directeur de thèse, le Professeur Vincent Coussirat-Coustère, d'avoir accepté de diriger ces recherches et de m'avoir donné l'opportunité de travailler sur un sujet aussi vaste que passionnant.

Un grand merci à mes parents, Michel et Marie Bauchot, à qui je dois beaucoup, pour leur soutien sans faille depuis toutes ces années, leurs encouragements perpétuels, leur confiance et toutes leurs marques d'affection. De même, que Delphine et Olivier trouvent au travers de ces pages la marque de tout mon attachement et de ma gratitude.

A ceux qui, ici ou ailleurs, m'ont supporté et m'ont permis d'avancer dans la bonne direction, mille mercis : Perrine, bien sur, mais aussi Fanny, Isabelle, Thomas, William Altide, Hélène, Olivier, Julien, Ludovic, William Reay-Jones, ainsi que Romain Rajaoféra, et tous ceux que j'oublie mais à qui je suis pleinement reconnaissant.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent rapport. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE.

Sommaire.....	1
Table des abréviations.....	2
Introduction générale.....	5
PREMIERE PARTIE.La construction du pouvoir répressif.....	17
TITRE PREMIER : L’incrimination étatique.	19
Chapitre I : L’incrimination conventionnelle : un mode privilégié.....	21
Chapitre II : Les autres sources d’incrimination.	110
_Toc185496512	
TITRE SECOND.L’obligation de l’Etat d’établir sa compétence pénale.....	167
Chapitre I. : Titres de compétence pénale et souveraineté étatique.	169
Chapitre II : Entre obligation et habilitation d’établir une compétence pénale : la	
compétence universelle.....	214
SECONDE PARTIE.La mise en œuvre du pouvoir répressif.....	275
TITRE PREMIER.La mise en mouvement de l’appareil judiciaire.	276
Chapitre I : L’obligation de poursuite.....	277
Chapitre II : L’obligation de coopération.	344
TITRE SECOND.Le choix de sanction pénale : entre respect de la souveraineté	
interne et contraintes internationales.	418
Chapitre I : La recherche d’une sanction efficace.....	419
Chapitre II : Le prononcé de la sanction.....	469
Conclusion générale.....	518
Bibliographie.....	522
Table de jurisprudence.	578
Index thématique.	598
Table des matières.	604

TABLE DES ABBREVIATIONS.

Abréviations bibliographiques.

A.J.D.A	Actualité juridique droit administratif.
A.J.D.P	Actualité juridique droit pénal.
A.F.D.I	Annuaire français de droit international.
Ann I.D.I	Annuaire de l'Institut de droit international.
A.J.I.L	American journal of international law.
Ann	Annuaire.
Ann C.D.I	Annuaire de la commission du droit international.
BYBIL	British yearbook of international law.
Bull crim	Bulletin de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.
D.A.I	Document d'actualité internationale.
E.J.I.L	European journal of international law.
Gaz. Pal	Gazette du Palais.
I.L.M	International legal materials.
I.L.R	International law review.
Jcl	Juris-classeur.
J.C.P.G	Semaine juridique édition générale.
J.D.I	Journal du droit international.
J.O	Journal officiel.
J.O.R.F	Journal officiel de la République française.
J. Trbnx	Journal des tribunaux, droit européen.
P.A	Petites affiches.
R.B.D.I	Revue belge de droit international.
R.C.A.D.I	Recueil des cours de l'Académie de droit international.

R.C.D.I.P	Revue critique de droit international privé.
R.D.H	Revue des droits de l’homme.
R.D.I.L.C	Revue de droit international et de législation comparée.
R.D.P	Revue du droit public et de la science politique.
Rec	Recueil.
Rev. crit. Dr. Int	Revue critique de droit international privé.
R.F.D.A	Revue française de droit administratif.
R.F.D.C	Revue française de droit constitutionnel.
R.G.D.I.P	Revue générale de droit international public.
R.I.C.R	Revue internationale de la Croix Rouge.
R.I.D.C	Revue internationale de droit comparé.
R.I.D.E	Revue internationale de droit économique.
R.I.D.P	Revue internationale de droit pénal.
R.M.C.U.E	Revue du marché commun et de l’Union européenne.
R.S.A	Recueil des sentences arbitrales.
R.S.C	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
R.T.D.H	Revue trimestrielle des droits de l’homme.
R.U.D.H	Revue universelle des droits de l’homme.
S	Sirey.

Abréviations techniques.

A.C	Avis consultatif.
A.S.I.L	American society of international law.
C.A	Cour d’appel.
Cass crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
C.D.I	Commission du droit international.
C.E	Conseil d’Etat.

C.E.D.H	Convention européenne des droits de l'homme.
C.I.C.R	Comité international de la Croix Rouge.
C.I.J	Cour internationale de justice.
C.J.C.E	Cour de justice des communautés européennes.
C.M.A	Chambre de mise en accusation.
Com. edh	Commission européenne des droits de l'homme.
Cour. edh	Cour européenne des droits de l'homme.
Com. idh	Commission interaméricaine des droits de l'homme.
Cour. idh	Cour interaméricaine des droits de l'homme.
C.P.A	Cour permanente d'arbitrage.
C.P.I	Cour pénale internationale.
C.P.J.I	Cour permanente de justice internationale.
Fasc	Fascicule.
O.U.A	Organisation de l'unité africaine.
S.A	Sentence arbitrale.
S.A.A.R.C	South asian association for regional cooperation.
T.P.I	Tribunal de première instance des Communautés européennes.
T.P.I.R	Tribunal pénal international pour le Rwanda.
T.P.I.Y	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.
T.S.S.L	Tribunal spécial pour la Sierra Leone.
U.E	Union européenne.
Vol	Volume.

INTRODUCTION GENERALE.

1. « *Aujourd'hui encore, punir reste une activité énigmatique* ». ¹ Débuter cette étude en reprenant les propos du Professeur Cusson, en acquiesçant à une position doctrinale elle aussi énigmatique, pourrait sembler obscur et étonnant. A quoi bon s'interroger sur la peine si le mystère reste entier, si punir demeure entouré d'un brouillard persistant ? A partir de l'instant où la peine est évoquée, les mystères de sa création, de ses fondements et de ses applications restent omniprésents. Il ne fait aucun doute que la répression fait appel à des particularismes subjectifs, largement éloignés d'un modèle unanime de répression. De ce fait, dès lors qu'une société connaît un semblant d'organisation, dès lors qu'un groupe se structure ou qu'une morale prédomine, toute violation ou non-respect de la règle fédératrice et de la norme comportementale doit être sanctionné. ² A défaut, l'anarchie dominerait, résurgence de l'état de nature cher aux classiques. Maurice Cusson semble avoir raison en affirmant que « *le débat sur la peine n'est pas clos* ». ³ Il ne l'a jamais été et sans trop préjuger, ce débat est loin d'être clos, si tant est qu'il puisse l'être un jour.

2. Remonter aux origines de la sanction revient à se tourner vers les origines de l'humanité, qu'elles soient mystiques, tribales ou bien étatiques. Aux origines philosophico-religieuses de l'humanité, la pénitence fait partie des fondements de l'âme humaine. Pour le christianisme, la toute première référence à la sanction n'est-elle pas cette damnation éternelle du Jardin d'Eden pour avoir transgressé un commandement divin ? L'ordre suprême étant violé, le châtiment devient exclusion du Paradis. ⁴ De même, pour punir les hommes de leur irrésistible penchant pour le mal et la violence, Dieu décida de la punition suprême en déchaînant le Déluge pendant quarante jours et quarante nuits, n'épargnant que Noé et sa famille, les seuls à lui être restés fidèles. ⁵ S'instaurait ainsi une justice mystique où le divin supplantait la justice des hommes au travers de procédés judiciaires atteignant bien souvent un degré certain de barbarie, à l'image des ordalies khmers ou perses. A son tour, la littérature mythologico-classique n'est pas avare de

¹ Cusson (M.), *Pourquoi punir ?*, Dalloz, 1987, p. 1.

² Cette idée de norme comportementale à caractère juridique est à entendre dans un sens analogue à celui retenu par Jean Rivero pour qui « *La norme juridique, à la différence de la loi scientifique, ne constate pas ce qui est, elle prescrit ce qui doit être* », in Rivero (J.), *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675.

³ Cusson (M.), op. cit., p. 1.

⁴ Ancien Testament, *Genèse*, II et III.

⁵ Ibid, VI et VII.

références à cette pratique du châtement-sanction. Ainsi, Prométhée, ce Titan immortel, pour avoir dérobé le feu aux Dieux et l'avoir donné aux hommes, fut-il condamné à d'horribles souffrances. Enchaîné sur le Caucase, un aigle lui dévorait quotidiennement le foie qui renaissait toutes les nuits. Son frère Atlas, pour avoir mené la guerre contre les Dieux, fut quant à lui, condamné à porter éternellement sur le dos la voûte du ciel et le poids écrasant du monde. Enfin, le plus célèbre des héros grecs, Ulysse, pour avoir déplié aux Dieux et tué le cyclope Polyphème, fut condamné à une errance sans fin, dont le but était de l'empêcher de revoir sa patrie. En littérature, la sanction suprême demeure la mort, mais bien souvent de tels exemples ne se réfèrent qu'à un désir de vengeance pour un crime si odieux que la nature humaine répugne à le voir impuni.

3. Dès qu'il se trouvât des hommes pour vivre ensemble, le crime exista. Apparurent dans des textes comme le *Nouveau testament*⁶ ou le *Code d'Hammurabi*⁷, des dispositions précises nécessairement sous-tendues par une philosophie pénale en devenir. Mais perdurait cette idée selon laquelle la vengeance constituait la forme unique et universelle du châtement. La loi du Talion, provoquée ou subie, faisait office de modèle de répression courant. Toujours est-il que la justice privée, prédominait, aussi bien dans les formes embryonnaires d'Etat que dans les sociétés tribales. Le système de la vengeance, plus connu sous la dénomination de vendetta, se trouvait justifié et présentait les mêmes caractéristiques que la peine, à savoir rétribution, dissuasion, exclusion sociale et sanction. Pareille pratique avait pour but de laver l'honneur du groupe en faisant couler le sang.⁸ Or, la sanction pénale apparaît utile dès lors que la justice publique est définitivement organisée et entrée dans les mœurs. En d'autres termes, la peine s'est institutionnalisée quand l'Etat a commencé à exister en tant que puissance souveraine.⁹ C'est ainsi que « *le concept d'Etat a pu permettre de masquer la violence que représente tout pouvoir de punir, en le monopolisant, en le rationalisant, en le présentant comme droit* ». ¹⁰ L'Etat, en

⁶ Le Nouveau testament annonce ainsi que « *si donc tu veux ne pas avoir à craindre l'autorité, fais le bien, et tu auras ses éloges. Elle est en effet au service de Dieu pour t'encourager au bien. Si tu fais le mal, crains! Car ce n'est pas pour rien qu'elle porte le glaive: elle est en effet au service de Dieu pour manifester sa justice envers celui qui agit mal. Il faut donc obéir, pas seulement à cause du châtement, mais aussi à cause de notre conscience* », in Epître de Saint Paul aux Romains, Chapitre 13. 3 et s.

⁷ Le *Code d'Hammurabi* fait référence aux lois instaurées au 17^{ème} siècle avant JC par le roi de Babylone Hammurabi. Ce texte constitue la législation la plus ancienne au monde.

⁸ La sanction du crime était un autre crime, généralement similaire.

⁹ Il convient cependant de noter que la vengeance demeure encore une réalité dans certaines sociétés, à l'image de l'Albanie, où cette pratique de justice privée a été véritablement institutionnalisée, en dépit de l'existence d'un véritable système pénal étatique. Voir notamment Ellenberger (H.F.), *La vendetta, Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1981, n° 2, pp. 125-142.

¹⁰ Poncelet (P.), *Droit de la peine*, Puf, 2001, p. 54.

tant que souverain de son propre ordre juridique, dispose seul, selon la terminologie classique de Max Weber, du monopole de la violence légitime. A ce titre, lui seul est apte à régler son organisation répressive par la mise en place d'un véritable appareil coercitif, tant juridique que matériel. La peine étant le monopole de l'Etat, elle se légitimera grâce à lui et deviendra ainsi un des vecteurs fondamentaux de la protection de la société. L'évolution de cette organisation répressive suivra celle de l'Etat de droit vers une véritable humanisation des peines. La légitimité étatique de la peine entraîne comme conséquence qu'elle devient aussi un instrument, privilégié et prépondérant, de politique pénale dont dispose l'Etat pour sanctionner le crime et un instrument de gouvernement dont l'Etat use pour la sauvegarde de la société.

4. Le droit de la peine trouve son origine dans une construction doctrinale longue et sinueuse, au terme de laquelle chaque auteur s'attache à retranscrire sa conception subjective du fondement et de la fonction de la sanction. Sous l'Antiquité gréco-romaine, les auteurs ont attribué trois fonctions à la peine. D'abord, synonyme de vengeance, la peine est avant tout un moyen de rendre à l'offensé son honneur perdu, de réaffirmer sa dignité et sa puissance, en humiliant l'offenseur.¹¹ Ensuite, la peine doit permettre de restaurer l'ordre lésé, en rétablissant l'équilibre dans la Cité par le biais d'une sanction semblable au délit. La peine doit être exactement identique au délit, selon la philosophie du talion.¹² Enfin, la peine a pour fondement de garantir l'ordre de la Cité. La peine sert à l'amendement du coupable, elle s'adresse directement à lui, puisque,

*« la peine est infligée pour châtier et corriger afin qu'un délinquant occasionnel devienne plus attentif et soit amendé ».*¹³

5. Les penseurs chrétiens se fondent à la fois sur l'Ancien Testament et les Evangiles. L'évolution du fondement de la peine est basée sur les idées de péché et de charité et non sur la vengeance qui, émanant de la victime, est trop souvent une passion aveugle. Selon Saint Thomas d'Aquin, le pécheur est débiteur d'une peine, puisque du mal qu'il a infligé

¹¹ Pour Aristote, la peine est vengeance car elle doit avant tout satisfaire l'offensé. Pour Aulu-Gelle, la peine doit répondre à l'honneur perdu car elle « se trouve quand la dignité et l'autorité de celui à l'égard de qui on a commis la faute sont à protéger, afin d'éviter que l'absence de punition n'engendre le mépris à son égard et ne diminue son honorabilité », *Nuits attiques*, VII, 14, 2 à 4.

¹² Selon Platon, l'esclave qui vole des figues reçoit autant de coups de fouet que de figes volées, *Les Lois*, VIII, 845 a. Le criminel subit alors un mal égal à celui qu'il a infligé

¹³ Aulu-Gelle, op. cit.

doit naître sa souffrance. En conséquence, tout délit entraîne l'infliction d'une peine rétributive, infligée par la justice terrestre.¹⁴ En analysant le commandement biblique « *tu ne tueras pas* », Vittoria estime que,

*« le Décalogue [¹⁵] interdit aux particuliers de faire justice des crimes, même s'ils sont dirigés contre leur personne ou leurs biens. (...) Non seulement il leur est interdit de tuer, mais aussi d'infliger toute autre peine ».*¹⁶

6. Les penseurs laïques se sont peu penchés sur la question de la peine en n'y consacrant que des observations brèves. Grotius exclut la vengeance et fonde la punition sur la rétribution du mal. En application de la théorie du contrat social,

*« celui qui a commis un crime est censé s'être volontairement soumis à la peine, parce qu'un crime grave ne peut pas ne pas être punissable ; de sorte que celui qui veut directement commettre une faute, a voulu aussi, par voie de conséquence, encourir la peine ».*¹⁷

7. Pour Hobbes, le droit de punir dérive à son tour du contrat social. La peine doit être dissuasive car elle assurerait la sûreté publique issue de ce contrat. Mais en même temps, cette peine doit satisfaire l'utilité publique en procurant un mal plus grand que l'avantage qui résulterait de la commission de l'infraction. Il prône donc une vision utilitariste de la peine faite de dissuasion et de rétribution.¹⁸

8. La doctrine afférente à la peine reste finalement une œuvre relativement contemporaine si l'on part du principe qu'avant Montesquieu ou Beccaria, fort peu d'auteurs s'étaient finalement penchés sur un tel aspect du droit. La peine demeurerait un attribut de l'arbitraire puisque, sans cadre juridique précis, elle demeurerait l'apanage du bon vouloir de la justice du souverain.¹⁹ Ces grands théoriciens de la peine ont tous deux

¹⁴ Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*.

¹⁵ Le Décalogue, autrement dit les dix commandements.

¹⁶ Vittoria, *Du pouvoir civil*, n° 7.

¹⁷ Grotius (H.), *Du droit de la guerre et de la paix*, Livre II, chap. XX, 1625.

¹⁸ Hobbes (T.), *Le Léviathan, traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Chap 28, 1651. Traduction par Tricaud (F.), Dalloz, 1999, 780p.

¹⁹ La Fontaine, dans sa fable *Les animaux malades de la peste* parodie ainsi le déroulement du procès et l'arbitraire de la justice royale dans ce célèbre passage « *selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de la Cour vous rendront blanc ou noir* ». Dans un même ordre d'idées, lors des tentatives de

proposé un système analogue, basé sur des principes révolutionnaires qui demeurent aujourd'hui. Montesquieu prône des peines modérées, proportionnées et prévues par la loi. C'est ainsi que, désengagée de tout arbitraire, la peine ne doit plus descendre

*« du caprice du législateur, mais de la nature de la chose, et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme ».*²⁰

Et Montesquieu de poursuivre que,

*« c'est le triomphe de la liberté lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime ».*²¹

9. Cesare Beccaria, quant à lui, va encadrer la sanction répressive de conditions et principes particuliers. Le grand intérêt du Traité de Beccaria est d'englober en un seul texte les pensées de son auteur sur le droit pénal, et non comme ses prédécesseurs sur des points bien précis. Il a véritablement développé et généralisé l'idée selon laquelle le droit pénal se fonde sur la loi. Les incriminations et la procédure pénale doivent donc être fixées par la loi et non découvertes par le juge. Les peines doivent également être fixées par la loi puisque,

*« seules les lois peuvent fixer les peines qui correspondent aux délits. Ce pouvoir ne peut être détenu que par le législateur qui représente toute la société réunie par un contrat social ».*²²

10. Pour Beccaria, un comportement n'est punissable pénalement que s'il offense doublement l'intérêt de la société et la règle morale : *« la loi naturelle et la loi sociale ».*²³ Pour lui, la peine est utile, à savoir que,

*« les châtiments n'ont pour but que d'empêcher le coupable de nuire désormais à la société et de détourner ses concitoyens de la voie du crime ».*²⁴

rébellion du Parlement de Paris, le roi Louis XV, a rappelé, notamment en matière de justice, lors de la célèbre séance de la flagellation du 3 mars 1766 que *« je ne souffrirai pas (...) qu'il s'introduise dans la monarchie un corps imaginaire (...). C'est en ma seule personne que réside la puissance souveraine »*

²⁰ Montesquieu, *L'esprit des lois*, XII, cité in Pansier (F.J.), *La peine et le droit*, Puf, 1994, p. 4

²¹ Ibid.

²² Beccaria (C.), *Traité des délits et des peines*, chapitre 3.

²³ Ibid, chapitre 25.

11. La peine doit prévenir plutôt que punir. Elle remplit une fonction de dissuasion et de prévention. La peine doit être égale pour tous, hiérarchisée par la loi, selon la gravité du crime en cause. De surcroît, elle doit être modérée et proportionnée. Pour cela, il propose des moyens de mise en œuvre comme la nature du châtimeut qui doit être aussi proche que possible du délit, de sorte que l'idée du délit évoque aussitôt dans l'esprit du délinquant celle de la peine. Beccaria, père de la légalité pénale, inspira de nombreux théoriciens et praticiens au cours des années puis des siècles suivant son *Traité*. Quoiqu'il en soit, le rayonnement de son principe de légalité fait qu'il demeure l'une des bases du droit pénal contemporain, aussi bien interne qu'international.²⁵

12. Il va de soit que la notion de sanction pénale ne peut faire partie des grandes théories juridiques figées, qui ont cessé d'évoluer après Beccaria. Ainsi, au fil des débats doctrinaux, il est apparu que « *le XIXème siècle avait essayé d'éviter, très justement, la condamnation d'un innocent ou l'infliction d'une peine en dehors des limites légales. Le XXème siècle va plus loin en demandant que la sanction légalement prononcée soit appropriée à la personnalité du délinquant et favorise sa récupération sociale ultérieure* ». ²⁶ La peine présente malgré tout le désavantage de faire partie de ces notions juridiques obscures dont la définition n'a jamais été clairement établie. Quelle qu'en soit la dénomination, la doctrine est unanime à voir dans la peine un châtimeut destiné à prévenir ou, le cas échéant, à réprimer une infraction, attentatoire par nature à l'ordre social. Ainsi, « *la peine constitue l'accessoire nécessaire de la qualification (...) de l'infraction* ». ²⁷

13. Toute violation de la règle sociale devant être sanctionnée, les buts et fonctions de la peine se dégagent aisément. Il ressort des diverses visions doctrinales contemporaines que la peine présente quatre fonctions. Elle est d'abord sanction, en tant que moyen d'élimination et d'exclusion sociale du délinquant. Elle est ensuite rétributive, la peine étant la réponse répressive de la société à la violation d'une norme imposée. Elle est dissuasive, sa simple existence légale devant suffire à empêcher la commission de l'infraction en intimidant le délinquant potentiel. Enfin, la peine est supposée favoriser la

²⁴ Ibid, chapitre 15.

²⁵ Voir, Delmas-Marty (M.), *Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria*, R.S.C, 1989, pp. 252-260.

²⁶ Ancel (M.), *Les droits de l'homme et le droit pénal*, in René Cassin, *Amicorum discipulorumque liber – Méthodologie des droits de l'homme*, vol 4, Paris, Pedone, 1972, p. 230.

²⁷ Pansier (F.J.), *op. cit.*, p. 8.

réadaptation sociale du délinquant, puisque celui-ci, après avoir purgé sa peine, réintègre pleinement le groupe social ; le fait d'avoir purgé la peine pardonnant le crime.

Intérêt du sujet.

14. Les débats relatifs aux sanctions pénales restent des débats internes, traduisant la suprématie de la souveraineté pénale nationale. En effet, le droit international, aussi surprenant que cela puisse paraître, ignore, en tant que telle, la peine. Eriger des sanctions en droit international relève de la gageure, l'absence d'organisation de la société internationale à l'image de l'Etat, confirmant l'idée selon laquelle, les sanctions pénales relèvent de la seule compétence nationale. Le droit international pénal, dont on aurait pu s'attendre à ce qu'il s'implique d'avantage dans la question, ne pose que des prescriptions générales quant aux sanctions des comportements prohibés. Il ne fait aucun doute que l'Etat tend à vouloir rester cette citadelle souveraine imprenable, seule habilité à présider aux destinées de la peine. C'est justement cette habilitation qui a longtemps prévalu dans la société internationale. En effet, dès lors qu'un crime est prohibé par le droit international, celui-ci s'est présenté comme un simple vecteur d'encouragement, à destination des Etats, pour réprimer et sanctionner les violations en cause. Selon cette conception résurgence de l'ordre westphalien, la souveraineté prime sur les prescriptions internationales et l'Etat reste seul à décider de l'éventualité d'une répression. Les bases posées ne consistent qu'en une sorte de cahier des charges à destination des Etats, une simple obligation de comportement pouvant se heurter au mur souverain. Le droit international n'a donc d'autres fonctions que de traduire l'engagement des Etats à punir.

15. Au plan international, ce principe de souveraineté pénale est indirectement affirmé par les Nations Unies dans la Résolution 2625 du 24 octobre 1970, dans laquelle l'Assemblée générale affirme que,

« chaque Etat jouit des droits inhérents à la pleine souveraineté », notamment « (...) le droit de choisir et de

*développer librement son système politique (...) et culturel ».*²⁸

16. Il est indéniable que les principes ainsi posés par les Nations Unies renvoient au concept de souveraineté pénale, ne serait-ce que dans le libre choix du régime juridique ou dans le droit de libre législation. Dans le même ordre d'idée, il est affirmé que la juridiction pénale repose exclusivement sur la souveraineté de l'Etat et qu'elle a « *son fondement non dans la constitution de la société internationale, mais dans la constitution de l'Etat* ». ²⁹ La souveraineté doit donc être vue comme une qualité propre de la puissance étatique, une liberté légale qu'a l'Etat de faire ce qui est en son pouvoir, ³⁰ puisqu'au nom de sa souveraineté, l'Etat est « *libre d'agir sans règles ou de se donner dans son ordre juridique interne des règles que ne détermine aucune prescription propre à l'ordre international* ». ³¹ En ce sens, on peut voir en cette souveraineté une extension de la notion d'autonomie de la volonté. Plus précisément, puisqu'il appartient à chaque Etat de réprimer les faits qu'il considère comme étant de nature à porter atteinte à son ordre social, il convient de s'interroger sur les caractéristiques de cette souveraineté pénale. La conception généralement admise fait de cette souveraineté un droit pour tout Etat de légiférer librement en matière criminelle, d'organiser ses autorités judiciaires répressives et d'en fixer les compétences ; en somme d'affirmer l'exclusivité de juridiction pénale. De prime abord, cette souveraineté se caractérise par un monopole, exclusivement étatique, de la définition des infractions, de leur incrimination et des peines applicables.

17. L'évolution des règles est vite apparue inévitable. Lorsque l'impunité est devenue la règle, lorsque les crimes se sont multipliés, lorsqu'ils se sont internationalisés, lorsque leur gravité est allée croissante, il est devenu nécessaire de modifier la donne, en enjoignant aux Etats d'aboutir à un résultat bien précis : la sanction effective du crime dénoncé. L'enjeu du droit international a ainsi été de faire coexister la gravité du crime en cause avec le respect de la souveraineté nationale. Ce critère de gravité s'avère fondamental et acquiert une double valeur : d'un côté, il s'agit de l'élément fédérateur de la

²⁸Résolution 2625 du 24 octobre 1970: *Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies.*

²⁹Observation de M. Fedozzi, à propos de l'affaire du *Lotus (France c. Turquie)*, C.P.J.I, 7 septembre 1927, série A, n°10, in Hagenmacher (P.), Perruchoud (R.), Dipla (H.), *Répertoire des documents de la Cour de la Haye, Série I, 1922-1945, les Compétences de l'Etat*, Tome 4, Genève, I.U.H.E.I, 1984, p. 498.

³⁰ Voir en cela C.I.J, 9 avril 1949, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni-Albanie)*, C.I.J, 9 avril 1949, *Rec*, 1949, p. 4.

³¹ Combacau (J.), Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'Etat, *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 47-58, dont p. 52.

répression et de la sanction, de l'autre, il s'agit de l'élément justificatif de l'érosion de la souveraineté pénale nationale. Progressivement, cette souveraineté pénale nationale s'est en effet érodée, entraînant un passage d'une habilitation à une réelle obligation.³² Les Etats se voient obligés de lutter efficacement et effectivement contre la criminalité et ses conséquences. Ce renforcement des obligations étatiques, au détriment de la souveraineté, conduit à ce que la politique pénale nationale, y compris les sanctions, soit dictée par le droit international.

18. En parallèle, de nouveaux concepts ou de nouvelles attentes en matière de sanction ont vu le jour. Tout d'abord, la responsabilité pénale individuelle est vite devenue l'élément clef de la répression. En effet, sa recherche s'impose comme une évidence, et répond au combat nécessaire que la société internationale ainsi que les Etats doivent mener contre une impunité scandaleuse. Rechercher une telle responsabilité répond également à une vision préventive et dissuasive, à l'image des propos du représentant français auprès des Nations Unies, selon qui « *poursuivre les responsables, c'est aussi envoyer à ceux qui continuent à se livrer à ces crimes un message clair : ils auront à répondre de leurs actes* ». ³³ Ensuite, l'individu a acquis une place nouvelle au sein de cette société internationale, devenant titulaire de droits subjectifs, dont le respect s'impose comme une évidence. La notion de victime s'est institutionnalisée et exige en conséquence une réelle prise en compte des droits bafoués, pouvant passer par la répression. En parallèle, la punition du délinquant est devenue une réalité impérative. Enfin, le développement exponentiel de la criminalité internationale a entraîné une mutation des cadres traditionnels de la répression. Dès lors que le crime s'est internationalisé, de son extraterritorialité découlent deux conséquences. D'une part, les Etats ont pris conscience que la coopération judiciaire et pénale est le meilleur moyen de lutter efficacement contre la criminalité internationale et d'assurer la défense d'intérêts supérieurs, tant personnels que communs. D'autre part, cette extraterritorialité du crime a amené à un développement de plus en plus important de la compétence universelle. Cette dernière, traditionnellement limitée à certains crimes, est devenue un idéal de justice que les Etats s'efforcent d'appliquer aux crimes les plus graves.

³² Sous la double impulsion de l'accroissement de la criminalité internationale associée à l'évolution inévitable du droit international pénal et du droit international des droits de l'homme.

³³ Intervention du représentant permanent de la France auprès des Nations Unies à la suite de l'adoption de la Résolution 808 portant sur la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, (New-York, 22 février 1993), *D.A.I.*, n° 7, 1^{er} avril 1993, pp. 128-129.

19. La sanction du crime demeure donc la peine. Le terme « *sanctions pénales* » utilisé tout au long de cette étude doit être précisé. Le choix a d'abord été fait de ne s'intéresser qu'aux sanctions répressives, celles-ci étant, semble-t-il, plus en mesure de répondre à la gravité du crime que de simples sanctions civiles, administratives ou financières.³⁴ Quelle définition retenir de la sanction pénale ? La doctrine a remarqué à ce propos que l'« *addition de finalités à la peine ébranle les fondements de la répression. (...) Nourries de ces différents courants doctrinaux, qui imposent un jour de sévir et le lendemain de pardonner ou de corriger puis d'éduquer, ce qui explique d'ailleurs la coexistence parfois surprenante de textes particulièrement sévères avec des dispositions consacrées exclusivement à la resocialisation du coupable, les sources du droit se révèlent dans l'incapacité de définir la peine* ». ³⁵

20. Mme Poncela donne de la sanction une définition intéressante, à savoir que par peine « *il faut entendre toute sanction liée à une incrimination et prononcée par une juridiction pénale* »³⁶ ou par toute autorité légalement compétente en la matière. L'emploi du pluriel concernant ces « *sanctions pénales* », n'est pas fortuit. En effet, cette étude porte sur les modalités de sanction liées à la transgression de normes posées. Or, il est évident que, vu l'ampleur et l'importance des normes à étudier, il était inenvisageable de ne s'intéresser qu'à une seule sanction pénale prédéfinie. C'est la raison pour laquelle, sera abordé tout un éventail de sanctions nationales répressives, allant des sanctions autorisées, tel l'emprisonnement, aux sanctions prohibées, telles les peines corporelles, en passant par les peines discutées, telle la peine capitale.

Démarche méthodologique.

21. Travailler sur l'implication du droit international dans les sanctions pénales nationales peut paraître ambitieux, tant la matière est vaste et les issues incertaines. Deux difficultés se sont d'emblée posées. Tout d'abord, le sujet ainsi délimité semble être d'une telle généralité et d'une telle étendue, qu'il a fallu opérer un certain nombre de choix quant aux domaines étudiés. En effet, dans la mesure du possible, une vue d'ensemble a été privilégiée, à savoir, traiter des crimes les plus caractéristiques, les plus graves ou les plus

³⁴ Celles-ci ne seront pas totalement absentes, car pouvant être associées à une peine répressive principale.

³⁵ Paillard (B.), *La fonction réparatrice de la répression pénale*, L.G.D.J, 2007, p. 16.

³⁶ Poncela (P.), *op cit*, p. 39.

attentatoires aux droits fondamentaux, sans oublier ceux présentant un tel degré d'originalité dans la répression qu'il était impossible d'en faire silence. Ensuite, l'autre problème rencontré a été de proposer une étude complète du phénomène de répression et de sanction, en partant du constat que le droit international reste équivoque en la matière, et en tentant de proposer une analyse globale, dans la mesure où, traditionnellement, l'étude des sanctions pénales en droit international reste cantonnée à l'étude d'un crime spécifique et de ses modalités de répression. Au vu de ces deux difficultés, ont été traités la grande criminalité internationale : crime contre l'humanité, génocide, crime de guerre ou terrorisme ; les crimes portant atteinte aux droits éminemment fondamentaux : torture, esclavage ou violation des libertés garanties, ou bien encore les nouvelles formes de criminalité transnationale : criminalité économique ou atteintes massives à l'environnement.

22. Au commencement de cette étude, il a fallu s'interroger sur ce concept de souveraineté des Etats. Cette notion de souveraineté caractérise l'existence même de l'Etat sur la scène internationale et justifie à elle seule son indépendance.³⁷ Sous son aspect pénal, la souveraineté légitime une compétence exclusive des Etats pour connaître des crimes commis sur leur territoire ou à l'encontre de leurs intérêts, et pour fixer le quantum des sanctions. Le droit international est donc longtemps resté évincé de cette sphère de compétence nationale. Or, en partant du constat qu'au sortir de la seconde guerre mondiale, la société internationale s'est juridictionnalisée, que la lutte contre la criminalité internationale s'est institutionnalisée et que de nouvelles branches du droit sont apparues, il est devenu évident que la souveraineté pénale s'est engagée sur une pente descendante, en raison de règles internationales de plus en plus contraignantes. Ceci n'est pas sans conséquence sur les sanctions pénales nationales.

23. De l'étude du droit international, conventionnel, coutumier et impératif, se sont petit à petit dégagées des obligations répressives à destination des Etats. Ces obligations positives se sont imposées aux Etats, en dépit de leur souveraineté pénale, en raison du caractère hybride de la société internationale, celle-ci souffrant de l'absence d'organes spécifiques et universels, à même de rendre effectives ces règles.³⁸ Pour que les règles

³⁷ En cela, il convient de se référer à la définition communément retenue de l'Etat, à savoir qu'il y a Etat lorsque coexistent trois éléments : territoire, population et autonomie politique.

³⁸ L'organisation même de la société internationale, dépourvue d'exécutif ou de législateur, empêche une application directe des normes posées et justifie le recours au canal étatique. Ce point sera largement développé dans la suite de cette étude.

répressives prescrites par le droit international deviennent concrètes, il appartiendra aux Etats de se soumettre aux diktats internationaux. L'étude des règles et des textes internationaux a permis d'isoler une série de grandes obligations répressives à destination des Etats, obligations divergeant peu selon que l'on se trouve face à une règle conventionnelle ou une norme coutumière. Dès lors que le droit international érige en crime un comportement, les Etats sont tenus par quatre grandes obligations. Tout d'abord, ils doivent incriminer en droit interne le comportement prohibé. Ensuite, il leur revient d'établir leur compétence pénale, puis de mettre en mouvement l'appareil judiciaire national. Enfin, dans une optique de répression, il leur faut sanctionner le criminel, en ayant recours à une peine juste et adéquate.

24. Le but de cette étude n'est pas de proposer une hiérarchie des crimes et des peines, ni d'allouer à chaque crime commis une peine spécifique, mais de s'interroger sur le fondement et l'ampleur de ces obligations prescrites aux Etats, par le droit international, en matière de sanctions pénales nationales. Il s'agira donc d'une recherche basée sur les contraintes qui s'imposent aux Etats. C'est la raison pour laquelle il a semblé pertinent d'opter pour une approche chronologique du sujet, en suivant le cheminement de la chaîne répressive, de l'incrimination au prononcé de la sanction. En conséquence, en se référant aux obligations ainsi posées, deux grands thèmes se dégagent et feront l'objet des deux parties de ce travail, d'un côté l'appréciation, au regard du droit international, de la construction du pouvoir répressif des Etats (**Partie I**), de l'autre l'appréciation de la mise en œuvre de ce pouvoir répressif. (**Partie II**).

PREMIERE PARTIE.

LA CONSTRUCTION DU POUVOIR REPRESSIF.

25. Le développement massif de la criminalité internationale a eu pour conséquence un développement tout aussi important du droit international pénal. Face à un tel phénomène de mondialisation du crime, facilité par l'accroissement des échanges de tous ordres, il est apparu utile, voire urgent, de légiférer dans des domaines, souvent fort disparates, mais présentant ce point commun qu'ils portent atteinte, soit aux intérêts de l'Etat, soit aux droits individuels, parfois même aux deux. Face à la spécificité du crime, le droit international oscille entre contraintes et consentement, les Etats se voyant imposer ou acceptant la norme internationale. Si l'on suit le cheminement classique de la chaîne répressive, l'étape de la construction du pouvoir répressif s'avère fondamentale, car elle préside à l'effectivité de la répression. Employer le terme de construction n'est pas anodin. En effet, avant de vouloir réprimer et sanctionner, il convient de respecter un certain nombre de règles et de procédures, sans lesquelles, toute sanction pénale ne pourrait aboutir.

26. Le droit international s'érigeant en censeur de la moralité internationale, il dénonce un certain nombre de crimes. La société internationale étant dépourvue d'organes généraux d'exécution, il appartient aux Etats de prendre le relais de cette dénonciation. En cela, le droit international leur prescrit certaines obligations, dont le respect est primordial afin d'assurer la répression éventuelle du crime dénoncé. Le respect de ces obligations doit être un succès, car le moindre échec priverait les règles posées de leur effectivité et rendraient la sanction impossible.

27. Dans une optique préventive et pré-sentencielle, le droit international prescrit ainsi aux Etats d'incriminer le comportement dénoncé. Cette étape de l'incrimination est de loin la plus fondamentale car elle favorise le bon déroulement de tout le processus répressif. (**Titre I.**) Une fois le crime commis, les Etats doivent tirer les conséquences de

l'incrimination et établir leur compétence pénale, afin de permettre le déclenchement, effectif, de la phase répressive. (**Titre II.**)

TITRE PREMIER : L'INCRIMINATION ÉTATIQUE.

28. Dans l'élaboration de la chaîne répressive, l'incrimination est l'étape première et fondatrice, qui permettra d'envisager une répression effective. La société internationale a largement fait usage de sa capacité d'incriminer des comportements répréhensibles ou fautifs, dans des domaines aussi divers que le terrorisme, la lutte contre les stupéfiants, l'atteinte aux droits fondamentaux ou bien encore l'interdiction de la pornographie. On peut définir l'incrimination comme constituant « *le fait pour les Etats ou les organisations internationales, par voie conventionnelle ou coutumière, de constituer un comportement en infraction* ». ³⁹ L'incrimination est indirecte lorsque la norme internationale ne fera que prohiber le comportement dénoncé, laissant aux Etats toute faculté pour le définir et le rendre punissable en droit interne. Par opposition, l'incrimination est directe si la norme internationale prévoit, une définition complète et précise du crime, ainsi que les modalités de répression, qui s'imposent aux Etats. Dans les deux cas, des mesures nationales d'exécution seront requises, afin de rendre l'incrimination effective en droit national.

29. Cette incrimination doit être en adéquation avec la souveraineté pénale de chaque Etat. En effet, un Etat est, sur la scène internationale, caractérisé par sa souveraineté. Or, imposer à l'Etat d'incriminer peut apparaître comme une atteinte à sa souveraineté pénale. En conséquence, le droit international pose en la matière des règles qu'il appartient à l'Etat d'accepter. L'étude des pratiques internationales a fait apparaître que le droit international contraindrait de plus en plus les Etats, dans leur obligation d'incrimination, au détriment de leur souveraineté.

30. En droit international, l'incrimination est largement prévue par le droit conventionnel. L'avantage d'une incrimination conventionnelle réside dans le fait que la souveraineté pénale est d'avantage protégée, l'acceptation du Traité demeurant un acte de souveraineté étatique. C'est la raison pour laquelle cette modalité d'incrimination est privilégiée. (**Chapitre I.**) Cependant, ne retenir qu'une incrimination conventionnelle peut paraître réducteur. Force est de constater qu'au-delà des seuls textes conventionnels, d'autres normes peuvent constituer des sources non négligeables d'incrimination. En effet,

³⁹ Salmon (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant-AUF, 2001, pp. 568-569.

coutume internationale et actes unilatéraux peuvent entrer dans ces catégories. (**Chapitre II.**)

CHAPITRE I : L'INCRIMINATION CONVENTIONNELLE : UN MODE PRIVILEGIE.

31. Le recours au droit conventionnel afin d'incriminer un comportement dénoncé en droit international est la méthode couramment retenue. Un traité est par nature l'acte symbolique du volontarisme des Etats de se lier dans un domaine spécifique. Le développement de la criminalité internationale et des atteintes massives aux droits fondamentaux a amené un développement sans précédent du droit pénal international et des conventions répressives. Ces dernières ont pour ambition de lutter contre l'impunité, en imposant aux Etats un mécanisme pénal à la fois préventif et répressif. En suivant l'évolution de la société internationale, il est aisé de constater que ce droit conventionnel a lui aussi largement évolué. Les premiers textes conventionnels à vocation pénale, ne font qu'habiliter les Etats à incriminer le comportement dénoncé, privilégiant une incrimination indirecte, en ne prévoyant que des prescriptions imprécises, dont l'appréciation relève de la discrétionnarité des Etats. (**Section 1.**) Or, les Conventions internationales sont venues progressivement consacrer la légalité des délits et se font de plus en plus précises quant à la définition du crime, de ses éléments constitutifs, ainsi que des modalités nationales d'incorporation. Dès lors, est apparue une réelle obligation d'incrimination, au détriment de la souveraineté pénale des Etats. (**Section 2.**)

SECTION 1 : LA DISCRETIONNARITE LAISSEE PAR LES PREMIERES CONVENTIONS REPRESSIVES.

32. Les premiers textes conventionnels répressifs avaient tendance à vouloir protéger la souveraineté des Etats. En effet, lorsqu'une incrimination était prévue, le texte conventionnel était imprécis, ne définissant que partiellement le crime en cause et laissant aux Etats une marge de manœuvre extrêmement importante quant aux modalités nationales d'adaptation de la norme, sauvegardant ainsi la souveraineté pénale. (§ I.) Une telle pratique a longtemps prédominé, même si certains indices ont laissé croire à un commencement d'érosion de cette souveraineté pénale. (§ II.)

§.I. Une souveraineté pénale sauvegardée dans les premières conventions.

33. A bien des égards, le respect de la souveraineté des Etats a été au cœur du droit conventionnel. Les Etats devenaient parties à un Traité donné, tout en s'assurant de la sauvegarde de leurs prérogatives souveraines. Symbole d'une puissance étatique exclusive, la matière pénale est longtemps restée discrète, voire absente, du droit conventionnel, même si quelques textes internationaux, isolés, virent le jour, et tentèrent de prescrire aux Etats une incrimination.(A.) Il aura fallu attendre le lendemain de la première guerre mondiale pour qu'un régime conventionnel répressif voie le jour. (B.)

A. Les premières tentatives d'incrimination.

34. Au commencement, les Etats ont pris conscience de la nécessité de s'accorder, au plan international, sur ce qui était à l'époque, le plus grand fléau de l'humanité : l'esclavage. Cette prise de conscience constitue le socle originel du droit pénal international. (1.) Il s'en suivra d'autres Traités ou accords prévoyant une incrimination nationale du comportement prohibé, dans des termes dépourvus de référence pénale. Cependant, aucune logique particulière n'a été suivie par les Etats qui, petit à petit, se sont accordés dans des domaines disparates, sans lien apparent. (2.)

1. Les origines : l'Accord sur la répression du commerce des esclaves.

35. Le premier texte répressif international fut l'*Accord sur la répression du commerce des esclaves*, signé à Londres le 20 décembre 1841⁴⁰. Il n'est pas étonnant de constater que le premier domaine touché par le droit conventionnel pénal soit l'esclavage car les Etats prenaient conscience du caractère inhumain d'une pratique séculaire. Au terme de l'accord de Londres,

⁴⁰ Ce texte s'inspire de la Déclaration des Puissances sur l'abolition de la traite des nègres du 8 février 1815 au terme de laquelle les plénipotentiaires du Congrès de Vienne envisagent l'abolition universelle de l'esclavage car « *le commerce connu sous le nom de traite des nègres d'Afrique a été envisagé, par les hommes justes et éclairés de tous les temps, comme répugnant aux principes d'humanité et de morale universelle* ». Cependant, pas la moindre mesure pénale n'est envisagée.

« les Hautes Parties contractantes s'engagent à prohiber toute traite de nègres soit de la part de leurs sujets respectifs, soit sous leurs pavillons respectifs, soit au moyen de capitaux appartenant à leurs sujets respectifs et à déclarer un tel trafic comme crime de piraterie ».⁴¹

36. Outre le fait d'être le premier texte répressif à caractère international, ce texte présente l'avantage de synthétiser, autant que faire ce peut, les philosophies et pratiques abolitionnistes. Les cinq grandes puissances du moment que sont la France, l'Angleterre, la Russie, l'Autriche et la Prusse se sont engagées à réprimer la traite des esclaves sur les mers. En assimilant le commerce d'esclaves à un crime de piraterie, les cinq Etats ont donc, dès 1841, assimilé le trafiquant d'esclave au pirate, notamment au travers de sa qualification d'*hosti humani generis*. Par analogie les Etats signataires ont souhaité appliquer à la répression du trafic d'esclaves, le régime de répression de la piraterie. Bien que premier de sa catégorie, ce texte n'en demeure pas moins lacunaire et restrictif en ce qu'il ne suggère qu'un engagement des Etats signataires à agir et qu'il ne vaut que pour le commerce d'esclaves par voie maritime.⁴² Or, en aucun cas il ne s'agit d'un réel engagement de prohibition, associé à la prise de mesures répressives.

2. L'absence d'uniformisation sectorielle.

37. Il faut attendre la fin du XIX ème siècle pour retrouver un début d'incrimination dans des conventions qui, à la différence de l'Accord de 1841 n'ont rien de textes à caractère répressif. Le 14 mars 1884, Etats européens, américains et asiatiques se réunissent à Paris pour signer la *Convention internationale relative à la protection des câbles sous-marins*.⁴³ Cette convention a pour but de réglementer le régime juridique, l'exploitation et la protection des câbles permettant les communications télégraphiques entre l'Europe et le reste du monde. A une époque de développement des moyens de

⁴¹ Cité in, Fischer (G.), *Esclavage et droit international*, Paris, Pedone, 1957, p. 3.

⁴² Dans les faits, la France a signé l'Accord de Londres mais ne l'a jamais ratifié. Sa position était d'ailleurs ambiguë, d'un côté elle s'engageait internationalement à réprimer le commerce des esclaves mais de l'autre, à la même période, elle légiférait sur la procédure d'emprisonnement des esclaves dans les colonies françaises. L'ordonnance du roi du 1^{er} octobre 1841 stipulait en ce sens que, dans les territoires coloniaux il était reconnu que «*le maître ne pourra infliger à l'esclave la peine de l'emprisonnement, que pendant quinze jours* », in *Collection complète des lois*, Duvergier, 1841, p. 552.

⁴³ *Convention internationale relative à la protection des câbles sous-marins* du 14 mars 1884.

communication, une protection pénale de ces derniers est apparue nécessaire. C'est pour cela qu'un article 12 dispose que,

*« les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre ou à proposer à leurs législatures respectives les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de la présente convention, et notamment pour faire punir soit de l'emprisonnement, soit de l'amende, soit de ces deux peines, ceux qui contreviendraient aux dispositions des articles 2, 5 et 6 ».*⁴⁴

38. Dans ce cas spécifique, la convention se veut gardienne de la souveraineté. La protection des premières communications internationales dépend une fois de plus de la volonté de mise en oeuvre des Etats signataires. Son effectivité est conditionnée par des engagements de poursuite. Or, un tel procédé n'est pas, par nature, contraignant, la souveraineté pénale des Etats faisant rempart entre la convention et sa mise en oeuvre. Il convient d'ajouter à cela un simple caractère habilitant, qui laisse aux Etats le choix de l'emprisonnement et/ou de l'amende. De ce fait, la matière pénale n'est pas au centre de l'incrimination, les Etats ayant le choix d'une répression strictement pénale ou bien d'une punition administrative.

39. La question de l'esclavage fut de nouveau abordée en 1890 lors de la Conférence de Bruxelles relative à la traite des esclaves africains. A cette occasion il semble que le devoir d'incrimination des Etats ait évolué dans un sens qui leur laisse, toute proportion

⁴⁴ Article 2 : « la rupture ou la détérioration d'un câble sous-marins, faite volontairement ou par négligence coupable, et qui pourrait avoir pour résultat d'interrompre ou d'entraver, en tout ou en partie, les communications télégraphiques, est punissable, sans préjudice de l'action civile en dommages et intérêts », article 5 : « les bâtiments occupés à la pose ou à la réparation des câbles sous-marins doivent observer les règles sur les signaux qui sont ou seront adoptées, d'un commun accord, par les hautes parties contractantes, en vue de prévenir les abordages. Quand un bâtiment occupé à la réparation d'un câble porte les dits signaux, les autres bâtiments qui aperçoivent ou sont en mesure d'apercevoir ces signaux doivent ou se retirer ou se tenir éloignés d'un mille nautique au moins de ce bâtiment, pour ne pas le gêner dans ses opérations. Les engins ou filets des pêcheurs devront être tenus à la même distance. Toutefois, les bateaux de pêche qui aperçoivent ou sont en mesure d'apercevoir un navire télégraphique portant lesdits signaux auront, pour se conformer à l'avertissement ainsi donné, un délai de vingt quatre heures au plus, pendant lequel aucun obstacle ne devra être apporté à leurs manœuvres. Les opérations du navire télégraphique devront être achevées dans le plus bref délai. », article 6 : « les bâtiments qui voient ou sont en mesure de voir les bouées destinées à indiquer la position des câbles, en cas de pose, de dérangement ou de rupture, doivent se tenir éloignés de ces bouées à un quart de mille nautique au moins. Les engins ou filets des pêcheurs devront être tenus à la même distance ».

gardée, une marge de manœuvre encadrée. L'Acte général de Bruxelles dispose à cet effet que,

*« les Puissances qui exercent une souveraineté ou un protectorat en Afrique, confirmant et précisant leurs déclarations antérieures, s'engagent à poursuivre graduellement, suivant que les circonstances le permettront, soit par les moyens indiqués ci-dessus, soit par tous autres qui leur paraîtront convenables, la répression de la traite, chacune dans ses possessions respectives et sous sa direction propre ».*⁴⁵

40. En fait de quoi, les puissances colonisatrices se mettent d'accord pour légiférer sur la traite des esclaves. Rien n'est cependant précisé quant aux moyens et à la nature des mesures à prendre. Si incrimination il doit y avoir, celle-ci est indirecte et ne consiste qu'en un simple engagement de légiférer au plan national, sans que des mesures d'ordre pénal ne soient envisagées. Mais cet engagement national n'apparaît pas comme une priorité internationale puisque l'Acte ménage leur souveraineté pénale, en laissant aux Etats signataires l'appréciation du moment de la mise en œuvre des éventuelles mesure nationales. Reste cependant que

*« les Puissances contractantes s'obligent, à moins qu'il n'y soit pourvu déjà par des lois conformes à l'esprit du présent article, à édicter ou à proposer à leurs législatures respectives, dans le délai d'un an au plus tard à partir de la date de la signature du présent acte général, une loi rendant applicables, d'une part, les dispositions de leur législation pénale qui concernent les attentats graves envers les personnes, aux organisateurs et coopérateurs des chasses à l'homme, aux auteurs de la mutilation des adultes et enfants mâles et à tous individus participant à la capture des esclaves par violence ».*⁴⁶

⁴⁵ Acte général de la Conférence de Bruxelles relative à la traite des esclaves africains du 2 juillet 1890, article 3.

⁴⁶Ibid, article 5.

41. Il semble ici que les Etats aient une sorte d'obligation morale envers les formes les plus odieuses de l'esclavage, s'engageant à incriminer, dans un délai imparti, la chasse à l'homme, les mutilations des adultes et des enfants mâles (et non de enfants de sexe féminin) et la capture des esclaves par violence. A suivre la logique de la Déclaration, les Etats demeurent entièrement souverains quant à l'incrimination des formes classiques de la traite des êtres humains, mais se voient obligés quant aux formes les plus graves. Certes, le fondement philosophique de ce texte peut être louable mais à y regarder de plus près, les Etats s'obligent à incriminer « *la capture des esclaves par violence* », mais qu'en est-il de l'incrimination de l'esclavagisme en général ? La déclaration sous-entendrait que seule la violence grave dans la pratique de l'esclavage doit être incriminée par les Etats. Ce point de vue est confirmé par le texte qui, toute proportion gardée, ne condamnerait pas la pratique de l'esclavage domestique, en le consacrant, tout du moins en l'autorisant implicitement.⁴⁷ La distinction opérée par la Déclaration pose la question même de la définition de l'esclavage, la conception actuelle de cette notion la reliant inmanquablement à la violence.

42. Concernant le droit de la guerre, la *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, du 6 juillet 1906 enjoint les Etats signataires de légiférer dans la mesure où leur droit interne apparaîtrait insuffisant ou inapproprié. Ainsi, le texte prévoit que

« les gouvernements signataires s'engagent également à prendre ou à proposer à leurs législatures, en cas d'insuffisance de leurs lois pénales militaires, les mesures nécessaires pour réprimer, en temps de guerre, les actes individuels de pillage et de mauvais traitement envers des blessés et malades des armées, ainsi que pour punir, comme usurpation d'insignes militaires, l'usage abusif du drapeau et

⁴⁷Article 62 : « *Les Puissances contractantes dont les institutions comportent l'existence de l'esclavage domestique et dont, par suite de ce fait, les possessions situées dans ou hors l'Afrique servent, malgré la vigilance des autorités, ce lieux de destination aux esclaves africains, s'engagent à en prohiber l'importation, le transport, la sortie ainsi que le commerce. La surveillance la plus active et la plus sévère possible sera organisée par elles sur tous les points où s'opèrent l'entrée, le passage et la sortie des esclaves africains* »

du brassard de la Croix Rouge par des militaires ou des particuliers non protégés par la présente Convention ».⁴⁸

43. La *Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches* du 4 mai 1910 est bâtie sur le même modèle. Après avoir défini au travers de deux articles les infractions de proxénétisme, volontaire et forcé⁴⁹, la Convention les incrimine selon la formule classiquement retenue :

« les Parties Contractantes dont la législation ne serait pas dès à présent suffisante pour réprimer les infractions prévues (...) s'engagent à prendre ou à proposer à leur législatures respectives les mesure nécessaires pour que ces infractions soient punies suivant leur gravité ».⁵⁰

44. La formule employée par la Convention reste somme toute similaire à celle déjà rencontrée mais l'engagement des Etats signataires doit tenir compte de la gravité des infractions en cause. Or, le texte même de la Convention ne subordonne pas ce critère de gravité à un engagement de prise de mesures pénales. Ce caractère de gravité se retrouve dans le Protocole de clôture annexé à la Convention. L'intérêt de ce Protocole réside dans le fait que l'action répressive des Etats en la matière semble pour la première fois encadrée, en ce sens que

« pour la répression des infractions, la loi devrait édicter, dans tous les cas, une peine privative de liberté ».⁵¹

45. Selon ce texte, la voie pénale semble la mieux adaptée pour favoriser la lutte contre la prostitution mais deux éléments militent en la défaveur de cet engagement. D'une part, à l'image des exemples précédents, l'emploi même des termes laisse une grande place au doute et à la discrétionnarité étatique, et d'autre part, il est à déplorer que la prévision de sanction pénale ait été dissociée et n'ait pas été intégrée directement dans le corps du texte de la Convention.

⁴⁸ Article 28 de la *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*.

⁴⁹ Article 1 et 2 de la *Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches*.

⁵⁰ Ibid, article 3.

⁵¹ Point C du Protocole de clôture.

46. Dans cette période de naissance d'un réel droit pénal international, le dernier texte répressif habilitant les Etats à incriminer est la *Convention internationale de l'opium* du 23 janvier 1912. Cette Convention est un texte précurseur dans la mesure où il sera amené à devenir le socle commun d'un système répressif international de lutte contre les stupéfiants. Pour l'heure, le schéma est différent de celui des Conventions précitées. La Convention opère une distinction entre opium brut, opium préparé et opium médicinal et selon les cas se borne à établir un régime d'autorisation et d'encadrement de l'importation de l'opium. Or lorsque l'on connaît les ravages que l'opium cause en Chine, l'ampleur de son trafic et les guerres qui en ont découlées, il est surprenant que les Etats n'aient pas songé à établir un régime de répression absolue. En effet, aucune disposition du texte n'est explicitement consacrée à une quelconque forme de répression. Tout au plus,

« les Puissances Contractantes prendront des mesures pour (...) pour empêcher l'exportation de l'opium brut vers les pays qui en auront prohibé l'entrée »⁵²

ou bien

« les Puissances Contractantes prohiberont l'importation et l'exportation de l'opium préparé ; toutefois, celles qui ne sont pas encore prêtes à prohiber immédiatement l'exportation de l'opium préparé, la prohiberont aussitôt que possible ».⁵³

47. Il est frappant de constater que cette Convention ne fait que légiférer sur le commerce de l'opium et si l'on se base sur la seule teneur du texte, aucune mesure pénale n'est même sous-entendue. A la place, un régime de tolérance et de dérogations, basé sur des mesures administratives internes laissées à la discrétionnarité souveraine de l'Etat, a été instauré.

⁵² Article 3 de la *Convention internationale de l'opium*.

⁵³ Ibid, article 7.

B. La naissance d'un régime conventionnel répressif au lendemain de la première guerre mondiale.

48. A l'issue de la première guerre mondiale, un nouvel ordre mondial est apparu. La Société des Nations a eu pour ambition d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales tout en tentant de réglementer et de rationaliser les rapports entre Etats. A ce titre, un nouveau régime conventionnel a vu le jour, régime répressif, basé sur des incrimination indirectes, dépourvues de références pénales, et se contentant de prévoir des mesures dont l'appréciation est laissée à la seule discrétion des Etats. Tel est le cas aussi bien des crimes transnationaux (1.) que des crimes que l'on peut qualifier, avant l'heure, de crimes humanitaires. (2.)

1. L'incrimination des premiers crimes transfrontières.

49. Lorsqu'il a été question d'incriminer les premiers grands crimes transfrontières, les Etats ont conclu des accords assez disparates, tendant à incriminer et à réprimer les trafics internationaux, tels ceux portant atteinte à la moralité (a.) ou bien les trafics de stupéfiants ou de substances illicites. (b.)

a. La Convention internationale pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes

50. La *Convention internationale pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes* du 12 septembre 1923, énonce dès son article premier le devoir des Etats parties de punir les auteurs qui fabriquent, détiennent ou font le commerce d'objets pornographiques. Elle fait œuvre de vouloir pénaliser le commerce et les échanges de publications obscènes. En effet, la Convention incrimine un certain nombre de comportements pour donner, comme il l'est indiqué dans le Préambule, « *le plus d'efficacité possible à la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes* ». Cependant, en dépit de la précision du texte, les Etats signataires ne sont soumis qu'à une incrimination peu contraignante selon laquelle

*« Les parties contractantes dont la législation ne serait pas, dès à présent, suffisante pour donner effet à la présente Convention, s'engagent à prendre ou à proposer à leurs législatures respectives les mesures nécessaires à cet égard ».*⁵⁴

51. Or, pareille prescription demeure trop générale pour en déduire la nature des mesures à prendre. Les Etats sont ainsi habilités à décider souverainement de l'édiction d'une législation pénale ou bien d'une réglementation administrative.

b. La lutte contre les stupéfiants et les substances illicites.

52. D'une manière aussi surprenante qu'en 1912, la *Convention internationale de l'opium* du 19 février 1925 ne contient aucune règle pénale à destination des Etats. En effet, à l'instar de son prédécesseur, le nouveau texte est particulièrement évocateur puisque les règles à édicter sont soumises à exceptions, notamment en limitant, donc en autorisant, l'importation d'opium et en prévoyant la prise de mesures temporaires soumises à révision et modifications périodiques. Les mesures à prendre ont seulement un caractère commercial et fort peu répressif⁵⁵ et la seule disposition conventionnelle qui recèlerait un dispositif pénal concernerait les drogues dites manufacturées. L'article 7 pourrait être interprété de la sorte mais il ne concerne que le trafic interne puisqu'il dispose que,

« les parties contractantes prendront des mesures pour prohiber, dans leur commerce intérieur, toute cession à des personnes non autorisées ou toute détention par ces personnes des substances auxquelles s'applique le présent chapitre ».

53. Un même constat doit être fait quant à la *Convention pour limiter la fabrication et réglementer la distribution des stupéfiants*, du 13 juillet 1931. En effet, cette Convention ne contient à son tour aucune disposition explicitement pénale. Force est de constater que

⁵⁴ Article 4 de la *Convention internationale pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes*.

⁵⁵ Article 2 « *Les parties contractantes s'engagent à édicter des lois et règlements, si cela n'a pas été encore fait, pour assurer un contrôle efficace de la production, de la distribution et de l'exportation de l'opium brut. Elles s'engagent également à réviser périodiquement et à renforcer, dans la mesure où cela sera nécessaire, les lois et règlements sur la matière qu'elles auront édictés (...)* »

le texte s'intéresse d'avantage à la fabrication et à l'encadrement du commerce des stupéfiants qu'à une éventuelle répression.⁵⁶

2. La prise en compte des crimes humanitaires.

54. Le désastre humanitaire causé par le premier conflit mondial a eu pour conséquence une prise conscience des Etats de la nécessité de légiférer, en ce domaine, de manière beaucoup plus poussée et réactive. En effet, force est de constater que les textes précédents ont pêché par leur inefficacité. C'est la raison pour laquelle, afin de protéger les individus, de nouveaux textes sont apparus, en matière de lutte contre l'esclavage (**a.**), ainsi qu'en matière de droit de la guerre. (**b.**)

a. L'esclavage

55. Prenant acte de la Déclaration de Bruxelles de 1890, la *Convention internationale pour la suppression de la traite des femmes et des enfants* du 30 septembre 1921 incrimine la traite des êtres humains en disposant que,

*« les Hautes Parties contractantes conviennent de prendre toute mesure en vue de rechercher ou de punir les individus qui se livrent à la traite des enfants de l'un et de l'autre sexe, cette infraction étant étendue dans le sens de l'article 1^{er} de la Convention du 4 mai 1910 ».*⁵⁷

56. Mais la prise de mesures demeure aussi vague que dans les deux Conventions suivantes, la *Convention relative à l'esclavage* du 25 septembre 1926 et la *Convention relative à la répression de la traite des femmes majeures* du 11 octobre 1933. Le texte de 1926 est, dans sa rédaction, assez équivoque. En effet, d'un côté les Etats signataires s'engagent à réprimer la traite des esclaves et à poursuivre progressivement la suppression

⁵⁶ Tout au plus l'article 15 dispose que « les Hautes parties contractantes prendront toutes les mesures législatives ou autres nécessaires, pour donner effet dans leurs territoires, aux dispositions de la présente Convention [en organisant] la lutte contre la toxicomanie, en prenant toutes les mesures utiles, pour en empêcher le développement et pour combattre le trafic illicite ». Par analogie, cette lutte contre la toxicomanie peut passer par la voie pénale, mais à simple lecture du texte, rien ne le prévoit explicitement.

⁵⁷ Article 2 de la *Convention internationale pour la suppression de la traite des femmes et des enfants*. L'article 1^{er} de la Convention de 1910 définit l'infraction de proxénétisme.

de l'esclavage⁵⁸, en adoptant pour cela des « *mesures utiles* »⁵⁹ laissées à leur discrétion. De l'autre côté, le texte prévoit une approche répressive en se basant sur la sévérité de la peine à adopter puisque,

*« les hautes parties contractantes dont la législation ne serait dès à présent suffisante pour réprimer les infractions aux lois et règlements édictés en vue de donner effet aux fin de la présente Convention, s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour que ces infractions soient punies de peines sévères ».*⁶⁰

57. Logiquement, la Convention de 1933 prend acte des dispositions du texte de 1926 et sur un modèle identique à la Convention de 1910, tant dans la définition de l'infraction que dans l'incrimination, énonce que,

*« les Hautes parties contractantes dont la législation ne sera pas, dès à présent, suffisante pour réprimer les infractions prévues par l'article précédent s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour que les infractions soient punies suivant leur gravité ».*⁶¹

Or, une fois de plus, l'incrimination reste indirecte car aucune allusion pénale ne transparait explicitement dans le texte même de la Convention.

b. Le droit de la guerre.

58. La *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne* du 27 juillet 1929 a été élaborée pour deux raisons. D'une part, elle vient compléter la Convention éponyme de 1906. D'autre part, elle la complète, en tenant compte des atrocités commises lors de la première guerre mondiale. La grande innovation du texte réside dans l'introduction de mesures visant à protéger les emblèmes pacifistes. En ce sens, l'article 28 énonce que

⁵⁸ Article 2 de la *Convention relative à l'esclavage*.

⁵⁹ Ibid, article 3.

⁶⁰ Ibid, article 6.

⁶¹ Article 2 de la *Convention relative à la répression de la traite des femmes majeures*.

« les gouvernements des hautes parties contractantes, dont la législation ne serait pas dès à présent suffisante, prendront ou proposeront à leurs législatures les mesures nécessaires pour empêcher en tout temps les infractions à l’emblème de la croix rouge ou à tout autre signe analogue ».

A la différence du texte de 1906, il est cependant prévu que

*« les gouvernements des hautes parties contractantes prendront ou proposeront également à leurs législatures, en cas d’insuffisance de leurs lois pénales, les mesures nécessaires pour réprimer, en temps de guerre, tout acte contraire aux dispositions de la présente convention ».*⁶²

59. Ce texte se veut plus général, car il vise un plus grand nombre d’infractions. En effet, la Convention de 1906 incrimine des infractions prédéfinies à l’avance⁶³, tandis que celle de 1929 se veut plus protectrice des droits blessés et malades dans les armées en campagne en incriminant de manière plus générale, *« tout acte contraire aux dispositions de la présente convention »*. Mais, en matière de qualification et d’interprétation, une telle référence laisse une large marge de manœuvre aux Etats, qui à nouveau, sont appelés à légiférer, dans la mesure où leur droit interne apparaîtrait insuffisant ou inapproprié

§.II. Les prémisses d’une érosion de la souveraineté ?

60. Sur l’ensemble des textes adoptés l’occasion fut souvent ratée d’imposer aux Etats une réelle obligation d’incrimination pénale directe. En effet, les textes en question méconnaissent le langage pénal et privilégient une incrimination indirecte, laissant aux Etats une importante marge de manœuvre souveraine. (A.) Cependant, il est à noter que certaines conventions, rares et isolées, commencèrent à devenir de plus en plus précises

⁶² Article 29 de la *Convention pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne*.

⁶³ Les actes individuels de pillage et de mauvais traitement envers des blessés et malades des armées, ainsi que l’usage abusif du drapeau et du brassard de la Croix Rouge par des militaires ou des particuliers non protégés par la Convention.

quant à la qualification des faits reprochés et à leur incrimination, traduisant un souci du droit international d'incriminer, spécifiquement et directement, certaines infractions. (B.)

A. Une importante marge de manœuvre des Etats quant à l'incrimination.

61. Les quelques exemples conventionnels étudiés, montrent qu'il ne fait aucun doute que le droit international, dans ses premières heures répressives, était un droit habilitant. Le droit international n'a longtemps posé qu'une incrimination indirecte, simple habilitation à incriminer les crimes dénoncés. (1.) Force est de constater que nombreux sont les Traités et Conventions qui ne prévoient, quelle que soit la gravité du crime en cause, que des obligations mineures, telle une simple disposition encourageant les Etats à modifier leur législation pour se conformer au texte et incriminer en droit interne le comportement fautif. (2.)

1. Une habilitation à incriminer.

62. Le droit international est longtemps resté un droit habilitant, à savoir un droit qui habilite les Etats à incriminer les comportements fautifs. De prime abord, ce droit conventionnel comporte généralement une simple obligation de prendre des mesures internes, soit un simple engagement à destination des Etats de légiférer dans le domaine couvert par la Convention. Les Etats sont les destinataires privilégiés du texte, c'est pour cela qu'il leur revient cette faculté d'incriminer et parfois même de définir juridiquement et de qualifier en droit interne les comportements à incriminer. Il devient donc récurrent que « *certaines conventions se signalent par des rédactions peu rigoureuses, et à l'évidence insuffisamment précises pour la matière pénale* ». ⁶⁴ Le droit international a plus vocation à guider les Etats, qu'à les contraindre. Preuve en est, les crimes dénoncés sont dépourvus, dans le texte même, d'une définition précise ou rigoureuse. Les références aux législations nationales sont multiples, en revanche celles relatives à la sanction pénale sont inexistantes. On se trouve en plein dans l'incrimination indirecte.

⁶⁴ Fichet-Boyle (I.), Mossé (M.), L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions, in Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), op. cit, p. 879

63. L'archétype de cette habilitation pénale se retrouve dans la *Convention internationale pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes*. En effet, d'une part ce texte laisse à la discrétion des Etats le soin de définir la notion d'obscénité⁶⁵ et ne les habilite que très vaguement à prendre ou à proposer à leurs législatures les mesures nécessaires. Or, la différence est flagrante entre la prise de mesure, qui sous-entend un caractère impératif, et la proposition de mesures, qui elle se réfère à une hypothétique modification de la législation interne. De ceci dépend la mise en œuvre de la Convention et son effectivité. Le schéma classiquement retenu est le suivant : les Etats s'engagent à modifier leur législation interne, prenant ainsi souverainement les mesures de répression adéquates, coopérant éventuellement entre eux pour mettre fin aux infractions visées. La terminologie alors utilisée reste vague et incertaine puisque les Etats s'engagent, s'efforcent ou bien mettent tout en œuvre pour modifier leur législation interne. Or, loin de l'obligation incombant aux Etats d'incriminer et de réprimer les comportements fautifs, cette obligation est sous-entendue par l'esprit même des Conventions, puisqu'un éventuel engagement de modification du droit interne n'est rien en comparaison d'une adaptation obligatoire des lois nationales. Les atteintes à la souveraineté pénale étatique sont extrêmement limitées, ou du moins dissimulées derrière un protectionnisme national omnipotent. A une époque où les principes de Westphalie prédominent encore, où la coopération pénale internationale relève de l'irréalisable, face à une politique d'extension de souveraineté menée par des Etats colonialistes et en l'absence d'une structure internationale à même d'encadrer l'action des Etats, rien ne laisse présager que ces derniers accepteraient d'abandonner des parcelles de leur souveraineté pénale. Le droit pénal international a mis du temps à se former et à s'imposer aux Etats. Ceux-ci restent les seuls compétents à décider, en toute discrétionnarité, de la mise en œuvre et de l'effectivité des prescriptions pénales dans leur ordre juridique interne, prescriptions assez vagues, quand du moins elles existent.

64. L'habilitation faite par le droit international semble être le meilleur moyen de sauvegarder la souveraineté pénale étatique. Ainsi, au regard des buts et objectifs des Conventions, les législations à promulguer doivent fixer, en droit interne, pour chaque infraction, la nature et l'étendue de la peine, en tenant compte de l'ensemble des principes

⁶⁵ La définition même de l'obscénité, ou de tout autre notion, laissée à la discrétion des Etats peut paraître problématique en ce sens qu'elle va reposer sur des conceptions morales qui peuvent diverger d'un Etat à l'autre. Cet exemple n'est pas un cas isolé car pour des raisons de divergences étatiques quant à la définition de la notion de terrorisme, la *Convention pour la prévention et la répression du terrorisme* de 1937, n'est jamais entrée en vigueur.

et règles du droit pénal. Préférer une habilitation peu contraignante plutôt qu'une obligation d'incrimination, au nom de la souveraineté étatique, ne vient en fait que rendre le texte plus difficilement applicable, n'invite pas à la cohésion, pourtant à la base du traité et rend incertaine la légalité pénale. La légalité des délits n'est pas pleinement reconnue car le droit international ne prescrit que des mesures trop générales pour en déduire l'appartenance à la sphère pénale.

2. De faibles obligations étatiques.

65. Il a cependant été remarqué que l'habilitation à prendre des mesures n'exonère pas l'Etat destinataire de ses obligations conventionnelles, notamment en matière d'incrimination. En effet, « *l'obligation de prendre des mesures internes découle d'ailleurs d'une obligation plus générale : celle de l'exécution de bonne foi des engagements internationaux* ». ⁶⁶ C'est en ce sens que la Cour permanente de justice internationale a déclaré, en 1925, que

« un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris ». ⁶⁷

66. Ce principe général vaut bien sûr pour l'incrimination. Les Etats parties à la Convention sont les destinataires premiers de celle-ci. En acceptent les prescriptions ils sont supposés les mettre en œuvre, en droit interne. En effet, il faut considérer que ces Etats sont tenus par une sorte d'obligation morale de mettre en œuvre les dispositions prévues par la Convention à laquelle ils ont adhéré, idéalement par la voie pénale. Cette obligation se justifie par deux raisons. D'une part la règle *pacta sunt servanda* lie *ipso facto* les Etats, d'autre part, ces dispositions conventionnelles, dépourvues d'effet direct, demeurent trop générales pour se passer de mesures nationales de réception. Mais, selon le principe du domaine réservé, les Etats demeurent libres de choisir les modalités d'incrimination. La variété des mesures à prendre relève donc du choix souverain et

⁶⁶ Fichet-Boyle (I.), Mossé (M.), op. cit, p. 871.

⁶⁷ CPJI, A. C du 21 février 1925 sur l'*Echange de populations turques et grecques*, série B, n° 10, p. 20.

exclusif des Etats. Or, quoi de mieux que des sanctions pénales pour répondre à la prohibition ou à la répression exigées du droit international ?

B. Les premières traces d'incrimination directe ?

67. Au-delà de cette habilitation à incriminer, certaines matières se sont imposées comme nécessitant d'avantage d'implication des Etats dans l'incrimination. Le droit international se trouverait dans ce cas à la limite entre l'habilitation et l'obligation d'incrimination directe. Malgré la généralité des termes même du texte, la définition du crime ou sa sanction se précisent. Ces cas restent cependant mineurs, à l'image de la Convention de Mannheim (1.) ou d'autres domaines isolés. (2.)

1. L'exception de la Convention de Mannheim.

68. Il est apparu intéressant d'isoler des développements précédents la *Convention pour la navigation du Rhin*, car au milieu de textes peu contraignants, la Convention de Mannheim fait figure d'exception. En effet, celle-ci instaure un régime particulier (a.), dont découleront les premières traces d'obligation d'incrimination à destination des Etats. (b.)

a. Un régime particulier.

69. La *Convention de Mannheim pour la navigation du Rhin*, a été signée en 1868 par les États riverains fleuve.⁶⁸ Ce texte est d'une importance non négligeable puisqu'il fixe un régime commun de navigation et d'exploitation des eaux fluviales et établit des infractions fluviales. Ces infractions incriminées sont parmi les premières à l'avoir été en droit international et à demeurer, depuis lors, en l'état. Certes, il faut constater que ce genre d'infractions est « *sans commune mesure avec l'atrocité de certains crimes*

⁶⁸ En raison de la géopolitique de l'époque, la Convention a été signée entre la France, le Grand-duché de Bade, la Bavière, la Hesse, les Pays-Bas et la Prusse. Par succession d'Etats, l'Allemagne s'est substituée à la Bavière et aux grands duchés de Bade et de Hesse.

internationaux »⁶⁹, mais la Convention présentent l'intérêt d'être le premier texte international disposant d'incriminations directes, obligatoires pour les Etats signataires.⁷⁰

70. La Convention de Mannheim consacre tout d'abord, la liberté universelle de navigation pour les marchandises et les personnes sur le Rhin en internationalisant le fleuve.⁷¹ Elle se veut généraliste dans ses prescriptions en faisant de la liberté de navigation une égalité de traitement entre les bateaux battant pavillon de toutes les nations, liberté basée sur une exemption des droits et taxes basés sur le fait de la navigation et sur l'absence d'entraves, physiques ou administratives, à la navigation. Pour ce faire, une Commission centrale pour la navigation du Rhin est créée. Elle dispose de compétences extrêmement larges dans tous les domaines couverts par l'accord. Sa mission première est d'assurer, par voie réglementaire, le respect des principes de navigation. Les décisions de la Commission sont contraignantes pour les États signataires et doivent être transposées dans les législations nationales.

71. Sur cette base, la Commission a adopté un Règlement de police pour la navigation du Rhin, selon lequel la navigation fluviale est entièrement encadrée. Ce qui constitue pour certains auteurs « *un véritable code de la route fluviale* »⁷², règlemente de manière extrêmement large l'ensemble des aspects de la navigation fluviale, comme les exigences relatives au chargement des bateaux, aux signalisations, aux règles de stationnement ou bien encore à la protection environnementale des eaux du fleuve. Or, il faut s'accorder à reconnaître qu'un tel Règlement s'apparente à une véritable norme comportementale à destination des usagers et que sa bonne mise en œuvre peut être assurée par des sanctions. L'exception à la discrétionnarité de la souveraineté est confirmée puisqu'à la différence des Traités et Conventions de l'époque, celle de Mannheim impose aux Etats signataires de véritables sanctions. Certes le caractère pénal de la sanction est discutable mais l'incrimination et la perte de souveraineté sont, elles, bien réelles. Il y aura infraction, donc sanction, à chaque violation du droit conventionnel mais aussi du droit dérivé. La

⁶⁹ Latty (F.), Les infractions fluviales, in Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 521.

⁷⁰ Ce cas particulier mérite d'être souligné d'autant qu'il faut se situer en 1868, à une époque d'affirmation pleine et entière de la souveraineté étatique.

⁷¹ Article premier : « *la navigation du Rhin et de ses embouchures, depuis Bâle jusqu'à la pleine mer, soit en descendant, soit en remontant, sera libre aux navires de toutes les nations, pour le transport des marchandises et des personnes, à la condition de se conformer aux stipulations contenues dans la présente Convention, et aux mesures prescrites pour le maintien de la sécurité générale. Sauf ces règlements, il ne sera apporté aucun obstacle, quel qu'il soit à la libre navigation* »

⁷² Huet (A.), Koering-Joulin (R.), *Droit pénal international*, Puf, 2005, p. 48.

Convention vient fixer l'amplitude des sanctions, à charge pour les Etats de les répercuter en droit interne, sous le contrôle de la Commission du Rhin.

b. Premières traces d'obligation d'incrimination.

72. La Convention, dispose en son article 32 que

*« Les contraventions aux prescriptions de police en matière de navigation, établies pour le Rhin d'un commun accord par les Gouvernements des Etats riverains, seront punies d'une amende d'un montant correspondant au minimum à 3 et au maximum à 2500 Droits de tirage spéciaux sur le Fonds monétaire international convertis dans la monnaie nationale de l'Etat dont relève l'administration qui prononce la sanction ou la juridiction saisie ».*⁷³

73. Force est de constater que, dès sa version originelle, la Convention de Mannheim constitue le premier cas conventionnel prévoyant une infraction, son incrimination obligatoire ainsi que le quantum de sa sanction. Le régime de sanction des infractions à la Convention s'avère unique, en ce sens que le texte conventionnel vient explicitement et directement priver « *les Etats contractants de leur pouvoir de fixer les peines en les déterminant elles-mêmes* ». ⁷⁴ Pour la première fois, le droit international devient intrusif dans l'ordre pénal interne. En application de ceci, la Convention confère directement à certains tribunaux désignés une compétence pénale pour connaître des violations aux

⁷³ Convention du 20 novembre 1963 portant amendement à la Convention révisée pour la navigation du Rhin signée à Mannheim 17 octobre 1868. L'article 32 de la version de 1868 de la Convention était rédigé comme suit : « *Les contraventions aux prescriptions de police en matière de navigation, établies pour le Rhin d'un commun accord par les Gouvernements des Etats riverains, seront punies d'une amende de 10 à 300 francs* ». Les montants des amendes ont été modifiés à plusieurs reprises. La Convention du 20 novembre 1963 portant amendement de la Convention révisée du 17 octobre 1868 prévoit ainsi que « *A l'article 32 in fine les mots « trois cent francs » sont remplacés par les mots « six cent francs ors d'un poids de 10/31 de gramme au titre de 0,900 »* ». Le Protocole additionnel n° 3 du 17 octobre 1979 consacre l'abandon de la parité officiel de l'or au profit des Droits de tirage spéciaux. Enfin, le Protocole additionnel n° 6 du 21 octobre 1999 abandonne les droits de tirage spéciaux au profit de l'euro puisque l'article 32 est désormais rédigé comme suit : « *Les contraventions aux prescriptions de police en matière de navigation, établies pour le Rhin d'un commun accord par les gouvernements des Etats riverains, seront punies d'une amende d'un montant correspondant au maximum à 25.000 euros ou leur contre-valeur dans la monnaie nationale de l'Etat dont relève l'administration qui prononce la sanction ou la juridiction saisie* ».

⁷⁴ Huet (A.), Koering-Joulin (R.), op. cit, p. 49.

règlements prescrits⁷⁵, leur imposant le soin d'appliquer les sanctions de l'article 32.⁷⁶ Même si la Convention de Mannheim ne prescrit que des amendes et non des sanctions pénales, elle est la première illustration de l'érosion de la souveraineté pénale étatique, en tant que premier texte international à prévoir un commencement d'incrimination directe.

2. Des cas isolés d'incrimination directe.

74. Au-delà du régime ancien établi par la Convention de Mannheim, un commencement d'incrimination directe a vu le jour au travers de conventions, certes isolées, mais qui présentent comme nouveauté d'intégrer des dispositions répressives et de parler ce langage pénal jusque là inconnu. Les définitions des crimes deviennent précises et détaillées. Pourquoi un tel changement ? Ces textes illustrent la prise de conscience des Etats de devoir légiférer dans des domaines qui touchent à la survie de leurs intérêts propres, tant économiques que politiques. Il s'agit de la lutte contre le faux-monnayage (**a.**), le domaine récurrent de la lutte contre le trafic de drogue (**b.**) et nouveauté, de la lutte contre le terrorisme. (**c.**)

a. La Convention internationale pour la répression du faux-monnayage.

75. Le droit de battre monnaie est un droit exclusivement étatique. La monnaie reste pour l'Etat l'expression et le symbole de souveraineté, l'un des éléments de sa puissance publique. Mais « *la monnaie est devenue très tôt la cible privilégiée des malfaiteurs et plus*

⁷⁵ En ce sens, l'article 34 de la Convention dispose que « *Les tribunaux pour la navigation du Rhin seront compétents (...) en matière pénale pour instruire et juger toutes les contraventions aux prescriptions relatives à la navigation et à la police fluviale* ». En France, sont ainsi compétents le Tribunal d'instance de Strasbourg et la Cour d'appel de Colmar, en Allemagne, les tribunaux de Kehl, Mannheim, Diether von Isenburg, St Goar et Duisburg, avec appel à Karlsruhe et Koln, aux Pays-Bas, Arnhem, Utrecht, Dordrecht et Rotterdam, avec appel à Amsterdam, enfin en Suisse, première instance et appel ont lieu à Basel.

⁷⁶ Le régime de Mannheim a été repris à l'identique lorsqu'il s'est agi de réglementer la navigation sur la Moselle. En effet, le 27 octobre 1956 fut signée *une Convention au sujet de la canalisation de la Moselle* entre la France l'Allemagne et le Luxembourg, au terme de laquelle la liberté de navigation est consacrée (article 29), la société internationale de la Moselle ainsi que la Commission de la Moselle sont chargés de la bonne gestion du fleuve (articles 8 et 40), une compétence pénale a été confiée aux Tribunaux pour la navigation sur la Moselle (article 35). En ce qui concerne l'incrimination en elle-même et la prévision de la peine la Convention de Luxembourg effectue un simple renvoi à la Convention de Mannheim puisque les tribunaux compétents en l'espèce « *auront la même procédure que les tribunaux pour la navigation du Rhin telle qu'elle est définie par les articles 32 à 40 de la Convention révisée pour la navigation du Rhin* » (article 34.3).

récemment le domaine d'élection du grand banditisme international ». ⁷⁷ Afin de lutter efficacement contre le faux-monnayage et de protéger réciproquement les monnaies nationales, les Etats décident de conclure la *Convention internationale pour la répression du faux-monnayage* du 20 avril 1929. ⁷⁸ Ce texte se veut éminemment protecteur des monnaies en cours puisqu'il a trait aux monnaies métalliques, papiers, nationales ou étrangères. Pour cela, les Etats signataires reconnaissent le caractère utile, efficace et nécessaire des mesures prévues. Puisque « *l'acte de faux-monnayage porte en lui cette suspicion d'être un acte contraire au principe de la paix et de la sécurité de l'humanité* » ⁷⁹, la Convention érige en infraction les faits frauduleux de fabrication ou d'altération de monnaie, les actes préparatoires et la mise en circulation de fausse monnaie et la fabrication ou l'utilisation des moyens techniques de falsification de monnaie, que ces actes frauduleux aient été réalisés ou tentés. ⁸⁰ Le grand intérêt de l'incrimination de ces infractions réside dans le fait que l'incrimination s'apparente à un devoir universel, détaché des contingences étatiques. Les Etats s'engagent à protéger les monnaies, toutes les monnaies, dans la mesure où

« il ne doit pas être établi (...) de distinction entre les faits prévus (...) suivant qu'il s'agit d'une monnaie nationale ou d'une monnaie étrangère ». ⁸¹

76. Même si le texte conventionnel « *laisse intact le principe que les faits prévus à l'article 3 doivent dans chaque pays (...) être qualifiés, poursuivis et jugés, conformément aux règles générales de sa législation interne* » ⁸² toujours est-il que, la répression pénale est effective, puisque le texte contient une injonction de modification du droit national en étendant la protection de la monnaie aux monnaies étrangères. Une telle pratique

⁷⁷ Koering-Joulin (R.), Huet (A.), Conventions internationales répressives, *Jcl droit international*, Fasc. 406-10, p. 3.

⁷⁸ L'initiative de la Convention vient du gouvernement français. La France avait été victime en 1925, depuis la Hongrie, d'un vaste trafic de contrefaçon de sa monnaie.

⁷⁹ Djermoun (L.), Faux-monnayage, in Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), op. cit, p. 478.

⁸⁰ Article 3 de la *Convention internationale pour la répression du faux-monnayage* : « *Doivent être punis comme infractions de droit commun : 1. Tous les faits frauduleux de fabrication ou d'altération de monnaie, quel que soit le moyen employé pour produire le résultat; 2. La mise en circulation frauduleuse de fausse monnaie; 3. Les faits, dans le but de la mettre en circulation, d'introduire dans le pays ou de recevoir ou de se procurer de la fausse monnaie, sachant qu'elle est fausse; 4. Les tentatives de ces infractions et les faits de participation intentionnelle; 5. Les faits frauduleux de fabriquer, de recevoir ou de se procurer des instruments ou d'autres objets destinés par leur nature à la fabrication de fausse monnaie ou à l'altération des monnaies* ».

⁸¹ Ibid, article 5.

⁸² Ibid, article 18.

s'explique par la solidarité internationale puisque la question du faux-monnayage porte par nature atteinte aux intérêts fondamentaux des Etats.

b. La Convention pour la répression du trafic illicite de drogues nuisibles.

77. La *Convention pour la répression du trafic illicite de drogues nuisibles*, conclue le 26 juin 1936 sous l'égide de la Société des Nations, diffère, dans l'étendue des obligations étatiques, des conventions précitées. En effet, contrairement aux deux Conventions précédentes, un régime répressif est directement et explicitement mis en place. Le choix des termes évolue et intègre, explicitement, du langage pénal. Autre nouveauté, ce texte met l'accent sur l'élément intentionnel à prendre en considération dans la transposition du texte en droit interne. Ainsi,

« chacune des Hautes parties contractantes s'engage à édicter les dispositions législatives nécessaires pour punir sévèrement, et notamment de prison ou d'autres peines privatives de liberté, les faits suivants, à savoir :

a. La fabrication, la transformation, l'extraction, la préparation, la détention, l'offre, la mise en vente, la distribution, l'achat, la vente, la cession à quelque titre que ce soit, le courtage, l'envoi, l'expédition en transit, le transport, l'importation et l'exportation des stupéfiants contraires aux stipulations desdites Conventions ;

b. La participation intentionnelle aux faits visés dans cet article ;

c. L'association ou l'entente en vue de l'accomplissement d'un des faits visés ci-dessus ;

*d. Les tentatives et, dans les conditions prévues par la loi nationale, les actes préparatoires ».*⁸³

⁸³ Article 2 de la *Convention pour la répression du trafic illicite de drogues nuisibles*.

78. Outre le fait d'avoir pour ambition d'uniformiser le régime juridique de répression des stupéfiants, la Convention présente cet intérêt d'être, le premier texte répressif conventionnel à prescrire aux Etats de prévoir, exclusivement, pour les infractions visées, des peines de prison.⁸⁴ En effet, certainement eu égard à l'ampleur des trafics en cause, la référence à la législation pénale se veut plus précise. Dans les textes précédemment étudiés, seule la législation nationale devait être modifiée. En l'espèce, en plus de sa modification, s'ajoute ici une seconde condition, celle encourageant les Etats à prévoir, pour les crimes incriminés, des peines privatives de liberté.⁸⁵

c. La Convention pour la prévention et la répression du terrorisme.

79. Une place à part doit également être accordée à la *Convention pour la prévention et la répression du terrorisme* du 16 novembre 1937. Le 9 octobre 1934, Alexandre Ier, roi de Yougoslavie, et Louis Barthou, ministre des affaires étrangères, sont assassinés à Marseille. Lors de l'instruction, il s'est vite avéré que le crime commis n'était pas un acte isolé, mais bien organisé, en territoire hongrois, par des sujets yougoslaves réfugiés. Ce « *crime sensationnel provoquant une émotion universelle* »⁸⁶ fut à l'origine de la prise de conscience des Etats de mettre en place un système international efficace de lutte contre le terrorisme, puisque « *l'idée s'imposait qu'à cette manifestation de criminalité internationale l'accord et la coopération des Etats pouvaient seuls opposer une réplique efficace* ». ⁸⁷ En réponse à cela, la Société des Nations initia deux conventions internationales, l'une portant sur la *prévention et la répression du terrorisme*, l'autre portant création d'une *Cour pénale internationale*.

80. La *Convention sur la prévention et la répression du terrorisme* définit dès son article premier la notion de terrorisme international, à savoir

⁸⁴ La *Convention internationale relative à la protection des câbles sous-marins* de 1884, habilitait les Etats à prévoir des peines de prisons, mais leur laissait également le choix souverain de préférer les amendes.

⁸⁵ Ce texte constitue le premier exemple de prescription de peines privatives de liberté. Il ne s'agissait en l'espèce que d'une suggestion de grille de peine, en aucun cas une obligation d'adoption de peines spécifiques. Quoiqu'il en soit, cet exemple est resté isolé. Voir *supra*.

⁸⁶ Donnedieu de Vabres (H.), *La répression internationale du terrorisme. Les Conventions de Genève* (16 novembre 1937), *Revue de droit international et de législation comparée*, 1938, p. 37.

⁸⁷ *Ibid*, p. 38.

« des faits criminels dirigés contre un Etat et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez des personnalités déterminées, des groupes de personnes ou dans le public »,⁸⁸

et affirme l'obligation des Etats de réprimer les actes de terrorisme.⁸⁹ A cette fin, deux articles viennent incriminer la perpétration intentionnelle ou la simple préparation d'actes qualifiés de terrorisme, actes préalablement établis. Ainsi, l'article 2 dispose que :

« Chacune des hautes parties contractantes doit prévoir dans sa législation pénale, s'ils ne sont pas déjà prévus, les faits suivants commis sur son territoire, s'ils sont dirigés contre une Haute partie contractante et s'ils constituent des actes de terrorisme au sens de l'article premier.

- a. les faits intentionnels dirigés contre la vie, l'intégrité corporelle, la santé ou la liberté :*
 - 1. Des chefs d'Etat, des personnes exerçant les prérogatives du chef d'Etat, de leurs successeurs héréditaires ou désignés ;*
 - 2. Des conjoints des personnes ci-dessus énumérées ;*
 - 3. Des personnes revêtues des fonctions ou de charges publiques lorsque le dit fait a été commis en raison des fonctions ou charges que ces personnes exercent.*
- b. Le fait intentionnel consistant à détruire ou à endommager des biens publics ou destinés à un usage public qui appartiennent à une Haute partie contractante ou qui relèvent d'elle.*
- c. Le fait intentionnel de nature à mettre en péril des vies humaines par la création d'un danger commun.*
- d. La tentative de commettre les infractions prévues par les dispositions ci-dessus du présent article.*
- e. Le fait de fabriquer, de se procurer, de détenir ou de fournir des armes, munitions, produits explosifs ou substances*

⁸⁸ Article 1^{er} alinéa 2 de la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme.

⁸⁹ Article 1^{er} : *« les hautes parties contractantes, réaffirmant le principe du droit international d'après lequel il est du devoir de tout Etat de s'abstenir lui-même de tout fait destiné à favoriser les activités terroristes dirigées contre un autre Etat et d'empêcher les actes par lesquelles elles se manifestent, s'engagent à réprimer les activités de ce genre et à se prêter mutuellement leur concours ».*

nocives, en vue de l'exécution, en quelque pays que ce soit, d'une infraction prévue par le présent article. »

Et l'article 3 le complète en ce que :

« Chacune des Hautes parties contractantes doit également prévoir dans sa législation pénale les faits suivants, s'ils sont commis sur son territoire en vue d'actes de terrorisme visés à l'article 2, dirigés contre une Haute partie contractante, en quelque pays que ces actes doivent être exécutés :

1. L'association ou l'entente en vue de l'accomplissement de tels actes

2. L'instigation à de tels actes, lorsqu'elle a été suivie d'effet ;

3. L'instigation directe publique aux actes prévus par les numéros 1, 2 et 3 de l'article 2, qu'elle soit ou non suivie d'effet

4. La participation intentionnelle

5. Tout aide donnée sciemment en vue de l'accomplissement d'un tel acte ».

81. Ces deux articles constituent une réelle injonction faite aux Etats d'incriminer, ou de compléter leur droit pénal, pour ce qui concerne le terrorisme et ses éléments constitutifs. Deux indices viennent corroborer le fait que le régime se veut de plus en plus exigeant vis-à-vis des Etats. D'un côté, le renvoi à la législation pénale interne ne fait aucun doute quant à l'ampleur et à la nature des mesures étatiques à prendre, celles-ci devant relever du champ répressif en raison de la gravité des atteintes aux droits. D'un autre côté, les infractions à incriminer deviennent, en référence aux textes précédents, de plus en plus précises, laissant de ce fait aux Etats une marge de manœuvre de plus en plus restreinte quant à la définition nationale des infractions. La Convention ne se contente pas de définir le terrorisme et de laisser aux Etats le soin de préciser davantage le contenu de la notion, elle en énonce les caractéristiques et les éléments constitutifs. De plus, elle enjoint aux Etats, dans la lutte contre le terrorisme, de punir tous faits frauduleux relatifs à la

délivrance, la falsification ou la fabrication de passeports ou d'actes administratifs officiels permettant ou ayant permis de commettre les actes condamnés. A cet endroit, les Etats retrouvent une partie de leur liberté souveraine dans la mesure où la Convention prévoit uniquement une punition, sans pour autant en préciser la nature.⁹⁰ Cependant, la Convention ne fut jamais appliquée. Signée par 19 Etats, elle n'entra jamais en vigueur faute de ratifications suffisantes.

SECTION 2 : LA RECONNAISSANCE GRANDISSANTE D'UNE OBLIGATION D'INCRIMINATION.

82. La période suivant la seconde guerre mondiale est une période clef dans le développement du droit pénal international. En effet, les Etats ont pris conscience de la nécessité d'accroître le régime conventionnel existant, afin de prévenir la survenance de nouveaux crimes. Pour éviter la banalisation du crime et l'impunité, le droit international s'est impliqué de plus en plus dans l'incrimination, en posant de véritables règles pénales. (§ I.) Les obligations étatiques qui en découlent se font de plus en plus précises et contraignantes, transformant l'ampleur et le visage des obligations étatiques en matière d'incrimination. (§ II.)

§.I. Une implication grandissante du droit international dans l'obligation d'incrimination.

83. Afin de lutter contre une impunité grandissante, il est apparu essentiel de criminaliser des domaines qui jusqu'alors ne l'étaient pas, ou du moins pas suffisamment. En effet, la sauvegarde de la souveraineté des Etats pouvait empêcher la modification du paysage répressif international, et ne cantonnait l'incrimination qu'à certains crimes, les plus graves, ou les plus symptomatiques. La multiplication de ces crimes ou des atteintes à

⁹⁰ L'article 14 de la Convention dispose ainsi que « *Doivent être punis :*

- a) *tous les faits frauduleux de fabrication ou de falsification ou d'altération de passeports ou autres documents équivalents ;*
- b) *le fait d'introduire dans le pays, de se procurer ou de détenir de tels documents qui sont faux ou falsifiés, sachant qu'ils le sont ;*
- c) *le fait de se faire délivrer de tels documents sur déclarations ou pièces fausses ;*
- d) *l'usage fait sciemment de tels documents faux ou falsifiés ou établis à une autre identité que celle du porteur »*

des droits garantis a eu pour conséquence que le droit international s'est de plus en plus impliqué dans l'obligation d'incrimination, définissant davantage les crimes et leur régime juridique, consacrant ainsi une réelle légalité des délits et une incrimination directe. En conséquence un large éventail d'incriminations conventionnelles a vu le jour, transformant l'incrimination des crimes transnationaux (A.), mais aussi l'incrimination de certains crimes purement interne (B.), en une véritable obligation de plus en plus contraignante.

A. L'émergence d'un large éventail d'incriminations conventionnelles pour les crimes transnationaux.

84. Au sortir du second conflit mondial, il est vite apparu utile de refondre le régime conventionnel existant pour le rendre efficace, en assurant une répression effective de crimes de plus en plus nombreux. C'est la raison pour laquelle s'est progressivement mis en place un régime conventionnel imposant l'incrimination des crimes transnationaux (1.) ainsi que des nouvelles formes de criminalité. (2.)

1. L'incrimination des crimes transnationaux.

85. Le droit conventionnel s'est montré de plus en plus efficace afin d'incriminer un nombre sans cesse grandissant de crimes. La lutte contre l'impunité et la gravité du crime en cause sont devenues les éléments fédérateurs de l'incrimination conventionnelle, à l'image du régime instauré pour la répression des crimes de guerre (a.), ainsi que pour la répression du terrorisme. (b.)

a. L'obligation d'incrimination des crimes de guerre.

86. Incriminer de manière plus efficace et plus effective les crimes de guerre est apparu comme une nécessité au sortir du second conflit mondial. Les Conventions de Genève sont venues poser, pour les crimes de guerre, des incriminations spécifiques à destination des Etats. (α) Afin de ne pas se limiter à ces seuls crimes, le droit conventionnel a également incriminé les pratiques analogues aux crimes de guerre. (β)

a. L'incrimination de la violation des Conventions de Genève.

87. Les Conventions de Genève constituent l'aboutissement d'un processus d'incrimination et de définition des règles et coutumes de guerre. Les quatre Convention de Genève du 12 août 1949 s'inspirent des textes passés et viennent élargir le contenu et la définition de la notion de crime de guerre. En effet, « *il faudra attendre la fin de la seconde guerre mondiale pour voir le droit international s'emparer de l'incrimination de crime de guerre et substituer aux déterminations internes des Etats une définition internationale, préalable indispensable pour en assurer véritablement la répression* ». ⁹¹

L'article premier commun aux quatre Conventions stipule que,

« les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ».

88. Cet engagement étatique de faire respecter le droit international humanitaire est avant tout une règle coutumière ⁹², dégagée de l'obligation générale des Etats de respecter le droit international. ⁹³ A ce titre, l'engagement de faire respecter le droit humanitaire va se caractériser, à titre principal, par la prise de mesures pénales. En effet, les parties se trouvent, plus strictement que par le passé, engagées à édicter la législation nécessaire. La première Convention, portant *amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, est en ce sens révélatrice puisqu'elle pose les bases du système de répression des infractions à la Convention. En effet,

« les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions

⁹¹ Jurovics (Y.), Husson (L.), Crime de guerre, *Jcl droit international*, 3, 2004, Fasc 412, p. 2.

⁹² En tant que telle, le caractère coutumier de la règle de faire respecter le droit international humanitaire n'est pas conditionné au respect de la réciprocité. Voir notamment Henckaerts (J.M.), Doswald-Beck (L.), *Droit international humanitaire coutumier. Volume I : Règles*, Bruylant, CICR, 2006, pp. 655 et s.

⁹³ Ce principe est notamment confirmé par la Cour internationale de justice qui en dégage la valeur coutumière. C.I.J., A.C., 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec., 2004, §§ 158-160.

graves à la présente Convention définies à l'article suivant
».⁹⁴

89. La deuxième Convention, pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer⁹⁵, la troisième relative au traitement des prisonniers de guerre⁹⁶, la quatrième relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre⁹⁷ et le *Protocole additionnel n ° I du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*⁹⁸, énoncent la même obligation d'incrimination à la charge des Etats, dans des termes identiques. Est donc imposée aux Etats l'obligation d'adapter leur législation nationale pénale pour que, dès qu'un suspect, auteur principal ou ordonnateur, se trouve sur son territoire, celui-ci soit poursuivi devant les juridictions nationales compétentes. Comme l'a remarqué en son temps Jean Pictet dans ses commentaires des Conventions, les Parties contractantes se trouvent pleinement engagées à édicter la législation pénale nécessaire et adéquate, et ce afin d'éviter ces situations antérieures selon lesquelles « *dans le domaine pénal, les différents Etats étaient laissés entièrement libres de punir ou non les actes commis par les troupes ennemies (...) autrement dit, la répression dépendait uniquement de l'existence ou de la non existence des lois nationales réprimant les actes commis* ».⁹⁹ Pour cela, le régime de Genève effectue une distinction entre les infractions graves aux Conventions et les actes contraires aux Conventions. Les infractions graves¹⁰⁰ font l'objet d'une mise en jeu de la

⁹⁴ Article 49 alinéa 1 de la *Convention amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*.

⁹⁵ Article 50 de la *Convention, pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*.

⁹⁶ Article 129 de la *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre*.

⁹⁷ Article 146 de la *Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*.

⁹⁸ Article 85 du *Protocole additionnel n ° I du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*.

⁹⁹ Pictet (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : commentaire*, CICR, 1952, vol I, p. 395.

¹⁰⁰ Article 50 de la première Convention et 51 de la deuxième Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire. Article 130 de la troisième Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, le fait de contraindre un prisonnier de guerre à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de le priver de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention. Article 147 de la quatrième Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la

responsabilité pénale individuelle, tandis que les actes contraires ne sont pas soumis à répression pénale. Cette distinction entre « *infractions graves* » et « *actes contraires à la présente Convention* » entraîne qu'il revient souverainement aux Etats, selon les cas, soit de prendre les mesures législatives nécessaires, soit toute autre mesure adéquate pour faire cesser tout type de violation de la Convention. En fait de quoi, la répression est exclusivement nationale.

90. Respecter et faire respecter le droit humanitaire a pour conséquence une obligation de rendre le droit interne conforme au droit humanitaire et à ses prescriptions incriminantes, par recours au droit pénal. Le fait d'obliger les Etats à incriminer les comportements dénoncés constitue une avancée non négligeable. En ratifiant la Convention, chaque partie a l'obligation d'incorporer à sa législation, pour chaque comportement ainsi incriminé, une sanction pénale particulière. Ne prévoir que partiellement des sanctions reviendrait à violer la Convention, tout en ne tenant pas compte de ses buts et objets. C'est ainsi que la doctrine a vu en ce processus une sorte de nationalisation du droit humanitaire et de l'obligation d'incrimination.¹⁰¹

β. L'incrimination des pratiques analogues aux crimes de guerre.

91. Sur un modèle similaire, sont incriminées des pratiques qui peuvent être associées à des crimes de guerre. La *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* du 14 mai 1954, dispose en matière d'incrimination, d'une manière identique aux quatre Conventions de Genève, que,

« les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre, dans le cadre de leur système de droit pénal, toutes mesures nécessaires pour que soient recherchées et frappées de sanctions pénales ou disciplinaires les personnes, quelle que

présente Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.

¹⁰¹ Condorelli (L.), Boisson de Chazournes (L.), Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire « en toutes circonstances », in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Swinarski (C.), sous la direction de..., Genève-La Haye, CICR-Martinus Nijhoff, 1984, p. 25.

*soit leur nationalité, qui ont commis ou donné l'ordre de commettre une infraction à la présente Convention ».*¹⁰²

92. Au vu des dégâts culturels que peuvent entraîner les conflits armés, une telle disposition semble fort peu contraignante, puisqu'elle autorise les Etats à prévoir d'éventuelles sanctions pénales toute autre mesure disciplinaire. Pour tenter de pallier cette problématique un *Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* a été adopté le 26 mars 1999. Celui-ci se veut plus intrusif dans les obligations étatiques, dans la mesure où il retient la nécessité d'améliorer la protection des biens culturels en cas de conflit armé, en élargissant le champ d'application de la Convention à de nouvelles infractions et en imposant une obligation explicite d'incrimination à la charge des Etats signataires.¹⁰³ Ainsi, l'article 15 alinéa 2 dispose-t-il que,

« chaque Partie adopte les mesures qui pourraient être nécessaires pour incriminer dans son droit interne les infractions visées au présent article et réprimer de telles infractions par des peines appropriées. Ce faisant, les Parties se conforment aux principes généraux du droit et au droit international, notamment aux règles qui étendent la responsabilité pénale individuelle à des personnes autres que les auteurs directs de l'acte ».

93. A classer dans les pratiques analogues au crime de guerre, le mercenariat a lui aussi fait l'objet d'incriminations conventionnelles. La première trace d'incrimination, répondant en ceci aux vœux des Nations Unies¹⁰⁴, se retrouve dans la *Convention de l'OUA sur*

¹⁰² Il convient de noter que le Pacte Roerich, *Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques*, du 15 avril 1935, est totalement muet quant à une éventuelle obligation d'incrimination des atteintes au patrimoine culturel en temps de guerre. Tout au plus contient-il un article premier engageant les Etats à protéger en tout temps «*Les monuments historiques, les musées, les institutions dédiées aux sciences, aux arts, à l'éducation, et à la culture* ».

¹⁰³ Sont ainsi considérés comme infractions graves à la Convention les faits suivants: «*faire d'un bien culturel sous protection renforcée l'objet d'une attaque, utiliser un bien culturel sous protection renforcée ou ses abords immédiats à l'appui d'une action militaire, détruire ou s'approprier sur une grande échelle des biens culturels protégés par la Convention et le présent Protocole, faire d'un bien culturel couvert par la Convention et le présent Protocole l'objet d'une attaque, le vol, le pillage ou le détournement de biens culturels protégés par la Convention, et les actes de vandalisme dirigés contre des biens culturels protégés par la Convention* », article 15.1

¹⁰⁴ L'Assemblée générale se prononça à ce propos. Dans la Résolution 2645 (XXIII) du 20 décembre 1968, *Application de la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, les mercenaires sont déclarés criminels hors-la-loi, dans la Résolution 3103 (XXVIII) du 17 décembre 1973,

l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1977. D'une rédaction assez inhabituelle, l'article 7 dispose que,

« tout Etat contractant s'engage à punir de la peine la plus sévère prévue dans sa législation, l'infraction définie à l'article 1^{er} de la présente Convention, la peine applicable pouvant aller jusqu'à la peine capitale ».

94. Parler de rédaction inhabituelle, voire surprenante n'est pas fortuit. En effet, la souveraineté des Etats signataires semble largement atteinte dans la mesure où, à l'incrimination interne doit répondre la sanction pénale la plus élevée de l'ordre étatique. De même n'est-il pas surprenant que la Convention vienne habiliter les Etats à recourir à la peine capitale dans la mesure où un vaste mouvement abolitionniste se faisait déjà entendre ? L'Afrique étant considérée comme le terrain de prédilection des mercenaires, il n'est pas étonnant que l'Organisation de l'Unité Africaine vienne à ce point brider la souveraineté nationale. Or obliger les Etats à incriminer de la manière la plus sévère ne permettrait-il pas de sauvegarder leur propre stabilité politique ? En écho à cette convention régionale, a été adoptée le 4 décembre 1989 la *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires* qui incrimine également le mercenariat mais qui est d'emblée beaucoup moins exigeante que la Convention de 1977 en matière d'incrimination. Ainsi, l'article 5. 2 dispose que les Etats :

« répriment les infractions définies dans la présente Convention par des peines appropriées qui prennent en considération la nature grave de ces infractions ».

95. Il n'empêche que les Etats demeurent soumis à une réelle obligation d'incrimination, à partir du moment où *« l'engagement des Etats à interdire les activités de recrutement, financement ou instruction du mercenariat ne semble pas nécessaire dans une Convention qui prévoit la forme la plus sévère d'interdiction, qui est implicite dans le fait que ces activités sont considérées comme des infractions pénales »*.¹⁰⁵

Principes de base concernant le statut juridique des combattants qui luttent contre la domination coloniale et étrangère et les régimes racistes, l'emploi de mercenaires contre les mouvements de libération est un acte criminel, les mercenaires devant d'ailleurs être punis comme criminels,

¹⁰⁵ Treves (T.), *La Convention de 1989 sur les mercenaires*, A.F.D.I., 1990, p. 531.

b. L'obligation d'incrimination du terrorisme.

96. « A l'instar de la piraterie depuis les temps anciens, le terrorisme mériterait d'être qualifié de crime international au regard du trouble certain qu'il cause à l'ordre social international ». ¹⁰⁶ La difficulté de s'entendre sur une définition unique et unanime du terrorisme international a eu pour conséquence une multiplication des textes conventionnels. Or, l'étude de ceux-ci fait apparaître deux types de textes, porteurs de deux catégories divergentes d'obligation. D'un côté, les Conventions universelles privilégient une approche sectorielle de l'obligation d'incrimination, (α) tandis que les Conventions régionales privilégient, pour certaines, une approche générale de l'incrimination du terrorisme. (β)

a. Une approche sectorielle de l'obligation d'incrimination du terrorisme : le cas des Conventions universelles.

97. La Convention de 1937 présentait l'avantage d'être le premier texte universel portant prévention et répression du terrorisme international. A cet effet, une définition de la notion de terrorisme avait été posée et elle était supposée obtenir l'acquiescement de l'ensemble de la communauté internationale. Or, souveraineté et volontarisme firent avorter la première tentative de définition et d'incrimination du terrorisme international. Le terrorisme international fait partie de ces notions obscures qui souffrent d'un défaut de définition, la communauté internationale n'étant pas en mesure de s'accorder sur le sens à donner à cette notion, ainsi que sur les éléments constitutifs du terrorisme. ¹⁰⁷ C'est la raison pour laquelle, au plan universel, aucune convention générale sur le terrorisme international n'existe. A une approche générale a été préférée une approche sectorielle, et discutée, ¹⁰⁸ incriminant non pas le terrorisme en tant que tel, mais des pratiques terroristes

¹⁰⁶ Martin (J.C.), *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, CERIC, 2006, p. 112.

¹⁰⁷ Nombreux sont les auteurs qui ont proposé une définition générale du terrorisme international. Il est possible de retenir notamment celle de Eric David, *Le terrorisme en droit international*, in *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*, Bruxelles, ULB, 1974, pp. 109 et s. Celle d'André Beirlaen in *Considérations sur la prévention et la répression du terrorisme*, R.S.C, 1978, pp. 826 et s. La définition proposée par Gilbert Guillaume dans son cours à l'Académie de la Haye semble faire l'unanimité et sera largement reprise comme référence. Selon lui, « le terrorisme implique l'usage de la violence dans des conditions de nature à porter atteinte à la vie des personnes ou à leur intégrité physique dans le cadre d'une entreprise ayant pour but de provoquer la terreur en vue de parvenir à certaines fins », Guillaume (G.), *Terrorisme et droit international*, R.C.A.D.I, 1989, vol 215, p 306.

¹⁰⁸ Pour certains, cette approche est même trop fragmentée. Voir, Schrijver (N.J.), *Responding to international terrorism : moving the frontiers of international law for "enuring freedom"?*, N.I.L.R, 2001, p.

bien particulières, au demeurant, en constante évolution.¹⁰⁹ Quant à l'obligation elle-même d'incrimination elle se caractérise par un manque flagrant d'uniformité d'un texte à l'autre.

98. Le premier texte international ayant pris en compte un aspect spécifique du terrorisme a été la *Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, signée à Tokyo le 14 septembre 1963. Or, aucune disposition de la Convention ne concerne explicitement une quelconque obligation d'incrimination à destination des Etats. Tout au plus, la seule référence éventuellement incriminatoire se trouverait dans l'article premier selon lequel

« la présente Convention s'applique aux infractions aux lois pénales ».

99. L'obligation d'incrimination d'actes précis de terrorisme fait une apparition timide dans la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs* de la Haye, du 16 décembre 1970. Timide en ce sens que « tout Etat contractant s'engage à réprimer l'infraction de peines sévères »¹¹⁰ mais réelle, en ce sens que les actes en cause sont explicitement élevés au rang d'infraction pénale.¹¹¹ Dans cette optique, la doctrine a estimé que, « disposer (...) que la capture illicite d'aéronefs serait sanctionnée de peines privatives de liberté était exclure l'application de la peine capitale, à laquelle se réfèrent certaines lois nationales telle la loi américaine ».¹¹² La *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile* du 23 septembre 1971 est bâtie sur le même modèle, dès lors que « tout Etat contractant s'engage à réprimer de peines sévères les infractions énumérées à l'article 1^{er} ».¹¹³ Cette incrimination se réfère à la

275. D'autres ont jugé que le manque de définition générale ne posait pas en soit de problème. Pareille définition serait dangereuse car « une définition juridique vague ouvrirait la porte à la possibilité d'incriminations peu respectueuses des droits de la personne », Laborde (J.P.), Une nouvelle Convention internationale contre le terrorisme : la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *R.I.D.P.*, 2005, p. 448.

¹⁰⁹ Ce qui a fait dire à Henri Labayle que « le traitement juridique du terrorisme reflète le désarroi d'un milieu désesparé par une criminalité imprévisible, aux techniques originales », in Labayle (H.), *Droit international et lutte contre le terrorisme*, *A.F.D.I.*, 1986, p. 110.

¹¹⁰ Article 2 de la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*.

¹¹¹ Article 1^{er} : « Commet une infraction pénale toute personne qui, à bord d'un aéronef en vol, a) illicitement et par violence ou menace de violence s'empare de cet aéronef ou en exerce le contrôle, ou tente de commettre l'un de ces actes, ou b) est le complice d'une personne qui commet ou tente de commettre l'un de ces actes ».

¹¹² Voir en cela Guillaume (G.), La Convention de la Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, *A.F.D.I.*, 1970, p. 46. A l'heure actuelle, les Etats-Unis maintiennent la peine de mort, notamment pour ce sujet brûlant qu'est l'infraction de terrorisme, exacerbé notamment depuis les attentats de New York du 11 septembre 2001.

¹¹³ Article 3 de la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*.

législation pénale des Etats signataires puisque les infractions en cause sont considérées comme des infractions pénales.¹¹⁴ La doctrine a considéré que « *par fétichisme pour la Convention de la Haye* »¹¹⁵, les rédacteurs de la Convention de Montréal ont largement calqué le modèle antérieur. Certes, l'obligation d'incrimination en tant que telle s'avère identique dans sa rédaction, mais à la différence de la Convention de la Haye, le régime de Montréal se veut plus intrusif dans la souveraineté pénale des Etats en érigeant un éventail d'infractions beaucoup plus large.

100. La *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* du 9 décembre 1999, est, à l'heure actuelle, la Convention de lutte contre le terrorisme, en vigueur, la plus poussée. En effet, « *la Convention de 1999 met (...) en place un régime d'incrimination de l'acte de financement, puni comme tel et de façon autonome, et non comme l'accessoire d'un acte de terrorisme* ».¹¹⁶ Dans cet état d'esprit, la Convention oblige les États parties à adopter des lois nationales criminalisant les activités servant à recueillir des fonds pour des activités terroristes. Selon le modèle de la Convention de 1997,

« Chaque Etat partie prend les mesures qui peuvent être nécessaires pour :

a) Eriger en infractions pénales au regard de son droit interne les infractions visées à l'article 2 ;

¹¹⁴ Les infractions de l'article 1^{er} étant « *Commet une infraction pénale toute personne qui illicitement et intentionnellement:*

(a) accomplit un acte de violence à l'encontre d'une personne se trouvant à bord d'un aéronef en vol, si cet acte est de nature à compromettre la sécurité de cet aéronef;

(b) détruit un aéronef en service ou cause à un tel aéronef des dommages qui le rendent inapte au vol ou qui sont de nature à compromettre sa sécurité en vol;

(c) place ou fait placer sur un aéronef en service, par quelque moyen que ce soit, un dispositif ou des substances propres à détruire ledit aéronef ou à lui causer des dommages qui le rendent inapte au vol ou qui sont de nature à compromettre sa sécurité en vol;

(d) détruit ou endommage des installations ou services de navigation aérienne ou en perturbe le fonctionnement, si l'un de ces actes est de nature à compromettre la sécurité d'aéronefs en vol;

(e) communique une information qu'elle sait être fautive et, de ce fait, compromet la sécurité d'un aéronef en vol ».

¹¹⁵ Mankiewicz (R.H.), *La Convention de Montréal (1971) pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, A.F.D.I., 1971, p. 863.

¹¹⁶ Banifatemi (Y.), *La lutte contre le financement du terrorisme international*, A.F.D.I., 2002, p. 118.

b) *Punir ces infractions de peines appropriées compte tenu de leur gravité* ». ¹¹⁷

101. Outre l'incrimination, la Convention impose aux Etats d'adopter des mesures complémentaires qui peuvent être de nature pénale. Deux types de mesures sont envisagés par le texte. Ainsi, en liaison directe avec l'incrimination, les Etats ont d'abord l'obligation de prendre en droit interne les mesures nécessaires afin d'établir la responsabilité des personnes morales concernées et de prévoir à cet effet les sanctions adéquates. ¹¹⁸ Ensuite, les Etats, en accord avec leurs procédures nationales adéquates, doivent adopter des mesures spécifiques d'identification, de détection, de gel ou de saisie des avoirs qui seraient en cause dans le financement du terrorisme. ¹¹⁹ Pourquoi tant de précision ? Car l'argent est le nerf du terrorisme et que tarir la source permettrait d'empêcher la commission d'actes terroristes. Dans cette optique, les législations internes adoptées s'adresseront en priorité aux établissements bancaires « *car ils sont à un moment ou à un autre une étape à peu près incontournable des circuits* » ¹²⁰ de financement.

102. Le dernier texte conventionnel de lutte contre le terrorisme à avoir été adopté est la *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*. ¹²¹ Ce nouveau texte a pour ambition de lutter contre la forme la plus dangereuse de terrorisme et de combler les lacunes de la *Convention sur la protection physique des matières nucléaires* du 26 octobre 1979 qui ne protégeait que le matériel nucléaire contre les attaques terroristes lors de transports internationaux. A l'inverse, le nouveau texte s'intéresse à l'utilisation de ce matériel nucléaire comme arme terroriste. En effet, de manière extrêmement détaillée, le terrorisme nucléaire est défini. ¹²² Selon un modèle qui devrait

¹¹⁷ Article 4 de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*.

¹¹⁸ Article 5 de la Convention. Cette disposition prévoit que la responsabilité des personnes morales peut être, à la discrétion de l'Etat, pénale, civile ou administrative, de même que les sanctions envisagées peuvent être pénales, civiles ou administratives.

¹¹⁹ Article 8: «1. *Chaque Etat partie adopte, conformément aux principes de son droit interne, les mesures nécessaires à l'identification, à la détection, au gel ou à la saisie de tous fonds utilisés ou destinés à être utilisés pour commettre les infractions visées à l'article 2, ainsi que du produit de ces infractions, aux fins de confiscation éventuelle.*

2. *Chaque Etat partie adopte, conformément aux principes de son droit interne, les mesures nécessaires à la confiscation des fonds utilisés ou destinés à être utilisés pour la commission des infractions visées à l'article 2, ainsi que du produit de ces infractions.* »

¹²⁰ Chappex (J.), *La lutte internationale contre le blanchiment des capitaux d'origine illicite et le financement du terrorisme*, A.F.D.I., 2003, p. 550 (542-562).

¹²¹ Résolution 59/290 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 avril 2005, *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*.

¹²² Article 2 : « 1. *Commets une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, illicitement et intentionnellement :*

devenir récurrent, l'obligation d'incrimination se présente identiquement à celle de la Convention de 1999, puisque :

«Chaque État Partie prend les mesures qui peuvent être nécessaires pour :

a) Ériger en infraction pénale au regard de sa législation nationale les infractions visées à l'article 2 de la présente Convention ;

*b) Réprimer lesdites infractions par des peines tenant dûment compte de leur gravité ».*¹²³

β. Une approche générale de l'obligation d'incrimination du terrorisme : le cas des Conventions régionales.

103. A l'image de la Convention de 1937, les Conventions régionales de prévention et de répression du terrorisme sont des Conventions généralistes, c'est-à-dire des textes qui portent sur l'acte terroriste en tant que tel, et non pas sur des comportements spécifiques. Ceci s'explique par le fait que les textes régionaux sont issus d'un ordre intégré, plus restreint par définition, dans lequel coexistent des traditions et des conceptions juridiques similaires, du moins très proches. Cependant, les approches de la notion de terrorisme sont assez divergentes car soit le texte se contentera de reprendre, en les citant, les textes internationaux antérieurs, soit en plus, il proposera une définition autonome du terrorisme.

a) Détient des matières radioactives, fabrique ou détient un engin :

i) Dans l'intention d'entraîner la mort d'une personne ou de lui causer des dommages corporels graves ; ou

ii) Dans l'intention de causer des dégâts substantiels à des biens ou à l'environnement ;

b) Emploie de quelque manière que ce soit des matières ou engins radioactifs, ou utilise ou endommage une installation nucléaire de façon à libérer ou risquer de libérer des matières radioactives :

i) Dans l'intention d'entraîner la mort d'une personne ou de lui causer des dommages corporels graves ; ou

ii) Dans l'intention de causer des dégâts substantiels à des biens ou à l'environnement ; ou

iii) Dans l'intention de contraindre une personne physique ou morale, une organisation internationale ou un gouvernement à accomplir un acte ou à s'en abstenir.

2. Commet également une infraction quiconque :

a) Menace, dans des circonstances qui rendent la menace crédible, de commettre une infraction visée à l'alinéa b du paragraphe 1 du présent article ; ou

b) Exige illicitement et intentionnellement la remise de matières ou engins radioactifs ou d'installations nucléaires en recourant à la menace, dans des circonstances qui la rendent crédible, ou à l'emploi de la force.

3. Commet également une infraction quiconque tente de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent article ».

¹²³ Ibid, article 5.

104. Concernant la première catégorie, la norme de référence en la matière demeure la *Convention européenne pour la répression du terrorisme* du 27 janvier 1977. Son article premier effectue un renvoi à la Convention de la Haye du 16 décembre 1970, à la Convention de Montréal du 23 septembre 1971 et à la Convention de 1973 sur les personnes protégées. Le texte européen se réfère aux définitions retenues par les textes antérieurs et se contente de prévoir des procédures de coopération et d'extradition. Aucune règle explicite n'est posée quant à l'obligation d'incrimination, encore moins quant à une définition autonome du terrorisme. Ce schéma se retrouve ainsi dans la *Convention régionale pour la répression du terrorisme* du 4 novembre 1987 de l'Association sud asiatique de coopération régionale¹²⁴ ou bien encore dans la *Convention interaméricaine contre le terrorisme* du 4 mai 2002.

105. En revanche, seconde catégorie, certains textes régionaux de lutte contre le terrorisme, présentent l'avantage, de se référer aux textes internationaux existants, mais aussi de contenir une réelle définition du terrorisme. Ainsi, la *Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme* du 14 juillet 1999, se révèle être assez précise et complète dans ses prescriptions. La première innovation est de proposer une définition autonome et complète de la notion d'actes terroristes.¹²⁵ Grande avancée en matière de terrorisme international cette définition générale se réfère aux atteintes aux droits fondamentaux des États, mais aussi des individus. En conséquence, une obligation explicite d'incrimination est instaurée, selon laquelle,

« les États Parties s'engagent à réviser leur législation nationale et à établir comme crimes les actes terroristes tels

¹²⁴ SAARC *Regional convention on suppression of terrorism*.

¹²⁵ Article 1^{er}: « Est Acte terroriste:

a) tout acte ou menace d'acte en violation des lois pénales de l'État Partie susceptible de mettre en danger la vie, l'intégrité physique, les libertés d'une personne ou d'un groupe de personnes, qui occasionne ou peut occasionner des dommages aux biens privés ou publics, aux ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel, et commis dans l'intention :

(i) d'intimider, provoquer une situation de terreur, forcer, exercer des pressions ou amener tout gouvernement, organisme, institution, population ou groupe de celle-ci, d'engager toute initiative ou de s'en abstenir, d'adopter, de renoncer à une position particulière ou d'agir selon certains principes ; ou

(ii) de perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des populations ;

(iii) de créer une insurrection générale dans un État Partie.

(b) Toute promotion, financement, contribution, ordre, aide, incitation, encouragement, tentative, menace, conspiration, organisation ou équipement de toute personne avec l'intention de commettre tout acte mentionné au paragraphe a (i) à (iii). »

*que définis dans la présente Convention et pénaliser ses actes en tenant compte de leur gravité ».*¹²⁶

106. Le *Protocole à la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme* du 8 juillet 2004 va encore plus loin dans la précision des obligations, dans la mesure où il invite les Etats parties à « *mettre intégralement en œuvre les dispositions de la Convention* »¹²⁷, y compris en accentuant l'obligation d'incrimination, puisqu'il revient aux Etats de

*« prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les droits fondamentaux de leurs populations contre tous les actes terroristes ».*¹²⁸

107. Dans une moindre mesure, les autres textes régionaux n'abordent pas la question de l'incrimination, mais n'en prévoient pas moins pour autant une réelle définition du terrorisme. Ce schéma se retrouve ainsi dans la *Convention arabe pour la lutte contre le terrorisme* du 22 avril 1998, dans le *Traité sur la coopération dans la lutte contre le terrorisme entre États membres de la Communauté des États indépendants* du 4 juin 1999, dans la *Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme* du 1^{er} juillet 1999 et enfin dans la *Convention de Shanghai pour la lutte contre le terrorisme, le séparatisme et l'extrémisme* conclue le 15 juin 2001, sous l'égide de l'Organisation de coopération de Shanghai.

108. Il apparaît donc qu'aucun schéma directeur ne se soit imposé réellement. Il faut cependant noter que les Conventions régionales proposant une définition du terrorisme ont réussi à transcender les réticences souveraines, dans la mesure où la lutte contre le terrorisme ne doit pas passer uniquement que par de la stricte coopération, mais surtout par une réelle incrimination.

¹²⁶ Ibid, article 2. a).

¹²⁷ Article 3.1 du *Protocole à la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme*.

¹²⁸ Article 3.1 a). Il est évident que pour plus d'efficacité ces mesures pour protéger les droits fondamentaux des individus peuvent être principalement des mesures d'ordre pénal.

2. L'incrimination des nouvelles formes de criminalité.

109. En prenant en compte les nouvelles formes de criminalité, le droit international fait preuve de modernisme. Il ne constitue pas une matière figée. Criminaliser de nouveaux domaines est apparu nécessaire, dans la mesure où des pans entiers étaient ignorés du droit international pénal, favorisant ainsi l'impunité des criminels. Les exemples les plus symptomatiques de cette nouvelle criminalisation se retrouvent dans la lutte contre la criminalité organisée (a.), ainsi que dans la pénalisation de la criminalité financière. (b.)

a. L'incrimination de la criminalité organisée.

110. L'incrimination de la criminalité organisée fait référence au souci de la communauté internationale d'éradiquer les pratiques mafieuses et toute activité similaire. Une telle incrimination s'est rapidement avérée nécessaire en raison du développement croissant et rapide des échanges internationaux, lié au phénomène de mondialisation. Conclure une *Convention sur la criminalité transnationale organisée* à Palerme relevait de la gageure. Les Nations Unies ont symboliquement choisi la ville emblème de la Mafia pour consacrer la lutte mondiale contre la criminalité organisée. Dès le milieu des années 1990, les Nations Unies ont lancé ce projet de pénaliser universellement la criminalité organisée, afin d'éradiquer blanchiment d'argent et pratiques mafieuses. Par une Résolution du 15 novembre 2000, l'Assemblée générale a adopté, à l'unanimité, la *Convention contre la criminalité transnationale organisée* et deux Protocoles, l'un contre la traite des êtres humains, l'autre contre le trafic de migrants par terre, air et mer.¹²⁹ Le 31 mai 2001 est adopté par l'Assemblée générale le Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu.¹³⁰

111. La Convention du 15 décembre 2000, se présente comme « *une réponse universelle à un phénomène criminel global* ». ¹³¹ En effet, signé par 124 Etats, ce texte a pour ambition de s'attaquer à « *un type précis de criminels qui commettent sciemment des*

¹²⁹ Assemblée générale, 55/25 du 15 novembre 2000, Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée.

¹³⁰ Assemblée générale, 55/255 du 31 mai 2001, Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

¹³¹ Laborde (J.P.), *Etat de droit et crime organisé*, Dalloz, 2005, p. 147. Voir aussi Leonetti (A.J.), *Chronique des faits internationaux, R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 171-174.

infractions à caractère transfrontalier et qui ont un certain degré d'organisation ». ¹³² En matière d'incrimination, le champ d'application de la Convention est étendu, en ce qu'elle oblige les Etats à incriminer quatre grandes infractions que sont la participation à un groupe criminel organisé, le blanchiment du produit du crime, la corruption et l'entrave au bon fonctionnement de la justice. Mais cette obligation d'incrimination n'est pas énoncée de manière générale, elle l'est à chaque fois, spécifiquement, pour chaque infraction, en référence aux pratiques nationales pertinentes en la matière. L'article 5 incrimine la participation à un groupe criminel organisé ¹³³, l'article 6 l'infraction de blanchiment ¹³⁴, l'article 8 la corruption ¹³⁵ enfin l'article 23 l'entrave au bon fonctionnement de la

¹³² Ibid.

¹³³ Article 5 : « 1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque commis intentionnellement:

a) À l'un ou l'autre des actes suivants ou aux deux, en tant qu'infractions pénales distinctes de celles impliquant une tentative d'activité criminelle ou sa consommation:

i) Au fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel et, lorsque le droit interne l'exige, impliquant un acte commis par un des participants en vertu de cette entente ou impliquant un groupe criminel organisé;

ii) À la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé soit de son intention de commettre les infractions en question:

a. Aux activités criminelles du groupe criminel organisé;

b. À d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné;

b) Au fait d'organiser, de diriger, de faciliter, d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé. ».

¹³⁴ Article 6 « 1. Chaque État Partie adopte, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement:

a) i) À la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils sont le produit du crime, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;

ii) À la dissimulation ou au déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils sont le produit du crime;

b) et, sous réserve des concepts fondamentaux de son système juridique:

i) À l'acquisition, à la détention ou à l'utilisation de biens dont celui qui les acquiert, les détient ou les utilise sait, au moment où il les reçoit, qu'ils sont le produit du crime;

ii) À la participation à l'une des infractions établies conformément au présent article ou à toute autre association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission. »

¹³⁵ Article 8 « 1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement:

a) Au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles;

b) Au fait pour un agent public de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles.

2. Chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale aux actes visés au paragraphe 1 du présent article impliquant un agent public étranger ou un fonctionnaire international. De même, chaque État Partie envisage de conférer le caractère d'infraction pénale à d'autres formes de corruption.

justice.¹³⁶ Entrent ainsi dans la notion de criminalité organisée une multitude de comportements, dont le regroupement en un seul texte favorisera la répression.

112. Les protocoles additionnels à la Convention de Palerme sont également porteurs d'une certaine obligation d'incrimination étatique, en venant criminaliser des comportements précis qui ne le sont pas dans la Convention principale, trop générale. Ainsi, le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, pose, pour la première fois, une définition universelle et pénale de la traite des personnes.¹³⁷ Pour cela, un article spécialement intitulé « *incrimination* » est prévu. Selon cet article 5,

« chaque Etat partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale aux actes énoncés à l'article 3 du présent Protocole, lorsqu'ils ont été commis intentionnellement ».

113. Le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer* vient sanctionner les trafiquants et non les migrants. Pour cela une définition générale et détaillée du trafic illicite est posée, accompagnée d'une obligation d'incrimination à la

3. Chaque État Partie adopte également les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale au fait de se rendre complice d'une infraction établie conformément au présent article.

4. Aux fins du paragraphe 1 du présent article et de l'article 9 de la présente Convention, le terme "agent public" désigne un agent public ou une personne assurant un service public, tel que ce terme est défini dans le droit interne et appliqué dans le droit pénal de l'État Partie où la personne en question exerce cette fonction ».

¹³⁶Article 23 « Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres qui sont nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement:

a) Au fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation ou de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage indu pour obtenir un faux témoignage ou empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve dans une procédure en rapport avec la commission d'infractions visées par la présente Convention;

b) Au fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation pour empêcher un agent de la justice ou un agent des services de détection et de répression d'exercer les devoirs de leur charge lors de la commission d'infractions visées par la présente Convention. Rien dans le présent alinéa ne porte atteinte au droit des États Parties de disposer d'une législation destinée à protéger d'autres catégories d'agents publics. »

¹³⁷ Article 3 a) « L'expression "traite des personnes" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes ».

charge des Etats.¹³⁸ Le *Protocole contre la fabrication et le trafic illicite d'armes à feu, de leur pièces, éléments et munitions* qui a pour ambition de frapper à la fois les réseaux terroristes et les groupes criminels organisés est bâti comme les deux textes précédents.¹³⁹

b. La criminalité financière : l'exemple de la lutte internationale contre la corruption.

114. La corruption est le meilleur moyen « *de compromettre le développement économique et la stabilité des institutions démocratiques, en menaçant les valeurs fondamentales que sont les garanties d'une concurrence libre mais équitable, l'égalité entre les entreprises et la prééminence du droit* ». ¹⁴⁰ S'inspirant directement de la Convention de Palerme, sans définir la notion même de corruption, la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 est extrêmement complète quant à l'obligation des Etats en matière d'incrimination. Elle tend à développer des normes communes en ce qui concerne certaines infractions de corruption. En effet, elle précise dès son préambule que les Etats ont pour mission de prévenir et d'éradiquer la corruption. Pour cela, tout un Chapitre du texte est consacré à « *l'incrimination, la détection et la répression* » et impose aux Etats parties d'adopter « *les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale* » à toute une longue série d'actes précis, couvrant aussi bien la participation, l'exécution ou la simple tentative. Ainsi, doivent obligatoirement être incriminés et sanctionnés en droit interne les comportements suivants : la corruption d'agents publics nationaux¹⁴¹ et étrangers¹⁴², la

¹³⁸ Article 6 : « *Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel:*

a) *Au trafic illicite de migrants;*

b) *Lorsque les actes ont été commis afin de permettre le trafic illicite de migrants:*

i) *À la fabrication d'un document de voyage ou d'identité frauduleux;*

ii) *Au fait de procurer, de fournir ou de posséder un tel document;*

c) *Au fait de permettre à une personne, qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent, de demeurer dans l'État concerné, sans satisfaire aux conditions nécessaires au séjour légal dans ledit État, par les moyens mentionnés à l'alinéa b) du présent paragraphe ou par tous autres moyens illégaux »*

¹³⁹ Article 5 « *Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement :*

A la fabrication illicite d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions

Au trafic illicite d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions ;

A la falsification ou à l'effacement, à l'enlèvement ou à l'altération de façon illégale de la (des) marque(s) que doit porter une arme à feu en vertu de l'article 8 du Présent Protocole »

¹⁴⁰ Riffault-Silk (J.), La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal, *R.I.D.C.*, 2002, p. 639.

¹⁴¹ Article 15 de la *Convention des Nations Unies contre la corruption*.

¹⁴² *Ibid*, article 16.

soustraction, le détournement ou l'usage illicite de biens par des agents publics¹⁴³, le trafic d'influence¹⁴⁴, l'abus de fonctions¹⁴⁵, l'enrichissement illicite¹⁴⁶, la corruption dans le secteur privé¹⁴⁷, la soustraction de biens dans le secteur privé¹⁴⁸, le blanchiment des produits du crime¹⁴⁹, le recel¹⁵⁰ et enfin les pratiques entravant le bon fonctionnement de la justice.¹⁵¹ Se voulant plus précise que la Convention de Palerme, la Convention de 2003 opère, dans sa rédaction une distinction quant à l'ampleur de l'incrimination. En effet, la corruption des agents publics, la soustraction, le détournement ou l'usage illicite de biens par des agents publics, le blanchiment des produits du crime et l'entrave à la justice relèvent pleinement d'une obligation d'incrimination à la charge des Etats, puisque « *chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale* ». En revanche, pour les autres infractions, la souveraineté pénale semble sauve dans la mesure où le texte prévoit une simple faculté d'adaptation du droit interne à la limite de l'habilitation puisque « *chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale* ». ¹⁵² Les rédacteurs de la Convention n'ont pas voulu établir une hiérarchie des infractions laissant, selon les cas, une marge de manœuvre plus ou moins importante aux Etats. Cependant, il s'avère que la première catégorie d'infractions qui a été ciblée demeure la plus caractéristique du phénomène de corruption, donc suppose une incrimination obligatoire. Preuve en est l'article 23 sur le blanchiment des produits du crime qui, à l'image de la Convention de Palerme, est la disposition d'incrimination la plus détaillée et précise du texte.¹⁵³ La seule exigence posée par la Convention dans l'obligation

¹⁴³ Ibid, article 17.

¹⁴⁴ Ibid, article 18.

¹⁴⁵ Ibid, article 19.

¹⁴⁶ Ibid, article 20.

¹⁴⁷ Ibid, article 21.

¹⁴⁸ Ibid, article 22.

¹⁴⁹ Ibid, article 23.

¹⁵⁰ Ibid, article 24.

¹⁵¹ Ibid, article 25.

¹⁵² Dans ces cas précis, la Convention va même jusqu'à se référer aux principes constitutionnels internes, comme c'est le cas dans l'article 20 sur l'enrichissement illicite.

¹⁵³ Article 23 : « 1. *Chaque État Partie adopte, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement: a) i) À la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils sont le produit du crime, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes; ii) À la dissimulation ou au déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils sont le produit du crime; b) Sous réserve des concepts fondamentaux de son système juridique: i) À l'acquisition, à la détention ou à l'utilisation de biens dont celui qui les acquiert, les détient ou les utilise sait, au moment où il les reçoit, qu'ils sont le produit du crime; ii) À la participation à*

d'incrimination réside dans l'obligation faite aux Etats d'adopter des peines sévères, proportionnées et adéquates, dont l'effet serait dissuasif.¹⁵⁴

B. L'apport du droit international à l'incrimination des crimes purement nationaux.

115. Au-delà des crimes purement transnationaux, le droit international n'est pas supposé, au nom de la souveraineté nationale, s'intéresser aux crimes nationaux, ceux relevant par nature du seul droit interne, et ne présentant aucun caractère transnational. Or, il s'avère que certains crimes sont si caractéristiques ou si graves, que le droit international prescrit aux Etats de les incriminer, quand bien même ils sont strictement nationaux. Tel est le cas de l'incrimination des actes terroristes nationaux ou des atteintes à l'environnement (1.), ainsi que de l'atteinte aux droits fondamentaux. (2.)

1. L'incrimination de crimes purement nationaux : l'exemple des actes terroristes nationaux et des atteintes à l'environnement.

116. Certains crimes sont par nature des crimes purement nationaux, dont l'incrimination et la répression ne ressortent, en principe, que de la seule compétence des Etats. Or, le droit international, en raison de la gravité de ces crimes, est venu s'insinuer dans des domaines purement nationaux, dans une optique d'encadrement et de coordination des droits internes. Bien qu'ils ne présentent aucun caractère transnational,

l'une des infractions établies conformément au présent article ou à toute association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission. 2. Aux fins de l'application du paragraphe 1 du présent article: a) Chaque État Partie s'efforce d'appliquer le paragraphe 1 du présent article à l'éventail le plus large d'infractions principales; b) Chaque État Partie inclut dans les infractions principales au minimum un éventail complet d'infractions pénales établies conformément à la présente Convention; c) Aux fins de l'alinéa b) ci-dessus, les infractions principales incluent les infractions commises à l'intérieur et à l'extérieur du territoire relevant de la compétence de l'État Partie en question. Toutefois, une infraction commise à l'extérieur du territoire relevant de la compétence d'un État Partie ne constitue une infraction principale que lorsque l'acte correspondant est une infraction pénale dans le droit interne de l'État où il a été commis et constituerait une infraction pénale dans le droit interne de l'État Partie appliquant le présent article s'il avait été commis sur son territoire; d) Chaque État Partie remet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies une copie de ses lois qui donnent effet au présent article ainsi que de toute modification ultérieurement apportée à ces lois ou une description de ces lois et modifications ultérieures; e) Lorsque les principes fondamentaux du droit interne d'un État Partie l'exigent, il peut être disposé que les infractions énoncées au paragraphe 1 du présent article ne s'appliquent pas aux personnes qui ont commis l'infraction principale ».

¹⁵⁴ Ibid, article 30 § 3.

ces crimes se trouvent à la limite de deux ordres juridiques distincts, l'un international, l'autre national. En conséquence, le droit international n'a pas hésité à prescrire aux Etats des règles d'incrimination directe, en ce qui concerne certains actes terroristes (a.) ou bien les atteintes à l'environnement. (b.)

a. L'incrimination des actes terroristes nationaux.

117. Il est des actes de terrorisme qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles de rentrer dans la catégorie des crimes internationaux, car ils ne présentent aucun caractère d'extranéité. Leur régime juridique est donc laissé à l'appréciation souveraine des Etats. Cependant, le droit international est venu, conventionnellement, poser des règles qui s'imposent aux Etats. En effet, bien qu'actes terroristes purement nationaux, ceux-ci présentent un degré certain de gravité, qui explique l'implication du droit international.

118. Dans la droite ligne des Conventions de Vienne des 18 avril 1961 et 24 avril 1963 sur le droit diplomatique¹⁵⁵, *la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques* du 14 décembre 1973, incrimine les atteintes à l'intégrité des personnes internationalement protégées,¹⁵⁶ chefs d'Etat, diplomates et personnes assimilées. Mais l'obligation qui en découle reste limitée, étant calquée sur le modèles des Conventions de lutte contre le terrorisme précédentes, à savoir que,

*« tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité ».*¹⁵⁷

¹⁵⁵ Respectivement la *Convention sur les relations diplomatiques* et la *Convention sur les relations consulaires*.

¹⁵⁶ A savoir, article 2. 1: « *Le fait intentionnel:*

a) *de commettre un meurtre, un enlèvement, ou une autre attaque contre la personne ou la liberté d'une personne jouissant d'une protection internationale ;*

b) *de commettre, en recourant à la violence, contre les locaux officiels, le logement, privé ou les moyens de transport d'une personne jouissant d'une protection internationale une attaque de nature à mettre sa personne ou sa liberté en danger ;*

c) *de menacer de commettre une telle attaque*

d) *de tenter de commettre une telle attaque ; ou*

e) *de participer en tant que complice à une telle attaque ;*

est considéré par tout Etat partie comme constituant une infraction au regard de sa législation interne »

¹⁵⁷ Article 2.2 de la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*.

119. Bien que cette obligation n'apparaisse pas comme centrale, eu égard à l'obligation des Etats d'assurer une protection générale des individus concernés, elle n'en impose pas moins aux Etats une réelle obligation d'incrimination et de répression, puisque, protéger pénalement le chef d'Etat ou tout représentant officiel de l'Etat revient à protéger pénalement l'existence et la survie même des institutions de l'Etat. De telles infractions demeurant avant tout des infractions strictement nationales, la Convention dispose que les Etats ont l'obligation de considérer les infractions en question comme des infractions au regard de leur législation interne.¹⁵⁸

120. La *Convention internationale contre la prise d'otages* du 17 décembre 1979 a pour ambition de synthétiser en un seul texte les principes en matière de prise d'otages. La prise d'otages est avant tout un crime de droit interne, dépourvu de caractère transnational. A l'image des exemples conventionnels précédents, dans une optique répressive, il appartient à l'Etat partie d'incriminer les infractions en cause, selon cette formule classique

*« Tout Etat partie réprime les infractions commises à l'article premier de peines appropriées qui prennent en considération la nature grave de ces infractions ».*¹⁵⁹

121. Cependant, l'obligation d'incrimination qui découle des conventions va se faire de plus en plus précise et va imposer à l'Etat de réelles obligations répressives. En effet, avec la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, du 15 décembre 1997, la rédaction même du texte conventionnel change, ainsi que la teneur de l'obligation à la charge des Etats. Comme le précise le Préambule, les Nations Unies ont tenu à réglementer ce domaine du fait de la multiplication des attentats à l'explosif de par le monde. Il devenait urgent de prévoir un texte spécifique visant la répression nationale d'attentats nationaux. L'urgence d'incriminer spécialement les attentats terroristes à l'explosif se retrouve donc au travers de l'obligation étatique de légiférer. Il est ainsi prévu que,

¹⁵⁸ Ibid, article 2.1.

¹⁵⁹ Article 2 de la *Convention internationale contre la prise d'otages*. Article 1^{er}: «Commet l'infraction de prise d'otages au sens de la présente Convention, quiconque s'empare d'une personne (ci-après dénommée «otage»), ou la détient et menace de la tuer, de la blesser ou de continuer à la détenir afin de contraindre une tierce partie, à savoir un Etat, une organisation internationale intergouvernementale, une personne physique ou morale ou un groupe de personnes, à accomplir un acte quelconque ou à s'en abstenir en tant que condition explicite ou implicite de la libération de l'otage »

« chaque partie prend les mesures qui peuvent être nécessaires pour

a) Qualifier d'infraction pénale au regard du droit interne les infractions visées à l'article 2 de la présente convention.

*b) Réprimer les dites infractions par des peines prenant dûment en compte leur gravité ».*¹⁶⁰

122. La Convention va plus loin en imposant aux Etats une typologie particulière des obligations internes à adopter, dans la mesure où,

*« chaque Etat partie adopte les mesures qui peuvent être nécessaires, y compris, s'il y a lieu, une législation interne, pour assurer que les actes criminels relevant de la présente Convention, en particulier ceux qui sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans la population, un groupe de personnes ou chez des individus ne puissent en aucune circonstance être justifiés par des considérations de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou d'autres motifs analogues, et qu'ils soient passibles de peines à la mesure de leur gravité ».*¹⁶¹

b. La criminalisation des atteintes à l'environnement.

123. Traditionnellement, le droit international de l'environnement est reconnu par la doctrine comme étant une matière novatrice, constituant un creuset dans lequel bon nombre de concepts et de principes fondamentaux voient le jour, avant d'être adaptés et appliqués au droit international général. Or, ce n'est pas le cas en matière de répression

¹⁶⁰ Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, article 4. Article 2 : « Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui illicitement et intentionnellement livre, pose, ou fait exploser ou détonner un engin explosif ou autre engin meurtrier dans ou contre un lieu public, une installation gouvernementale ou une autre installation publique, un système de transport public ou une infrastructure :

a) dans l'intention de provoquer la mort ou des dommages corporels graves; ou

b) dans l'intention de causer des destructions massives de ce lieu, de cette installation, de ce système ou de cette infrastructure, lorsque ces destructions entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables ».

¹⁶¹ Ibid, article 5.

pénale des atteintes à l'environnement. En effet, parmi la multitude de textes conventionnels protecteurs de l'environnement, seulement deux s'intéressent, à des degrés divers, à cette répression, et encore, sous un aspect d'infraction strictement nationale : la *Convention pour la prévention de la pollution par les navires* du 2 novembre 1973, dite Convention Marpol, (**α**) et, à l'instigation du Conseil de l'Europe, la *Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal* du 4 novembre 1998. (**β**)

a. La Convention pour la prévention de la pollution par les navires.

124. Les Etats parties à la Convention Marpol s'attachent à prévenir, mais aussi à réprimer, la pollution maritime causée par les rejets dus à des navires. La Convention prend le terme « *rejet* » au sens large puisqu'il comprend les déversements volontaires ou non d'hydrocarbures, de substances liquides nocives transportées en vrac, de substances nuisibles transportées par mer en colis, des eaux usées des navires et enfin des ordures de ces navires. La loi du pavillon s'applique puisque, quel que soit le lieu de commission de la pollution, celle-ci sera « *sanctionnée par la législation de l'Autorité dont dépend le navire en cause* ». ¹⁶² Les Etats sont obligés de réprimer les infractions à la Convention, dès lors qu'ils sont Etat d'immatriculation du navire en cause. Pour cela, ils ont l'obligation d'adopter des sanctions sévères à caractère dissuasif puisque,

« les sanctions prévues par la législation des Parties en application du présent article doivent être, par leur rigueur, de nature à décourager les contrevenants éventuels, et d'une sévérité égale, quel que soit l'endroit où l'infraction a été commise ». ¹⁶³

β. La Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal.

125. Bien que la *Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal* n'ait pas été rédigée dans une perspective transnationale, elle n'en demeure pas moins fondamentale, puisqu'il s'agit du premier texte conventionnel exclusivement consacré à la pénalisation des atteintes à l'environnement. Le but de cette Convention est rappelé dès

¹⁶² Article 4 § 1 de la *Convention pour la prévention de la pollution par les navires*.

¹⁶³ Ibid, article 4§4.

son préambule, puisque « *les atteintes à l'environnement entraînant des conséquences graves doivent être érigées en infractions pénales passibles de sanctions appropriées* ». Les rédacteurs de la Convention ont opéré de manière assez originale. En effet, la Convention incrimine à la fois les infractions d'atteinte intentionnelle¹⁶⁴ ou non¹⁶⁵ à l'environnement et les comportements illicites à la Convention. Dans les deux cas, des sanctions pénales sont à prendre. Elles sont obligatoires dans le cas des articles 2 et 3, où les Etats ont l'obligation de qualifier les atteintes à l'environnement d'infractions pénales. Elles deviennent alternatives si les faits ne sont pas couverts par le champ des articles 2 et 3, laissant à l'Etat le choix entre sanction pénale ou sanction administrative car s'il est une matière où droit pénal et droit administratif sont intimement liés, il s'agit bien de la protection de l'environnement.¹⁶⁶

126. Quoi qu'il en soit, l'incrimination étatique s'avère obligatoire, puisque,

¹⁶⁴ Article 2 : « *Chaque Partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour qualifier d'infractions pénales, en vertu de son droit interne : a) le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol, les eaux, qui : i) causent la mort ou de graves lésions à des personnes; ou ii) créent un risque significatif de causer la mort ou de graves lésions à des personnes; b) le rejet, l'émission ou l'introduction illicites d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou les eaux, qui causent ou sont susceptibles de causer leur détérioration durable ou la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à des monuments protégés, à d'autres objets protégés, à des biens, à des animaux ou à des végétaux; c) l'élimination, le traitement, le stockage, le transport, l'exportation ou l'importation illicites de déchets dangereux qui causent ou sont susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou de causer des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux; d) l'exploitation illicite d'une usine dans laquelle une activité dangereuse est exercée et qui cause ou est susceptible de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux; e) la fabrication, le traitement, le stockage, l'utilisation, le transport, l'exportation ou l'importation illicites de matières nucléaires ou autres substances radioactives dangereuses qui causent ou sont susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux, lorsqu'ils sont commis intentionnellement* »

¹⁶⁵ Article 3 : « *chaque Partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour qualifier d'infractions pénales, en vertu de son droit interne, lorsqu'elles sont commises par négligence, les infractions énumérées à l'article 2, paragraphe 1 a à e* ».

¹⁶⁶ Article 4 : « *dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les dispositions des articles 2 et 3, chaque Partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour qualifier d'infractions pénales ou d'infractions administratives, passibles de sanctions ou d'autres mesures, en vertu de son droit interne, les faits suivants lorsqu'ils sont commis intentionnellement ou par négligence : a) le rejet, l'émission ou l'introduction illicites d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou les eaux; b) le fait de causer du bruit de manière illicite; c) l'élimination, le traitement, le stockage, le transport, l'exportation ou l'importation illicites de déchets; d) l'exploitation illicite d'une usine; e) la fabrication, le traitement, l'utilisation, le transport, l'exportation ou l'importation illicites de matières nucléaires, d'autres substances radioactives ou de produits chimiques dangereux; f) le fait de provoquer de manière illicite des altérations nuisibles dans les éléments naturels d'un parc national, d'une réserve naturelle, d'une zone de conservation de l'eau ou d'autres zones protégées; g) la possession, la capture, l'endommagement, la mise à mort ou le commerce illicites d'espèces protégées de la flore et de la faune sauvages* ».

*« chaque Partie adopte, conformément aux textes internationaux pertinents, les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour rendre les infractions, établies conformément aux articles 2 et 3, passibles de sanctions pénales qui tiennent compte de leur degré de gravité. Ces sanctions doivent permettre l'emprisonnement et les sanctions pécuniaires, et peuvent inclure la remise en l'état de l'environnement ».*¹⁶⁷

127. A la différence des autres Conventions répressives, celle-ci fait œuvre d'originalité puisqu'elle impose en quelque sorte aux Etats une grille de sanctions internes, les atteintes à l'environnement retenues présentant un degré de gravité tel, qu'elles ne peuvent être que réprimées par une peine de prison, une sanction pécuniaire proportionnée et, dans la mesure du possible une remise en l'état de l'environnement. Pour faciliter l'incrimination des infractions établies par la Convention, les mesures prises pour prononcer les sanctions internes doivent l'être *« conformément aux textes internationaux pertinents »*.¹⁶⁸ La souveraineté étatique est une nouvelle fois atteinte.

2. L'incrimination des atteintes aux droits fondamentaux.

128. La question de la protection des droits fondamentaux n'est devenue une réalité qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale. En effet, pour en finir avec les atteintes massives aux droits fondamentaux, ont été adoptés certains textes, afin de protéger les individus dans leurs droits les plus personnels, contre des crimes strictement nationaux. Deux catégories de textes conventionnels se dégagent. D'un côté, des textes spécifiques, faisant explicitement référence, sans ambiguïté, à une obligation d'incrimination pénale à destination des Etats (**a.**), de l'autre des textes généraux, qui se contentent d'énoncer des droits garantis. Il est à déplorer que dans les Conventions générales protectrices des droits de l'homme, l'obligation d'incrimination soit absente et qu'il faille la déduire de la jurisprudence. (**b.**)

¹⁶⁷ Article 6.

¹⁶⁸ Ibid.

a. L'apport du droit conventionnel : les conventions spécifiques.

129. Le premier grand texte conventionnel à s'intéresser à l'atteinte aux droits fondamentaux demeure la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Le crime sans nom, selon les mots de Winston Churchill, le crime odieux, longtemps inconnu, mais pourtant bien réel, est juridiquement défini au lendemain de la seconde guerre mondiale. En effet, suite aux atrocités commises, les Etats ont pris conscience de la nécessité d'incriminer les actes de génocide de manière autonome. Les Nations Unies pour cela, adoptent dès l'origine une définition partielle du crime de génocide, selon laquelle :

*« le génocide est le refus du droit à l'existence à des groupes humains entiers, de même que l'homicide est le refus du droit à l'existence à un individu ; un tel refus bouleverse la conscience humaine (...) la répression du crime de génocide est un affaire d'intérêt international (...) le génocide est un crime de droit des gens que le monde civilisé condamne ».*¹⁶⁹

A partir de cette Résolution, est conclue la Convention du 9 décembre 1948.

130. La Convention consacre le génocide comme un crime de droit international, qu'il soit commis en temps de paix et de guerre. Dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, cinq actes peuvent être qualifiés de génocide : le meurtre de membre du groupe, l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe, la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe et le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.¹⁷⁰ Seront punis l'acte de génocide en tant que tel, mais aussi l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre le génocide, la

¹⁶⁹ Résolution, 96 (I), 11 décembre 1946, *le crime de génocide*. L'Assemblée générale est la première entité internationale à qualifier le génocide de crime de droit international de manière autonome. En effet, bien que l'acte d'accusation comportait une accusation autonome de génocide, le Tribunal de Nuremberg la délaissa au profit du crime contre l'humanité.

¹⁷⁰ Article II de la Convention. Cet article, lors des négociations du texte fut âprement discuté quant à la définition et au contenu du crime. Cependant, cette définition semble être la plus adaptée à la spécificité du crime. Pour preuve, elle a été reprise en intégralité, sans changement, à l'article 6 du Statut de la Cour pénale internationale.

tentative de génocide ainsi que la complicité.¹⁷¹ L'élément intentionnel exclut d'emblée toute irresponsabilité pénale, le génocide supposant « *un plan coordonné d'actions différentes qui tendent à détruire les fondations essentielles de la vie des groupes nationaux, dans le but de détruire ces groupes mêmes* ». ¹⁷² C'est pourquoi,

*« les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III ».*¹⁷³

131. Ce texte prévoit donc, outre la modification de la législation interne, l'adoption de sanctions pénales adéquates. Cela laisse une importante marge de manœuvre aux Etats mais il faut relever qu'en raison de la gravité du crime « *ces sanctions pénales efficaces* » ne peuvent être que des sanctions sévères. Les Etats se voient donc contraints de prendre des mesures efficaces et sévères afin de réprimer le crime de génocide.¹⁷⁴

132. La *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage* du 4 septembre 1956 vient compléter le régime antérieur de lutte contre l'esclavage en entendant abolir et réprimer toutes les formes de la traite des être humains et notamment les formes déguisées d'esclavage : la servitude pour dettes, le servage, le mariage forcé et toute pratique visant à

¹⁷¹ Ibid, article III.

¹⁷² Lemkin (R.), *Le génocide*, R.I.D.P, 1946, pp. 371-386. Pour une analyse plus complète des éléments fondateurs du crime de génocide, voir, Anreopoulos (G.J.), *Genocide : conceptual and historical dimensions*, sous la direction de... University of Pennsylvania Press, 1994, 265 p ; Zakr (N.), *Analyse spécifique du crime de génocide dans le Tribunal pénal international pour le Rwanda*, R.S.C, 2001, pp. 263-275.

¹⁷³ Ibid, article V.

¹⁷⁴ A Nuremberg, les actes qui à l'origine furent qualifiés de génocide, furent sanctionnés par la peine de mort. En revanche, les peines prononcées, pour génocide, par les nouveaux Tribunaux pénaux internationaux furent la prison à perpétuité. Dans les deux cas la sévérité de la peine fut respectée. Cependant, ce régime conventionnel, aussi novateur fût-il n'empêcha pas la commission au cours des décennies suivantes de génocides, certains restant longtemps impunis.

tirer un profit de la vente de l'épouse¹⁷⁵, le transport d'esclave¹⁷⁶ et les pratiques sous-tendant une condition servile.¹⁷⁷ L'incrimination se fait obligatoire dans la mesure où,

*« le fait de réduire autrui en esclavage ou d'inciter autrui à aliéner sa liberté ou celle d'une personne à sa charge, pour être réduit en esclavage, constituera une infraction pénale au regard de la loi des Etats parties à la présente Convention et les personnes reconnues coupables seront passibles d'une peine »,*¹⁷⁸

et que la peine encourue se doit d'être sévère et rigoureuse puisque *« l'exigence de répression effective se fait ici impérative »*.¹⁷⁹ En tant que tel, bien qu'interne, l'esclavage est véritablement considéré comme un crime international, constitutif selon les cas et les circonstances, de crime de guerre ou de crime contre l'humanité.¹⁸⁰

133. La lutte contre la discrimination raciale a fait l'objet de plusieurs textes prévoyant une obligation d'incrimination. Le premier d'entre eux, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* du 21 décembre 1965, impose aux Etats l'obligation de condamner et d'éliminer toute forme de discrimination raciale. A cet effet, les Etats ont l'obligation de déclarer délits punissables toute une série de pratiques.¹⁸¹ Au terme de cet article, la prise de mesures positives passe essentiellement par

¹⁷⁵ Article premier de la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*.

¹⁷⁶ Ibid, article 3.

¹⁷⁷ Ibid, article 5.

¹⁷⁸ Ibid, article 6.1.

¹⁷⁹ Jos (E.), *La traite des êtres humains et l'esclavage*, in Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), op. cit, p. 344.

¹⁸⁰ Voir à ce propos Jurovics (Y.), *L'incrimination internationale de la réduction en esclavage*, *Semaine sociale Lamy*, 2005, n° 1213, pp. 47-50.

¹⁸¹ Article 4 : *« Les Etats parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales; ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment :*

a) A déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement;

b) A déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités;

des mesures pénales destinées à réprimer les infractions énumérées, car seules des mesures pénales semblent adaptées pour assurer la répression des pratiques discriminatoires. Le principe de non-discrimination étant une norme de *jus cogens*, vu l'importance des droits en cause, l'obligation de déclarer délits punissables les infractions à la Convention, ne peut que faire référence à des sanctions pénales. Cette obligation d'incrimination se retrouve dans les conventions suivantes mais de manière beaucoup plus explicite, à l'image de la *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid* du 30 novembre 1973.¹⁸²

134. Bien que universellement condamnée, la torture demeure aujourd'hui l'un des crimes internationaux les plus courants, sous des formes de plus en plus poussées, puisque « *les progrès scientifiques ont développé et perfectionné les techniques de torture et l'atrocité ne connaît plus de limites en ce domaine* ». ¹⁸³ Archétype flagrant de la violation des droits fondamentaux les plus élémentaires, outrage à la dignité humaine, l'interdiction de la torture bénéficie, en droit international, d'un régime juridique complet et développé. En effet, que cela soit au travers de textes généraux de protection des droits de l'homme interdisant la torture ou dans des Conventions pénales spécifiques, la torture est réprouvée et sa prohibition est une norme de *jus cogens*. A l'initiative d'Amnesty International, le premier texte à avoir explicitement et directement encouragé les Etats à incriminer la torture, est la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* du 9 décembre 1975.¹⁸⁴ Au terme de celle-ci,

« tout Etat veille à ce que tous les actes de torture, tels qu'ils sont définis à l'article premier, soient des délits au regard de sa législation pénale. Les mêmes dispositions doivent

c) *A ne pas permettre aux autorités publiques ni aux institutions publiques, nationales ou locales, d'inciter à la discrimination raciale ou de l'encourager* »

¹⁸² Article IV : « *Les Etats parties à la présente Convention s'engagent : a) A prendre toutes les mesures, législatives ou autres, nécessaires pour empêcher que le crime d'apartheid et autres politiques ségrégationnistes semblables ou leurs manifestations ne soient encouragés de quelque manière que ce soit ainsi que pour éliminer tout encouragement de cette nature et pour punir les personnes coupables de ce crime ; b) A prendre des mesures législatives, judiciaires et administratives pour poursuivre, faire juger et punir conformément à leur juridiction les personnes responsables ou accusées des actes définis à l'article II de la présente Convention, qu'elles résident ou non sur le territoire de l'Etat dans lequel ces actes ont été perpétrés, et qu'il s'agisse de ressortissants de cet Etat ou d'un autre Etat ou de personnes apatrides.* »

¹⁸³ Chanet (C.), *La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A.F.D.I., 1984, p. 625 (625-636).

¹⁸⁴ Résolution 3452 (XXX) du 9 décembre 1975, *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*

*s'appliquer aux actes qui constituent une participation, une complicité ou une incitation à la torture ou une tentative de pratiquer la torture ».*¹⁸⁵

En dépit du caractère éminemment important de ce texte, celui-ci n'a aucun effet obligatoire à l'égard des Etats, du simple fait de son caractère déclaratoire. Selon une logique interprétative, pareille disposition ne fait qu'habiliter les Etats à incriminer, et ne les oblige en rien.

135. Il faut attendre la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants* du 10 décembre 1984 pour trouver dans un texte universel une incrimination obligatoire et autonome du crime de torture. L'objectif de ce texte est de renforcer l'interdiction de la torture en adoptant une définition unique et reconnue de la torture et en mettant en place des règles de compétence pénale. C'est pourquoi, après avoir défini la notion de torture¹⁸⁶, la Convention impose aux Etats une obligation d'incrimination dans des termes dépourvus d'ambiguïté.¹⁸⁷ Prenant acte du caractère du crime la Convention énonce que,

« 1. Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.

¹⁸⁵ Ibid, article 7.

¹⁸⁶ Article premier « Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ».

¹⁸⁷ A ce propos, le Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie a reconnu un caractère coutumier à la définition retenue par la Convention, puisque « on peut dès lors dire que la définition que la Convention contre la torture donne de la torture recoupe les définitions qui ont été retenues tant dans la Déclaration sur la torture que dans la Convention interaméricaine et elle traduit donc un consensus que la Chambre de première instance considère comme représentatif du droit international coutumier », T.P.I.Y, 16 novembre 1998, Chambre de première instance I, *Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias « Pavo », Hazim Delic, Esad Landzo alias « Zenga »*, affaire dite du camp de Celebici, aff IT-96-21-T. § 459.

2. *Tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité* ». ¹⁸⁸

136. Il s'en suit que la Convention oblige les Etats à inclure, dans leur droit pénal, une infraction spécifique de torture et à la réprimer de peines tenant compte de la gravité des actes. ¹⁸⁹ Sur un modèle similaire, la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture* du 9 décembre 1985 dispose d'une obligation identique. ¹⁹⁰

137. L'incrimination du génocide a récemment été reprise dans le *Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature racistes et xénophobe, commis par le biais de systèmes informatiques*. ¹⁹¹ Bien que ce texte ne soit pas expressément consacré à l'incrimination du génocide, il n'en impose pas moins aux Etats une réelle obligation d'incrimination du négationnisme. En cela, le Protocole dispose que,

« chaque Partie adopte les mesures législatives qui se révèlent nécessaires pour ériger en infractions pénales, dans son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement et sans droit, les comportements suivants : la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'accord de Londres du 8 août 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des

¹⁸⁸ Convention contre la torture, article 4.

¹⁸⁹ Voir à ce propos le commentaire de l'article 4 in Burgers (J.H.), Danelius (H.), *The United Nations Convention against torture – a handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 219 et s.

¹⁹⁰ Article 6: « Les États parties s'assurent que tout acte ou tentative de torture constituent des crimes selon leur droit pénal; ils établissent pour les punir des sanctions sévères tenant compte de leur gravité ».

¹⁹¹ *Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature racistes et xénophobe, commis par le biais de systèmes informatiques* du 28 juin 2003.

instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie.¹⁹²

138. L'intérêt d'une telle disposition est clair. En obligeant les Etats à incriminer le négationnisme du génocide et du crime contre l'humanité, le droit international en complète les définitions. En effet, le simple fait de nier l'existence d'un de ces crimes doit entraîner, en droit interne, une prévision obligatoire de sanctions pénales. De plus, le champ d'application de la notion est élargi, puisque les Etats doivent incriminer le négationnisme selon les dispositions du droit international conventionnel et coutumier pertinent, ainsi que selon les règles jurisprudentielles issues du Tribunal de Nuremberg ou de toute autre juridiction pénale internationale reconnue par l'Etat.¹⁹³

b. L'obligation d'incrimination par interprétation jurisprudentielle.

139. Exception faite des quelques Conventions sectorielles, les textes protecteurs des droits de l'homme ne contiennent pas d'obligation d'incrimination. En effet, à l'image de la *Convention européenne des droits de l'homme* et de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*, ils se contentent de prohiber la torture ou l'esclavage, de protéger le droit à la vie ou d'autres droits inhérents à la personne humaine mais demeurent muets quant à une éventuelle obligation d'incrimination. Or, les Etats sont titulaires d'une obligation positive de protection des droits issus de la Convention,¹⁹⁴ qui se traduit par la prise de mesures nationales destinées à donner effet aux prescriptions de la Convention.¹⁹⁵ Une telle obligation découle à la fois de l'obligation de respecter la Convention, mais aussi

¹⁹² Ibid, article 6 § 1.

¹⁹³ La France a déclaré, à propos de cet article 6 § 1 que « *La France entend par « tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie » (art. 6, § 1) toute juridiction pénale internationale explicitement reconnue comme telle par les autorités françaises et consacrée par son droit interne* », soit les deux Tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale, in *JO*, 27 mai 2006.

¹⁹⁴ Article premier de la Convention européenne des droits de l'homme : « *les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». Article premier de la Convention interaméricaine des droits de l'homme « *les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale* ».

¹⁹⁵ Une telle obligation est particulièrement présente dans la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*, qui en son article 2 énonce que « *si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet auxdits droits et libertés* ».

de faire respecter les droits spécifiquement garantis.¹⁹⁶ Pour assurer cette protection effective la voie pénale est la plus adéquate, puisque seule une législation pénale peut être suffisamment dissuasive pour empêcher la commission d'infractions attentatoires aux droits fondamentaux.¹⁹⁷ C'est pour cela qu'à partir d'une obligation générale de protection des droits, a été reconnue, par la jurisprudence, une obligation spécifique d'incrimination et que « *parmi l'ensemble des obligations positives qui composent l'obligation générale de protection des droits de l'homme, l'obligation de répression est sans doute celle qui laisse la plus grande marge de manœuvre à l'Etat* ». ¹⁹⁸ C'est ce qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (α.) et de celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. (β.)

a. L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme : les atteintes à la vie et la torture.

140. La Cour a déduit de l'article 2 § 1, consacrant le droit à la vie, une obligation positive d'incrimination à la charge des Etats de protéger les atteintes à la vie, puisque « *pour satisfaire à ses obligations, l'Etat n'est plus seulement tenu à des obligations négatives de non-ingérence, il a aussi des obligations positives consistant à agir concrètement en faveur de la protection du droit à la vie* ». ¹⁹⁹ Lorsque le texte dispose que le droit à la vie doit être protégé par la loi, il ne fait aucun doute que l'adoption d'une législation pénale interne apparaît comme le meilleur moyen de prévenir et de réprimer toute atteinte au droit protégé. ²⁰⁰

¹⁹⁶ La France a notamment été condamnée pour manquement à son obligation positive de ne pas avoir mis en place une législation pénale suffisante pour prévenir et réprimer les violations à l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme prohibant l'esclavage. Selon la Cour une telle obligation est issue de la combinaison des articles 1 et 4 de la Convention. Voir, Cour edh, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*.

¹⁹⁷ L'effet dissuasif du droit pénal a été affirmé à de nombreuses reprises par le juge européen, notamment dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, « *La Cour estime que l'un des rôles incontestablement dévolus à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels* », § 43.

¹⁹⁸ Tigroudja (H.), Contribution à l'étude du statut de la victime en droit international des droits de l'homme, 2001, texte imprimé, p. 372.

¹⁹⁹ Lefeuvre (P.), La protection du droit à la vie dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Actes du symposium sur le droit à la vie quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, CID, Genève, 1992, p. 52.

²⁰⁰ La doctrine en a déduit que « *le principe de garantie de la vie de chacun (...) doit s'entendre comme faisant peser sur l'Etat, qui incarne la loi, une obligation de protéger la vie de toute personne. Il ne suffit pas qu'il s'interdise d'attenter à la vie de chacun (mais) implique de l'Etat des obligations positives* », in Sermet (L.), Le droit à la vie, valeur fondamentale des sociétés démocratiques, et le réalisme jurisprudentiel, *R.F.D.A.*, 1999, p 990. Au nombre de ces obligations se trouvent celles répressives.

141. De jurisprudence constante, la Cour a reconnu que les Etats étaient tenus de protéger le droit à la vie, en particulier par la voie pénale. Il ressort ainsi de

*« (...) la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction. Nul ne conteste que l'obligation de l'Etat à cet égard va au-delà du devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations ».*²⁰¹

142. Les juges interprètent la Convention et son article 2 pour permettre une protection réelle, effective, efficace et élargie du droit à la vie.²⁰² La jurisprudence a dégagé un principe d'interprétation utile du Traité qui vient justifier la reconnaissance d'une obligation étatique d'incrimination.²⁰³ L'obligation positive de garantir et de protéger les droits reconnus étend donc, pour les Etats, les exigences à satisfaire au nom de la Convention.

143. Cette obligation positive de protéger le droit à la vie est loin d'être absolue. Au-delà des débats propres à la peine capitale, la Convention autorise les Etats à ne pas incriminer de telles atteintes, selon les circonstances. En effet, l'article 2 de la Convention dispose que

²⁰¹ Cour edh, 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, § 115. Voir également Cour edh, arrêt du 16 novembre 2000, *Tanribilir c. Turquie*, § 70 ; Cour EDH, arrêt du 14 mars 2002, *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, § 54 ; Cour edh, arrêt du 24 octobre 2002, *Mastromatteo c. Italie*, § 67 ; Cour edh, arrêt du 22 mars 2005, *Güngör c. Turquie*, § 58 ; Cour edh, arrêt du 21 février 2006, *Aydin Eren et autres c. Turquie*, § 39.

²⁰² La Cour observe que l'obligation positive issue de l'article 2 § 1 impose à l'Etat de protéger la vie de l'individu contre les tiers mais aussi contre d'autres situations pouvant entraîner la mort. Voir notamment Cour edh, arrêt du 9 juin 1998, *L.C.B c. Royaume-Uni*, § 36 ; Cour edh, arrêt du 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, §§ 75, 76.

²⁰³ Cour edh, arrêt du 7 février 2006, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, § 48, « l'objet et le but de la Convention, en tant qu'instrument de protection des êtres humains, requièrent que l'article 2 soit interprété et appliqué d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives ».

« la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

a. pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;

b. pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;

*c. pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».*²⁰⁴

144. Le recours à la mort, par les autorités étatiques, est ainsi autorisé, sans qu'une violation de l'article 2 ne puisse être invoquée, lorsqu'il résulte d'un emploi de la force rendu nécessaire par les circonstances, en cas de légitime défense, en cas d'opération policière ou bien en cas de répression d'une émeute, sans intention de donner la mort. Il a été remarqué par la doctrine que *« c'est à l'Etat et à lui seul de lutter contre le crime et la violence, en raison de son chef de compétence de protéger la vie »*.²⁰⁵ La Cour dépasse ses compétences traditionnelles puisqu'elle est *« à cette occasion amenée à exercer un contrôle de légalité en s'assurant que la violence est illégale, l'arrestation régulière, ou la répression en cas d'émeute assurée conformément à la loi »*.²⁰⁶ De telles atteintes doivent répondre à une absolue nécessité, sous réserve d'un contrôle de proportionnalité extrêmement poussé. Afin de préciser d'avantage sa position, la Cour est venue affirmer que

« les exceptions définies au paragraphe 2 montrent que l'article 2 (art. 2-2) vise certes les cas où la mort a été infligée intentionnellement, mais que ce n'est pas son unique

²⁰⁴ Article 2 § 2.

²⁰⁵ Sermet (L.), op. cit, p. 991.

²⁰⁶ Guillaume (G.), commentaire de l'article 2, in Pettiti (L.E.), Decaux (E.), Imbert (P.H.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 151. En cela, de jurisprudence constante, la Cour énonce que *« comme le montre le texte de l'article 2 § 2 lui-même, le recours à la force meurtrière par les policiers peut se justifier dans certaines conditions. Tout usage de la force doit cependant être rendu « absolument nécessaire », c'est-à-dire être strictement proportionné dans les circonstances. Le droit à la vie revêtant un caractère fondamental, les circonstances dans lesquelles il peut être légitime d'infliger la mort appellent une interprétation stricte*». Voir Cour edh, 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, § 92, ou bien encore Cour edh, 9 octobre 1997, *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, §§ 171 et s.

*objet. Comme le souligne la Commission, le texte de l'article 2 (art. 2), pris dans son ensemble, démontre que le paragraphe 2 (art. 2-2) ne définit pas avant tout les situations dans lesquelles il est permis d'infliger intentionnellement la mort, mais décrit celles où il est possible d'avoir "recours à la force", ce qui peut conduire à donner la mort de façon involontaire. Le recours à la force doit cependant être rendu "absolument nécessaire" pour atteindre l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a), b) ou c)».*²⁰⁷

145. Plus précisément, la légalité des atteintes à la vie bien n'en est pas moins extrêmement encadrée et contrôlée. Ainsi,

*« comme le montre le texte de l'article 2 lui-même, le recours des policiers à la force meurtrière peut être justifié dans certaines circonstances. Toutefois, l'article 2 ne donne pas carte blanche. Le non-encadrement par des règles et l'abandon à l'arbitraire de l'action des agents de l'Etat sont incompatibles avec un respect effectif des droits de l'homme. Cela signifie que les opérations de police, en plus d'être autorisées par le droit national, doivent être suffisamment délimitées par ce droit, dans le cadre d'un système de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et l'abus de la force».*²⁰⁸

146. Tout dépendra donc de la qualification des faits et des circonstances précises de l'espèce. La Cour a notamment eu l'occasion de reconnaître la légalité d'un homicide policier, eu égard aux faits de l'espèce.²⁰⁹ De même, une émeute avérée, si elle peut mettre

²⁰⁷ Cour edh, 27 septembre 1995, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, §149. Voir également Cour edh, 20 mai 1999, *Ogur c. Turquie*, § 78, Cour edh, 15 mai 2007, *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, § 286.

²⁰⁸ Cour edh, 28 mars 2006, *Perk et autres contre Turquie*, § 55.

²⁰⁹ Cour edh, 17 mars 2005, *Bubbins c. Royaume-Uni*, « le recours aux armes à feu par la police ainsi que la conduite des opérations de police de ce genre étaient régis par le droit interne et qu'un système de garanties effectives et suffisantes existe pour prévenir le recours arbitraire à la force meurtrière. En l'espèce, aucun des policiers ayant joué un rôle clé n'a agi dans le vide. Ils avaient tous été entraînés au maniement des armes à feu et leurs mouvements et actes étaient soumis au contrôle et à la surveillance de policiers expérimentés », § 150. De même, un décès accidentel lors d'une opération de police ne constitue pas aux

en danger la sécurité des forces de l'ordre autorise le recours à la force et l'éventualité de l'atteinte à la vie.²¹⁰

147. Au-delà de ces dispositions spécifiques, la jurisprudence reconnaît une certaine clémence quant à l'homicide involontaire. En effet, cette violation du droit à la vie n'est pas obligatoirement incriminée, à l'image d'un décès survenu à la suite d'une erreur médicale. Les juges ont ainsi reconnu que la

*« Cour a maintes fois affirmé qu'un système judiciaire efficace tel qu'il est exigé par l'article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit comporter, un mécanisme de répression pénale. Toutefois, si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale ».*²¹¹

148. L'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme* prohibe dans des termes généraux la torture et les peines ou traitements inhumains et dégradants. A l'image de l'article 2, cet article 3 reste muet quant à l'ampleur des obligations pénales des Etats. Or, en combinant article 1 et article 3 de la Convention, il est possible d'appliquer un argumentaire similaire selon lequel une obligation positive d'incrimination découle de l'interdiction générale de la torture. Il appartiendra à la Cour de préciser ou non l'existence d'une telle obligation. Les juges de Strasbourg ont donc relevé que,

« les articles 1 et 3 combinés font peser sur les Hautes Parties contractantes des obligations positives censées empêcher la torture et d'autres formes de mauvais

yeux de la Cour une violation de l'article 2, puisque *« il convient de relever que le gendarme a effectué quatre tirs et n'a pas usé de son arme en mode automatique. La mort du proche des requérants est le résultat de la malchance, la balle à l'origine de la blessure mortelle ayant atteint la victime par ricochet »*, Cour edh, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, § 55.

²¹⁰ Voir notamment Com edh, décision sur la recevabilité, 10 juillet 1984, *Stewart c. Royaume-Uni*. La Commission a estimé en l'espèce qu'une foule de 150 personnes jetant des projectiles sur une patrouille de huit soldats constitue une émeute au sens des dispositions de l'alinéa c). A contrario, voir Cour edh, 27 juillet 1998, *Gulec c. Turquie*, §§ 69 et s. En ce qui concerne la légitime défense, prévue par l'alinéa a), celle-ci ne vaut que dans le cadre d'opérations menées par les autorités nationales. En conséquence, la légitime défense privée n'est pas couverte par ces prescriptions. La Cour s'est d'ailleurs peu prononcée sur une telle pratique.

²¹¹ Cour edh, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, § 90. Voir également Cour edh, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, § 52.

*traitements (...). Ainsi (...) la Cour a dit que ces deux dispositions commandent aux Etats de prendre des mesures propres à empêcher que les individus relevant de leur juridiction ne soient soumis à des tortures ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».*²¹²

149. Bien que peu explicite, cette prise de mesures internes passe nécessairement par l'adoption de législations pénales, protégeant les individus de violences d'agents étatiques, notamment des autorités policières ou militaires. De ce fait, pour assurer la pleine effectivité de la prohibition de la torture, l'incrimination interne apparaît être le moyen le plus efficace. Cette obligation d'incrimination de la torture à la charge des Etats, reste cependant implicite mais s'est vue consacrée explicitement au niveau international par la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Celui-ci reconnaît en effet aux Etats le pouvoir souverain de réprimer les actes de torture et de punir tout individu qui s'en serait rendu coupable. En ce sens, les juges de la Haye ont affirmé une réelle obligation d'incrimination étatique, puisque « *la torture est interdite en tant que crime qui doit être puni par application du droit interne* ». ²¹³

β. L'apport de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

150. La Cour interaméricaine des droits de l'homme adopte une position similaire. Les juges ont d'abord reconnu que l'obligation d'incrimination imposée aux Etats découle elle aussi du devoir général de protection des droits de l'homme énoncé à l'article premier de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*.²¹⁴ La voie pénale est privilégiée et

²¹² Cour edh, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, § 38.

²¹³ TPIY, 10 décembre 1998, *Procureur c. Furundzija*, les Conventions protectrices des droits fondamentaux « *obligent les Etats à interdire et à réprimer le recours à la torture ; elles leur imposent également de s'abstenir de tout recours à la torture par le biais de leurs agents. Dans les conventions relatives aux droits de l'homme qui traitent de la responsabilité des Etats plutôt que de la responsabilité pénale individuelle, la torture est interdite en tant que crime qui doit être puni par application du droit interne ; par ailleurs, tous les Etats parties à ces conventions ont le pouvoir et l'obligation d'enquêter et de poursuivre et de punir les contrevenants* », § 145.

²¹⁴ La Cour interaméricaine des droits de l'homme retient que l'article 1^{er} de la Convention est la base légale de toute obligation d'incrimination. Cet article dispose que « *les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale* ».

A l'instar de la jurisprudence de la Cour européenne, les juges de San José, précisent notamment que « *the obligation of the States Parties is to "ensure" the free and full exercise of the rights recognized by the Convention to every person subject to its jurisdiction. This obligation implies the duty of States Parties to*

imposée aux Etats pour assurer une protection effective et efficace des droits fondamentaux consacrés.²¹⁵ La Cour a notamment eu l'occasion de se prononcer, à de nombreuses reprises, sur la pratique des disparitions forcées, pratique gouvernementale et récurrente des anciennes dictatures sud-américaines.

151. En suivant la logique établie en matière de protection générale des droits, la Cour a tiré de l'interprétation de l'obligation générale de protection de l'article premier ainsi que la combinaison des articles 4, 5 et 7 consacrant respectivement le droit à la vie, l'intégrité personnelle et la liberté personnelle, une obligation d'incrimination à la charge des Etats en vue de réprimer et de sanctionner les atteintes graves aux droits consacrés par la Convention. Il découle de cette constatation que les mesures pénales adoptées en droit interne doivent être spécifiques et sévères tenant compte de l'autonomie de l'infraction en cause mais aussi de l'extrême gravité des pratiques et de l'ampleur des droits violés.²¹⁶

152. Cependant la position de la Cour va évoluer, en justifiant cette obligation, non plus de l'obligation générale de respecter les droits garantis de l'article premier de la Convention, mais de l'article 2, qui oblige les Etats parties à adopter des mesures de droit interne.²¹⁷ Ainsi, dans l'affaire *Goiburú y otros vs. Paraguay* du 22 septembre 2006, la Cour va d'abord qualifier les pratiques initiées par le gouvernement paraguayen, dans le cadre de l'Opération Condor, et notamment les disparitions forcées, de terrorisme d'Etat.²¹⁸ Ensuite, en se référant à la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* et à la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes*, la Cour retient que

organize the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights. As a consequence of this obligation, the States must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognized by the Convention», Cour idh, 29 juillet 1988, Velasquez-Rodriguez c. Honduras (fond), série C, n° 4, § 166.

²¹⁵Voir notamment, Cour idh, 8 juillet 2004, *Gomez-Paquiayauri c. Pérou.*, Série C, n° 110, §§ 120 et s.

²¹⁶Cour idh, 22 novembre 2005, *Gomez Polomino c. Pérou*, Série C, n° 136 « *En el caso de la desaparición forzada de personas, el deber de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana, de conformidad con el citado artículo 2, tiene carácter primordial para la efectiva erradicación de esta práctica. En atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas, no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura, homicidio, entre otras. La desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreado otros delitos conexos* », § 92.

²¹⁷Article 2: « *si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet auxdits droits et libertés* ».

²¹⁸Cour idh, 22 septembre 2006, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, série C, n° 153: « *the State became the principal factor in the grave crimes committed, constituting a clear situation of "State terrorism."* » § 66

l'incrimination doit faire l'objet de mesures spéciales, et à fortiori claires, précises et complètes, puisque

*« (...) in relation to the general obligation established in Article 2 of the Convention and the specific obligations contained in the inter-American conventions on the issue mentioned above, the State undertook to define torture and forced disappearance of persons as crimes in a manner that was consistent with the definitions in these instruments. However, the Court considers that, although the definition of the offenses of torture and “forced disappearance” in force in the Paraguay Penal Code would allow certain conducts that constitute acts of this nature to be punished, their analysis reveals that the State has defined them less comprehensively than the applicable international norms ».*²¹⁹

§.II. L'ampleur de l'obligation conventionnelle d'incrimination.

153. L'évolution de la criminalité internationale a entraîné une véritable inflation des textes conventionnels, couvrant des matières de plus en plus nombreuses, prévoyant des obligations pénales de plus en plus précises et contraignantes. L'obligation d'incrimination devient alors centrale dans la mesure où elle présidera aux destinées de toute la chaîne répressive. C'est la raison pour laquelle le droit international s'insinue davantage dans la sphère étatique, se voulant de plus en plus exigeant quant à l'obligation d'incrimination **(A.)** et s'assurant de la survivance de cette obligation. **(B.)**

²¹⁹ Ibid.

A. Une exigence grandissante du droit international quant à l'obligation d'incrimination.

154. Le développement accru du droit international, l'accroissement de la liste des comportements punissables ou répréhensibles, entraîne une modification de l'ampleur des obligations dévolues aux Etats. En effet, à partir du moment où l'Etat est partie à une Convention donnée, sa souveraineté pénale se voit atteinte par une obligation d'incrimination de plus en plus contraignantes. (1.) Conséquence indirecte, eu égard à sa souveraineté et aux règles du droit des traités, les réserves deviennent de plus en plus difficilement admissibles. (2.)

1. L'Etat face à une obligation contraignante d'incrimination.

155. Le passage d'une habilitation d'incrimination à une réelle obligation d'incrimination n'a pas été sans conséquences pour les Etats. En effet, il ne fait aucun doute que, de plus en plus contraints par le droit conventionnel, leur souveraineté pénale s'est petit à petit érodée. Certes celle-ci ne disparaît pas mais l'évolution du droit international prive les Etats de prérogatives qui étaient traditionnellement les leurs. (a.) En conséquence, le passage de l'habilitation à l'obligation a également entraîné, eu égard à l'incrimination, un passage d'une obligation de comportement à une obligation de résultat. (b.)

a. Une érosion de la souveraineté pénale étatique.

156. Est-il besoin de le rappeler, « *le droit de punir dérive de la souveraineté* »²²⁰ et à ce titre les Etats sont libres d'adopter leurs propres règles de droit pénal. Au nom de la souveraineté « *l'Etat moderne a fait (...) du droit pénal (...) un pouvoir beaucoup plus égoïste, au service exclusif de l'ordre public national et d'une mise en œuvre strictement territoriale* ». ²²¹ Il faut à ce niveau se placer dans le cadre du respect par les Etats, des engagements internationaux qu'ils ont eux-mêmes contractés. Le droit international

²²⁰ Cass, crim, 21 mars 1862, *Min pub c. Demeyer*, Sirey 1862, p. 152, en particuliers les conclusions de l'avocat général Savary.

²²¹ Massé (M.), *La souveraineté pénale*, R.S.C, 1999, p. 906

conventionnel vient lier les Etats parties à ses obligations, dès lors qu'une transposition en droit interne a été effectuée. En imposant devoirs et obligations aux Etats, il est évident que par le biais de traités et de conventions, les Etats ont volontairement consenti à voir leur souveraineté limitée, à accepter, dans leur ordre juridique interne un frein à l'exercice de leurs prérogatives souveraines. En matière de souveraineté pénale, le droit conventionnel vient encadrer l'exercice du pouvoir juridictionnel d'un Etat.

157. Or, au regard de l'incrimination, le droit international se fait de plus en plus intrusif et les obligations en découlant de plus en plus contraignantes. Le simple fait d'être partie à un Traité empêche désormais l'Etat de se retrancher derrière le bouclier de sa souveraineté et a pour conséquences de lui imposer des modifications de son droit interne. On assiste cependant à un phénomène lancinant d'érosion de la souveraineté étatique, notamment de la souveraineté pénale. Peut-on encore considérer que « *l'Etat souverain reste encore vigoureux* »²²² ? Est-il encore « *une sorte de dieu immortel [qui a] dans ses mains le glaive et n'a aucune intention de le livrer aux institutions internationales* »²²³ ?

158. Plus précisément, le droit international vient jouer en la défaveur de la souveraineté. En effet, l'étude des diverses conventions a permis de faire transparaître une approche intrusive du droit international dans l'obligation d'incrimination. Désormais, l'incrimination devient directe puisque le droit international fixe de manière précise la définition et les éléments constitutifs du crime et impose aux Etats de les sanctionner pénalement. En d'autres termes, le droit international s'emploie à consacrer réellement la légalité des délits, en parlant le langage du droit pénal. Lorsqu'il enjoint les Etats à prévoir une sanction, celle-ci doit être pénale, pour répondre à la gravité du crime en cause. Cependant les Etats conservent une parcelle de souveraineté, dans la mesure où il leur appartient de transposer les peines dans leur ordonnancement juridique. L'obligation d'incrimination s'apparente ainsi à une obligation d'assurer en droit national la légalité des peines, domaine d'action que le droit international se refuse à connaître. Le droit international définissant précisément un crime, il enjoint aux Etats de recevoir cette incrimination ou de compléter le droit existant, pour permettre l'adoption de sanctions

²²² Cassese (A.), Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale, in Cassese (A.), Delmas Marty (M.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, p. 17.

²²³ Ibid.

pénales qui tiennent compte de la gravité du crime en cause, de sa définition et de sa spécificité.²²⁴

159. L'archétype d'une telle évolution se retrouve dans les Conventions de lutte contre le terrorisme qui définissent comme acte terroriste tout un ensemble de comportements précis et qui imposent aux Etats d'incriminer, pénalement, en droit interne les crimes prohibés. De même, il est désormais courant d'assister dans ces textes à un élargissement notoire des champs matériels et personnels couverts par la Convention. En effet, l'accroissement de la criminalité internationale explique que les obligations des Etats deviennent de plus en plus précises et contraignantes.

160. C'est la raison pour laquelle le langage pénal se fait lui aussi de plus en plus présent et précis et, même sous couvert du respect des principes constitutionnels nationaux, s'impose aux Etats dans le respect de la légalité des peines.²²⁵ Désormais, outre la simple commission du crime, tant la tentative, que l'intention, la préparation ou la menace doivent être incriminées par les Etats.²²⁶ L'élément intentionnel devient central. De même, il

²²⁴ Il convient de noter que les Etats tentent de maintenir au mieux leur souveraineté pénale. Ainsi, dans le cadre de l'adaptation en droit interne des incriminations posées par la Cour pénale internationale, le Garde des Sceaux français a exposé, devant le Sénat que « si, en tant qu'acte constitutif d'une organisation internationale, la convention internationale n'oblige pas les États qui y sont Parties à prévoir dans leur droit interne l'incrimination des infractions qui relèvent de la compétence de la Cour, les États considérés ont néanmoins intérêt, afin à la fois d'éviter que la juridiction internationale ne se trouve compétente du fait de la carence de la législation pénale interne et de donner toute sa portée au « principe de complémentarité » énoncé à l'article 1^{er} du traité, à disposer de l'arsenal législatif permettant, le cas échéant, de punir les comportements prohibés par la convention de Rome », in *Projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, 15 mai 2007.

²²⁵ L'article V de la *Convention contre le génocide* dispose en ce sens que « les parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ».

²²⁶ La *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale* dispose en son article 2 que « Le fait intentionnel:

a) de commettre un meurtre, un enlèvement, ou une autre attaque contre la personne ou la liberté d'une personne jouissant d'une protection internationale ;

b) de commettre, en recourant à la violence, contre les locaux officiels, le logement, privé ou les moyens de transport d'une personne jouissant d'une protection internationale une attaque de nature à mettre sa personne ou sa liberté en danger ;

c) de menacer de commettre une telle attaque

d) de tenter de commettre une telle attaque ; ou

e) de participer en tant que complice à une telle attaque ;

est considéré par tout Etat partie comme constituant une infraction au regard de sa législation interne». De même, la *Convention contre la torture* impose aux Etats que « tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture », article 6.1. De même, l'article 5 du *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* retient que « chaque Etat partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale aux actes énoncés (...) lorsqu'ils sont commis intentionnellement ».

appartiendra aux Etats, lors de la phase d'incrimination nationale, de retranscrire, au-delà de la simple responsabilité individuelle, la complicité, l'aide, l'assistance ou l'ordre,²²⁷ des personnes tant physiques que morales.²²⁸

b. L'obligation d'incrimination : une obligation de résultat.

161. A la lecture des diverses conventions exposées, force est de constater que le droit international, aussi intrusif soit-il, ne fait pas œuvre d'uniformité quant à l'ampleur de l'obligation d'incrimination. Il est en effet à déplorer l'absence d'une obligation prédéfinie qui impose à l'Etat un résultat précis, indiscutable et indérogeable. En matière d'incrimination, au nom de la souveraineté étatique, les Etats veulent demeurer seuls maîtres à bord, jouant de l'ambiguïté rédactionnelle de traités internationaux. En effet il y a de la marge entre l'obligation d'incrimination prévue par la *Convention pour la prévention et la répression du génocide* et celle imposée par la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes*.²²⁹ Quoiqu'il en soit, plus la Convention est récente, plus elle se veut intrusive dans l'ordre juridique interne de l'Etat, lui imposant, au mépris de sa souveraineté, une obligation de résultat de plus en plus poussée, dans le domaine pénal.

162. Le passage de l'habilitation d'incrimination à l'obligation d'incrimination a entraîné un passage d'une vague obligation de comportement à une réelle obligation de résultat, obligation conditionnée au respect de principes pénaux. Comme l'a remarqué la

²²⁷ Voir par exemple le *Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* qui dispose en son article 15.2 que « les Parties se conforment aux principes généraux du droit, notamment aux règles qui étendent la responsabilité pénale individuelle à des personnes autres que les auteurs directs de l'acte ». Plus précisément, concernant la complicité, citons la Convention de Palerme dont l'article 8.3 énonce que « Chaque État Partie adopte également les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale au fait de se rendre complice d'une infraction établie conformément au présent article ».

²²⁸ L'incrimination des crimes commis par des personnes morales reste cependant soumise à la discrétionnarité des Etats, si et seulement si ils reconnaissent au préalable une telle possibilité dans leur droit interne. C'est notamment ce qu'il ressort de l'article 5 de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, selon lequel « chaque État Partie, conformément aux principes de son droit interne, prend les mesures nécessaires pour que la responsabilité d'une personne morale située sur son territoire ou constituée sous l'empire de sa législation soit engagée lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle de cette personne morale a, en cette qualité, commis une infraction visée à l'article 2. Cette responsabilité peut être pénale ».

²²⁹ Pour rappel la Convention génocide dispose que « Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces », tandis que la Convention interaméricaine devient plus précise en ce qu'elle dispose que « Les Etats parties à la présente Convention s'engagent à adopter, dans le respect de leurs procédures constitutionnelles, les mesures législatives nécessaires pour qualifier le délit de disparition forcée des personnes et pour le sanctionner d'une peine appropriée, proportionnelle à son extrême gravité ».

doctrine, lorsqu'il y a nécessité « *de prendre les mesures internes qui feront passer dans l'ordre juridique de l'Etat la règle technique précise posée par la Convention elle-même ; obligation dont la réalisation ne laisse à l'Etat d'autre choix que celui des instruments juridiques dans lesquels va se couler une norme dont il n'a plus la maîtrise* ». ²³⁰

L'obligation d'incrimination telle qu'imposée par les Convention relève donc de la catégorie des obligations de résultat. Celles-ci dictent à l'Etat sa manière d'agir et tracent les grandes lignes de l'incorporation des incriminations conventionnelles en droit pénal interne, ainsi que les résultats à atteindre. Il en découle que le non-respect de cette obligation d'incrimination entre dans la catégorie des faits internationalement illicites de l'Etat, mise en exergue par la Commission du droit international. La non incorporation dans son ordre juridique de infractions visées par le texte conventionnel peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat. ²³¹

163. En tant que telle, l'obligation d'incrimination recouvrira deux aspects bien spécifiques, à savoir incorporer en droit interne le crime défini, et prévoir des sanctions pénales adéquates en tenant compte des prescriptions de la Convention. Le premier aspect ne pose pas de problèmes car il laisse à l'Etat la liberté de choisir les modalités d'incorporation, selon la règle de la légalité des peines. Dans le cas des Conventions de Genève de 1949, celles-ci imposent aux Etats de respecter et de faire respecter en toute circonstance le droit humanitaire, notamment en incriminant en droit interne les infractions graves aux Conventions. Comme l'a remarqué à ce propos le Comité international de la Croix Rouge, « *plusieurs options s'offrent au législateur pour traduire les infractions graves dans la législation pénale nationale et appréhender en termes de droit interne les actes délictueux qui les constituent* ». ²³²

164. Première technique, l'Etat juge son droit pénal interne suffisant et l'applique aux cas de violation des Conventions, sans juger utile de créer une nouvelle infraction. Cette technique présente l'avantage de la simplicité mais risque par exemple de sanctionner les

²³⁰ Combacau (J.), Obligations de résultat et obligations de comportement—quelques questions et pas de réponse, *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981, p. 186.

²³¹ Telle est la position de la Commission du droit international dans son rapport de 2001 concernant la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. La Commission après avoir rappelé que tout fait internationalement illicite engage la responsabilité internationale de l'Etat, s'interroge sur l'ampleur de obligations étatiques de comportement et en déduit qu'« *il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci* » (article 12).

²³² CICR, Rapport d'information du 23 février 1999, *Répression nationale des violations du droit international humanitaire: Technique d'incorporation de la sanction dans la législation pénale*, www.icrc.org.

violations graves du droit humanitaire comme des infractions de droit commun.²³³ Deuxième technique, l'incrimination s'opère par un simple renvoi direct aux dispositions conventionnelles pertinentes. Egalement très simple car ne nécessitant pas l'adoption de nouveaux instruments juridiques, cette technique pêche en ce qu'elle laisserait aux autorités internes une trop grande marge d'appréciation et d'interprétation de la norme. Troisième technique, celle qui semble la plus adéquate, consiste en la retranscription, en droit interne, de la liste des infractions telle que prévue dans les Conventions. Cette technique présente l'avantage de respecter pleinement le principe de la légalité internationale des délits et surtout consacre l'autonomie juridique des infractions graves, ce qui vient garantir l'efficacité de leur répression.

165. Deuxième aspect, dans les textes récents l'élément de gravité devient la clef de voûte de l'obligation d'incrimination. Le droit conventionnel prescrit aux Etats l'adoption de mesures internes, prévoyant des sanctions pénales qui tiennent compte de la gravité des crimes dénoncés au plan international. Que la peine à prévoir soit sévère, grave ou rigoureuse, les Etats ont l'obligation de faire transparaître dans leur ordre juridique la gravité de l'infraction en cause.²³⁴

2. L'inadmissibilité des réserves.

166. Face à l'érosion de la souveraineté étatique en matière d'incrimination doit se poser la question des réserves apportées aux Traités. En effet, face à une Convention répressive lui imposant une obligation d'incrimination, l'Etat a-t-il encore le pouvoir souverain de formuler des réserves ? La pratique internationale veut, qu'en matière de réserve, l'Etat soit libre de formuler, au nom du volontarisme, les réserves qu'il souhaite.²³⁵ Eminemment liée à la souveraineté, ces réserves traduisent la conception propre de l'Etat quant à l'objet

²³³ Tel est le cas de la France et des crimes de guerre. La situation française est en train d'évoluer avec l'adoption du *Projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale* dont l'article 7 vise à incorporer en droit interne les stipulations de l'article 8 de la convention de Rome qui a trait aux crimes de guerre.

²³⁴ Ce point sera abordé plus en détail dans la suite des développements.

²³⁵ Article 2.1. d) de la *Convention sur le droit des traités* retient que « l'expression réserve s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat ».

et le but du Traité.²³⁶ En matière d'obligation d'incrimination et de réserves, deux cas de figure vont être étudiés.²³⁷

167. Tout d'abord, les cas où, sans ambiguïté, le Traité interdit explicitement les réserves de quelque nature qu'elles soient. Cette solution est la plus simple existante et l'inadmissibilité des réserves nationales sauvegarde l'obligation d'incrimination. Seule la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves, et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage* de 1956 contient une telle prohibition.²³⁸ Cependant, le cas le plus problématique se pose lorsque le Traité est muet quant à la possibilité offerte aux Etats de formuler des réserves. Or, une grande partie des Conventions répressives, et non des moindres, sont muettes à ce propos, laissant planer le doute, notamment quant à l'obligation d'incrimination. A la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies, la Cour internationale de justice s'est prononcée sur la question des réserves, à propos de la Convention génocide, dans son Avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Pour la Cour,

*« le caractère d'une convention multilatérale, son objet, ses dispositions, son mode d'élaboration et d'adoption, sont autant d'éléments qui doivent être pris en considération pour apprécier, dans le silence de la convention la possibilité de formuler des réserves ».*²³⁹

168. Il faut en déduire qu'en cas de silence du Traité, l'admissibilité des réserves découle de l'appréciation de l'objet et du but du texte. Or, en matière d'incrimination, se pose nécessairement la question de savoir si une réserve nationale peut porter sur

²³⁶ En tant que tel, ce principe de liberté souveraine est partiellement consacré par la Convention Vienne puisque « un Etat, au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins : a) que la réserve ne soit interdite par le traité ; b) que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites ; ou c) que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas a) et b), la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité », Ibid, article 19.

²³⁷ En droit conventionnel, lorsque les Traités le prévoit, les réserves portent, dans la plupart des cas sur la clause compromissoire ou bien sur des questions de compétences d'interprétation et sont donc sans conséquence sur l'obligation d'incrimination. Ainsi, la Convention de la Haye de 1970 ou bien la récente Convention sur le terrorisme nucléaire n'autorisent les Etats à formuler des réserves que sur la clause de règlement des litiges. La Convention contre la torture distingue une double possibilité de réserve : sur la clause compromissoire et sur les compétences du Comité contre la torture institué par la Convention.

²³⁸ Article 9 « Il ne sera admis aucune réserve à la Convention ».

²³⁹ CIJ, avis du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec, 1951, p. 22.

l'incrimination même de l'infraction en cause ? La réponse à apporter doit être négative dès lors qu'il semble improbable que les rédacteurs du texte en cause aient eu l'intention d'en limiter l'application, en autorisant les Etats à formuler une réserve sur l'incrimination d'une infraction internationalement prohibée. En suivant la logique de la Cour, si l'objet et le but d'une Convention répressive est de réprimer un crime, si réserve il peut y avoir, elle ne pourra pas porter sur les éléments essentiels que sont la définition ou l'obligation de répression du crime en cause, au risque de vider de sa substance la Convention. De cela peut se déduire une inadmissibilité absolue des réserves en matière d'incrimination.

169. Concernant les traités protecteurs de droits de l'homme, un raisonnement analogue peut être tenu. Ces textes énoncent des droits subjectifs, inhérents à l'individu qui en est le destinataire privilégié. Pour reprendre les propos de la Cour dans son avis de 1951, le but de pareils textes est « *purement humain et civilisateur* » (...) « *les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun* »²⁴⁰ à protéger les droits garantis. Or, pour une efficacité garantie, les Traités en cause doivent être mis en œuvre de manière uniforme, notamment en rendant inadmissible les réserves, ou du moins en les limitant.

170. L'article 57 de la *Convention européenne des droits de l'homme* dispose que « *les réserves de caractère général ne sont pas autorisées* ». Simplement, si une loi nationale n'est pas conforme à une disposition particulière de la Convention, les Etats pourront formuler à son égard, une réserve. L'admissibilité des réserves à la Convention européenne des droits de l'homme est une question assez obscure. Comme l'a reconnu le juge De Meyer dans son opinion concordante dans l'affaire *Belilos c. Suisse*,

*« la Convention européenne des Droits de l'Homme a pour objet et pour but, non pas de créer, mais de reconnaître des droits dont le respect et la protection s'imposent même à défaut de tout texte de droit positif. On conçoit mal que des réserves puissent être admises en ce qui concerne des dispositions reconnaissant des droits de ce genre ».*²⁴¹

²⁴⁰ *Rec.*, 1951, op. cit, p. 23.

²⁴¹ Cour edh, arrêt du 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*.

171. Selon lui, les normes en question sont des normes impératives de *jus cogens* et donc à ce titre insusceptibles de réserves. Tout au plus si réserves il peut y avoir, elles n'ont que pour but de

*« permettre à un État de s'accorder, très temporairement, "au moment de" la signature ou de la ratification de la Convention, un bref délai pour la mise en ordre des lois "alors en vigueur sur son territoire" qui ne respectent et ne protègent pas encore suffisamment les droits fondamentaux qu'elle reconnaît ».*²⁴²

172. Cette opinion mérite d'être soulevée, dans la mesure où elle met en exergue la question du caractère et la survivance des droits protégés. Ceux-ci sont tellement fondamentaux qu'il semble inapproprié de leur adjoindre d'éventuelles réserves, ce qui dans une optique de protection absolue des droits humains semble évident.

B. La survivance de l'obligation d'incrimination.

173. A moins qu'il n'en dispose autrement, tout Traité légalement conclu, ratifié et appliqué est présumé perdurer dans le temps. A défaut, tout acte conventionnel pourra prendre fin sur la base d'un accord, conventionnellement prévu, entre les parties. En conséquence, la question de la survivance de l'obligation d'incrimination sera liée à celle de la survivance même du Traité. Ceci n'est pas sans poser problèmes face à ces deux phénomènes que sont la succession d'Etats (1.) et la dénonciation des Traités. (2.)

1. Obligation d'incrimination et succession d'Etats.

174. La succession d'Etat se définit comme la substitution d'un Etat à un autre sur un territoire à la suite d'une annexion ou de la création d'un Etat nouveau. De ce phénomène, va découler celui de succession juridique, faisant référence à la substitution d'un Etat dans les droits et obligation de l'autre, y compris dans les traités, phénomène dont les enjeux sont réglés par le droit international (a.) C'est la raison pour laquelle il est apparu

²⁴² Ibid.

utile de s'interroger sur la survivance de l'obligation d'incrimination en cas de succession d'Etats aux Traités. (b.)

a. Les enjeux de la succession aux traités.

175. La question de la succession d'Etats en matière de traités est une question complexe qui relève à la fois de la coutume et de la pratique mais aussi d'un droit conventionnel restreint et peu reconnu. Face à cette transposition étonnante en droit international d'une terminologie privatiste purement interne, une jurisprudence minimaliste a relevé une absence d'uniformité de la matière puisque

*« la diversité des hypothèses possibles de succession territoriale, les considérations politiques qui souvent président à la solution des problèmes juridiques y relatifs et la rareté des décisions arbitrales ou judiciaires qui résolvent le problème d'une manière vraiment nette et sans équivoque (...) expliquent tant les flottements de la pratique internationale que l'état chaotique de la doctrine ».*²⁴³

176. Le paradoxe et l'ambiguïté d'une telle situation ont été relevés par Madame Stern pour qui *« parler de succession d'Etat c'est donc décrire une situation de fait nouvelle, n'impliquant aucune conséquence nécessaire qui en résulte, c'est à dire n'impliquant ni une transmission ni une non transmission des droits et obligations ».*²⁴⁴ Il est évident que cette succession juridique, en matière de droits et obligations, plus généralement de Traités dépend avant tout de la souveraineté de l'Etat successeur.

177. Il est reconnu par la *Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de Traités* du 22 août 1978, qui vient codifier la coutume internationale en la matière, un principe de table rase selon lequel l'Etat nouveau, dans le cas précis où il vient d'accéder à l'indépendance suite à décolonisation, est libre de dénoncer souverainement le droit

²⁴³ S.A du tribunal arbitral franco-hellénique du 24 juillet 1956, *Affaire relative à la concession des phares de l'empire ottoman*, R.S.A, vol XII, p. 198.

²⁴⁴ Stern (B.), *La succession d'Etats*, R.C.A.D.I, 1996, vol 262, p. 91.

conventionnel de son prédécesseur.²⁴⁵ Le recours à ce que le Professeur Bedjaoui qualifie d'« *autochtonie juridique* »²⁴⁶ divise la doctrine quant à l'ampleur d'une règle qui constituerait ouvertement un facteur nuisible à l'équilibre des relations internationales, par une dénonciation anachronique ou généralisée du droit conventionnel. Bien évidemment, un tel principe de dénonciation conventionnelle ne joue pas en faveur du nouvel Etat, au plan strict de sa reconnaissance internationale, mais serait légitime ne serait-ce qu'au regard du principe de l'effet relatif, *res inter alios acta*. En la matière, les Etats sont encouragés à succéder dans les Traités existant. En dépit de l'existence d'un droit conventionnel spécifique, une partie de la doctrine déplore qu'il n'existe pas de coutume internationale selon laquelle les Etats nés d'un processus successoral seraient *ipso facto* liés par les Traités ratifiés et appliqués par les Etats prédécesseurs. Se pose le problème de savoir jusqu'où un Etat successeur serait tenu au respect des engagements conventionnels de son prédécesseur ? Un semblant de réponse pourrait être apporté par la Convention de 1978 qui reconnaît, en son article 34, un principe de succession automatique aux engagements et obligations de l'Etat prédécesseur, mais dans le cas bien précis d'Etats nés à la suite d'une séparation territoriale.²⁴⁷ Peut-on voir dans cette disposition les prémices d'un principe général dont on pourrait souhaiter qu'il soit applicable à l'ensemble des cas de succession aux traités ?

b. Une succession dans l'obligation d'incrimination ?

178. Cette question de la succession d'Etats en matière de traités est d'autant plus capitale lorsque l'on se trouve en présence de conventions répressives ou de Traités imposant aux Etats une obligation d'incrimination. Ce droit conventionnel, qui se veut protecteur des intérêts à la fois de la personne humaine et de la communauté internationale, a-t-il à souffrir des vicissitudes de la géopolitique et des relations internationales ou bien

²⁴⁵ Article 16 « *un Etat nouvellement indépendant n'est pas tenu de maintenir un traité en vigueur ni d'y devenir partie du seul fait qu'à la date de la succession d'Etat, le traité était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'état* ».

²⁴⁶ Bedjaoui (M.), Problèmes récents de succession d'Etats dans les Etats nouveaux, *R.C.A.D.I.*, 1970, vol 130, p. 515.

²⁴⁷ Article 34 « *Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un Etat s'en séparent pour former un ou plusieurs Etats, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister : a) tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etat à l'égard de l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur ainsi formé, b) tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etat à l'égard uniquement de la partie du territoire de l'Etat prédécesseur qui est devenu un Etat successeur reste en vigueur à l'égard de cet Etat successeur seul. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas a) si les Etats intéressés en conviennent autrement(...)* ».

est-il amené à perdurer en dépit de tout phénomène successoral ? Il est évident que les conventions protectrices des droits de l'homme sont au nombre de celles touchant la communauté internationale dans son entier et consacrant des droits pouvant exister en dehors de tout lien à la fois conventionnel et étatique. En effet, les conventions répressives instaurant une obligation internationale d'incrimination ou bien celles reconnaissant des droits inhérents à la personne humaine entrent-elles dans le cadre des prescriptions restrictives d'une Convention de Vienne, muette en ce domaine ou bien échappent-elles en raison de leur nature à cette dénonciation extrémiste, du fait de la naissance d'une coutume internationale ?

179. Malgré un silence du texte de 1978, en dépit des débats doctrinaux passés, les Nations Unies se sont prononcées sur la question, par le biais de la Commission des droits de l'homme qui, au travers de trois résolutions encouragent les Etats successeurs à confirmer qu'ils demeurent liés par les dispositions conventionnelles, de l'Etat prédécesseur, relatives aux droits de l'homme.²⁴⁸ Il est cependant à déplorer que ces Résolutions n'aient aucune valeur contraignante et restent soumises au bon vouloir de la souveraineté étatique. Elles ne fixent qu'un cadre général, que les Etats sont encouragés à appliquer. Face à ce vide juridique, ce sera la pratique qui posera les bases de résolution du problème et qui tentera de poser un principe général de succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'homme. Trois cas symptomatiques de ce débat sont à soulever, ceux de la Convention contre le génocide, des Conventions de Genève et de la Convention européenne des droits de l'homme.

180. La question de la succession à la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* était au cœur de l'affaire relative à l'application de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, jugée par la Cour internationale de justice en 1996. Dans cette affaire, les juges se trouvaient face à un cas de succession-sécession d'Etats, donc un cas relevant de l'article 34 de la Convention de 1978. La question qui finalement se posait aux juges était de savoir si la Bosnie-Herzégovine, Etat successeur de la République fédérative et socialiste de Yougoslavie était liée par la Convention génocide, ratifiée en son temps par la Yougoslavie. En l'espèce, il est à déplorer que la Cour ne se soit pas prononcée sur la question de la succession automatique

²⁴⁸ Commission des droits de l'homme, Succession d'Etats en matière de traités relatifs aux droits de l'homme, résolution 1993/23 du 5 mars 1993, résolution 1994/16 du 25 février 1994 et résolution 1995/18 du 24 février 1995.

des Conventions répressives ou de celles protectrices des droits fondamentaux, à l'image de la Convention contre le génocide. La Cour n'a pas répondu à une question qui ne lui avait pas été explicitement posée mais plusieurs éléments laissent préjuger que pour une telle matière conventionnelle, la succession serait automatique. En matière de traités relatifs aux droits de l'homme, le juge Weeramantry, dans son opinion individuelle, réfute l'application du principe de table rase, étant donné que,

*« les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités de caractère humanitaire n'impliquent aucune perte de souveraineté ou d'autonomie pour le nouvel Etat, mais sont simplement conformes aux principes généraux de protection qui découlent de la dignité inhérente à tout être humain, laquelle est le fondement même de la Charte des Nations Unies ».*²⁴⁹

181. Pour le juge Weeramantry, un faisceau d'indices plaide en faveur de cette succession automatique, pour la Convention génocide, mais plus généralement pour « *les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités de caractère humanitaire* ». Ici, le juge ne fait que reprendre le principe issu de l'avis de la Cour de 1951 relatif aux *réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.²⁵⁰ Cette convention vient ensuite transcender la notion de souveraineté puisque, en raison de son caractère lié aux droits de l'homme, elle « *reconnaît des droits qui n'imposent aucune charge à l'Etat* ». ²⁵¹ Elle crée des « *obligations qui existent indépendamment des obligations conventionnelles* »²⁵² puisqu'elle vient codifier des règles coutumières reconnues. En raison de ceci, le juge Weeramantry en conclut que la succession à la Convention génocide est automatique et qu'une quelconque interruption dans la succession n'est pas souhaitable, ne serait-ce qu'eu égard à la stabilité des relations internationales ou à l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.

182. On peut estimer que cette succession automatique, au nom de la communauté des Etats, ferait écho à ces obligations localisées d'intérêt général, obligations transmissibles,

²⁴⁹ C.I.J., 11 juillet 1996, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)-Exceptions préliminaires*, opinion individuelle du juge Weeramantry, *Rec C.I.J.*, 1996, p. 645.

²⁵⁰ C.I.J., A.C., 28 mars 1951, *op cit*, p. 23.

²⁵¹ C.I.J., 1996, *op. cit*, p. 647.

²⁵² *Ibid.*

relevées en son temps par le Professeur Udina. Selon ce dernier, ces obligations « (...) *ont été établies dans l'intérêt de tous les contractants d'une convention collective et aussi éventuellement, dans l'intérêt général de tous les Etats (...)* ». ²⁵³ Bien que se référant à des obligations strictement territoriales, non concernées par le phénomène de succession, la typologie juridique de ces obligations ainsi décrites laisse à penser que les obligations issues des conventions protectrice des droits fondamentaux pourraient être comprises dans celles qui « (...) *ont été établies dans l'intérêt de tous les contractants d'une convention collective et aussi éventuellement, dans l'intérêt général de tous les Etats (...)* ». De plus, en raison du caractère *erga omnes* reconnu aux règles issues de la Convention génocide, on peut envisager que ce texte est susceptible d'une succession automatique.

183. En matière de droit spécifiquement humanitaire, le cas des Conventions de Genève doit être étudié. En effet, ces quatre grands textes, clefs de l'organisation juridique humanitaire internationale, sont-ils également susceptible de souffrir du principe de table rase ou bien au contraire bénéficient-ils de la succession automatique ? En tout état de cause, la question de la succession aux Conventions de Genève et à leurs prescriptions a été moins problématique. Le Comité international de la Croix rouge et le gouvernement suisse ont, jusqu'en 1978, fait prévaloir une stricte application du principe de l'automatisme. En effet, ces deux institutions « *ont été d'accord pour considérer que tout Etat successeur d'un autre Etat partie à ces Conventions y participait automatiquement* ». ²⁵⁴ A moins d'une déclaration contraire, la succession conventionnelle s'avérait automatique. Pour éviter cependant toute ambiguïté d'interprétation et d'application, le Comité et le gouvernement suisse ont enjoint les Etats à assortir cette succession d'une déclaration de continuité, officialisant ainsi l'adhésion des nouveaux Etats aux textes conventionnels. Cependant, *quid* des pays nouvellement indépendants postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention de 1978. Ceux-ci peuvent légitimement se prévaloir du principe de table rase de l'article 16 de la Convention de 1978. Or, comme l'a, à juste titre, remarqué la Conférence internationale de la Croix Rouge, l'universalité des Conventions de Genève fait d'elles des traités d'intérêt général, dont les prescriptions sont, à l'heure actuelle, largement entrées dans la coutume

²⁵³ Udina (M.), La succession d'Etats quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques, *R.C.A.D.I.*, 1933, vol 44, p. 705.

²⁵⁴ Coursier (H.), Accession des nouveaux Etats africains aux Conventions de Genève, *A.F.D.I.*, 1961, p. 760.

internationale.²⁵⁵ A défaut d'une déclaration de continuité, l'ensemble des textes conventionnels s'applique, même dans l'hypothèse d'une succession d'Etats. Dernière hypothèse, en cas de sécession, l'article 34 s'appliquera et la succession conventionnelle sera automatique.

184. Dernier cas de figure à évoquer, celui du droit international des droits de l'homme au travers du *Pacte sur les droits civils et politiques* et de la *Convention européenne des droits de l'homme*. De manière générale, les traités spécifiques aux droits de l'homme ont été reconduits en cas de succession d'Etats. En effet, dans le cas des textes protecteurs des droits fondamentaux, est fait application de la théorie des droits acquis, développée notamment dans l'Avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale du 10 septembre 1923.²⁵⁶ Dans cette espèce il était entre autre question de titres de propriété susceptibles d'être remis en cause par une succession d'Etat. La Cour a estimé à l'époque que « *des droits privés, acquis conformément au droit en vigueur, ne deviennent point caducs à la suite d'un changement de souveraineté* ». ²⁵⁷ Or parmi ces droits privés, il était question du droit de propriété, droit qui à l'époque n'était pas encore consacré comme droit de l'homme. En appliquant donc le principe ainsi dégagé par la Cour, le droit de propriété ayant été considéré comme un droit acquis, il n'y aurait qu'un pas à franchir pour considérer les droits de l'homme comme des droits acquis, donc insusceptibles d'être entachés par une succession d'Etat. Pour étayer cette argumentation, il faut rappeler la définition basique des droits de l'homme, c'est à dire ces droits inhérents à la personne humaine. Est donc privilégiée ici la succession automatique aux traités. C'est en tout cas la position du Comité des droits de l'homme qui estime que les Etats nés d'un processus successoral sont automatiquement liés au Pacte relatif aux droits civils et politiques à partir du moment où l'Etat prédécesseur en était partie.²⁵⁸ Au caractère automatique, s'ajoute un

²⁵⁵ Zimmermann (B.), La succession d'Etats et les Conventions de Genève, pp. 117 et s, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Swinarski (C.), sous la direction de..., Genève-La Haye, CICR-Martinus Nijhoff, 1984.

²⁵⁶ C.P.J.I, A.C, 10 septembre 1923, *Questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, série B, n° 6

²⁵⁷ Ibid, p. 36.

²⁵⁸ Le Comité, lors de sa 47^{ème} session a notamment précisé que « (...) *all the peoples within the territory of a former State party to the Covenant remained entitled to the guarantees of the Covenant, and that (...) were bound by the obligations under the Covenant as from the dates of their independence* », in Rapport du Comité des droits de l'homme du 21 septembre 1994, A/49/40, vol I, § 49.

caractère généralisé tel que prôné par le Comité, pour tout Etat concerné par le phénomène de succession sécession.²⁵⁹

2. Obligation d'incrimination et dénonciation des Traités.

185. La dénonciation d'un Traité a pour conséquence que l'Etat intéressé met fin au lien conventionnel, en s'en retirant ou bien en s'en dégageant, selon que l'on se trouve face à un traité bilatéral ou multilatéral. Il n'est pas question ici de s'interroger sur la théorie générale de remise en cause et de dénonciation librement consentie des conventions internationales, mais de s'intéresser au cas de la dénonciation, des conventions répressives (a.), dénonciation d'autant plus problématique s'il s'agit de textes protecteurs des droits fondamentaux. (b.)

a. La faculté de dénonciation des conventions répressives.

186. De par leur contenu et leur implication dans la protection de la société internationale, la dénonciation des conventions répressives, même si elle est prévue par le texte lui-même, s'avère éminemment problématique.²⁶⁰ Il faut acquiescer les propos généraux, en les adaptant à ce cas spécifique, de Pierre Henri Imbert selon lequel une telle dénonciation constituerait « *une régression du régime juridique et politique de l'Etat (...)*,

²⁵⁹ Il est à noter un cas particulier qui a réveillé la doctrine, celui de la succession de la République Tchèque et de la Slovaquie à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, en tant que successeurs de la Tchécoslovaquie, ces deux Etats auraient dû lui succéder automatiquement dans ses obligations envers la Convention européenne. Or, pour appliquer la Convention, un Etat doit au préalable être membre du Conseil de l'Europe, ce qui n'était pas le cas de la République Tchèque et de la Slovaquie, pris isolément en tant qu'Etats nouvellement indépendants. Face à ce léger blocage institutionnel, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe pris une décision, juridiquement surprenante, commentée en doctrine. En effet, le 30 juin 1993, le Comité accorda aux deux Etats le statut de membre du Conseil et, pour éviter un vide juridique certain, reconnu qu'ils avaient succédé à la Convention européenne, rétroactivement au 1^{er} janvier 1993, c'est à dire à la date de sécession de la Tchécoslovaquie. Or, selon le droit européen, les deux Etats n'auraient pu prétendre à une succession automatique qu'à compter du 30 juin 1993. Voir en cela, Flauss (J.F.), Convention européenne des droits de l'homme et succession d'Etats aux traités : une curiosité, la décision du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en date du 30 juin 1993 concernant la République tchèque et la Slovaquie, *R.U.D.H.*, 1994, pp. 1-5.

²⁶⁰ Un régime général de suspension et de retrait est prévu par la Convention de Vienne de 1969, régime qui, en tant que tel, s'applique à toute Convention ou Traité concernés par ce phénomène. La Convention dispose ainsi, en son article 54, que « *l'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu : a) conformément aux dispositions du traité ; ou b) à tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants.* ».

politiquement et moralement difficile ». ²⁶¹ En effet, bien qu'elles soient basées sur le volontarisme étatique, quel intérêt y a-t-il à offrir aux Etats la possibilité de dénoncer des normes dont on sait qu'elles ont été édictées dans le but de favoriser la sauvegarde de la société internationale ? La lutte contre la criminalité internationale faisant appel à une unicité de répression, cette faculté, bien qu'acte éminemment souverain, s'avère d'une dangerosité certaine, dès lors qu'elle vient modifier le paysage répressif, interne et international. Force est de constater qu'en dénonçant une convention répressive, les incriminations internes qui en découlent deviendraient dépourvues de toute base légale internationale, ce qui constituerait un frein à toute répression effective et efficace. Les conventions répressives et celles protectrices des droits fondamentaux présentent le désavantage de contenir, pour la plupart, une clause de dénonciation. Tel est le cas de la Convention génocide, de la Convention contre la torture ou bien encore des Conventions visant à lutter contre le terrorisme. Ces crimes, portant directement atteinte aux intérêts essentiels de la communauté internationale, bien que bénéficiant d'un régime juridique conventionnel exemplaire, peuvent souffrir d'une dénonciation au nom de la raison d'Etat. Or quel intérêt y a-t-il à vouloir lutter contre la criminalité internationale si les Etats ont la faculté souveraine de remettre en cause leurs engagements ?

b. Appréciation de la faculté de dénonciation au regard des Conventions protectrices des droits fondamentaux.

187. La faculté de dénonciation des textes protecteurs des droits fondamentaux s'est posée dans le cadre de trois grands textes : la Convention pour la prévention et la répression du génocide (α), la Convention contre la torture (β) et le Pacte relatifs aux droits civils et politiques. (γ) Il en découlerait une réelle incompatibilité entre la dénonciation et le but même des textes conventionnels. (δ)

²⁶¹ Imbert (P.H.), Commentaire de l'article 65 de la Convention européenne des droits de l'homme, in *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, sous la dir. de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, Paris, Economica, 1999, p. 953.

a. La Convention génocide.

188. Il est prévu un article XIV à la Convention génocide au terme duquel, sous conditions de temps, les Etats parties ont la possibilité de dénoncer la Convention.²⁶² Or, au vu du crime et des comportements en cause, est-il juridiquement et moralement acceptable de permettre la dénonciation d'un tel texte ? Assurément non, surtout si l'on prend en compte le caractère de gravité du crime en question. Mais la dénonciation reste un acte souverain intimement lié à la nature conventionnel et volontariste du Traité, et qu'en pareil cas, se pose le problème du devenir de l'incrimination interne. Cependant, en dépit de tout caractère souverain, ce retrait étatique demeure symbolique, dès lors qu'il se heurte à une règle de *jus cogens*. En effet, en accord avec l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969²⁶³, les Etats ont donc posé « *le jus cogens comme un impératif supérieur à leur volonté* »²⁶⁴, une norme limitant leur liberté conventionnelle.²⁶⁵ Ce caractère impératif vaut pour les Traités, à savoir qu'un Traité ne saurait être en contradiction avec une règle de *jus cogens*, sous peine de nullité.

189. C'est ce caractère de norme impérative du droit international qui est reconnu à la répression du génocide, en dépit de tout lien conventionnel, par la pratique et la jurisprudence internationale. Depuis le célèbre *obiter dictum* de l'arrêt *Barcelona Traction*, mettant en avant les droits et les obligations des Etats envers la Communauté internationale dans son ensemble, la justice internationale, notamment pénale, s'est prononcée dans ce sens. Ce fut ainsi le cas du Tribunal d'Arusha selon lequel

²⁶² Article XIV : « *La présente Convention aura une durée de dix ans à partir de la date de son entrée en vigueur. Elle restera par la suite en vigueur pour une période de cinq ans, et ainsi de suite, vis-à-vis des Parties contractantes qui ne l'auront pas dénoncée six mois au moins avant l'expiration du terme. La dénonciation se fera par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* ».

²⁶³ Article 53 : « une norme impérative du droit international est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise (...) ».

²⁶⁴ Chaumont (C.), Mort et transfiguration du « jus cogens », in *Mélanges offerts à P.F Gonidec, Etat moderne horizon 2000. Aspects internes et externes*, L.G.D.J, 1985, p. 478.

²⁶⁵ Voir notamment la position de Paul de Visscher dans son cours à l'Académie de la Haye, in *R.C.A.D.I.*, 1972, vol 136, pp. 107 et s.

*« le crime de génocide est considéré comme faisant partie intégrante du droit international coutumier qui, de surcroît, est une norme impérative du droit ».*²⁶⁶

190. Il s'ensuit que, même si la dénonciation de la Convention demeure, dans la forme, une possibilité, force est de constater que, dans le fond, la valeur impérative de l'obligation de répression maintient l'incrimination obligatoire de droit interne et rendrait caduque tout retrait étatique.

β. La Convention contre la torture.

191. Il convient d'appliquer un raisonnement analogue pour l'autre grande Convention, la Convention contre la torture. Celle-ci énonce également, dans son article 31, la possibilité d'une dénonciation étatique du texte, sous condition temporelle. Or, la dénonciation, pour les mêmes raisons que celles précédemment évoquées, s'avère dépourvue des conséquences légales puisque,

*« en raison de l'importance des valeurs qu'il protège, [le principe interdisant la torture] est devenu une norme impérative ou jus cogens »,*²⁶⁷

et d'ajouter que

*« la valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentale de la communauté internationale ».*²⁶⁸

192. Il apparaît ainsi que la prohibition du génocide et de la torture, vu l'importance des droits en cause et des valeurs protégées, impose aux Etats une véritable obligation de

²⁶⁶ T.P.I.R, 21 mai 1999, Chambre de première instance I, *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, § 88. Le même Tribunal, dans l'affaire *Rutaganda*, énoncera de manière beaucoup plus large que « *la Convention sur le génocide est incontestablement considérée comme faisant partie du droit international coutumier* », in T.P.I.R, 6 décembre 1999, Chambre de première instance I, *Procureur c. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, § 46. Bien que dans cette espèce, il ne soit fait référence qu'à la coutume internationale, gageons d'affirmer que les effets de la coutume et des normes impératives sont similaires dès lors qu'applicables à tout Etat en dehors d'un quelconque lien conventionnel. L'interdiction du génocide étant une norme de jus cogens, à cette interdiction répond le devoir d'incriminer le génocide et de le réprimer le cas échéant.

²⁶⁷ T.P.I.Y, 10 décembre 1998, Chambre de première instance I, *Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17-1, § 144.

²⁶⁸ *Ibid*, § 154.

répression nationale. De ce fait, le caractère universellement réprouvé de pareils comportements, allié à la valeur impérative des normes, rendraient inopérante toute dénonciation des Conventions, aussi hypothétiques soit-elle, ainsi que les mesures d'ordre interne qui y seraient associées.

γ. Le Pacte relatif aux droits civils et politiques.

193. La dénonciation du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* et de son Protocole facultatif²⁶⁹ avait été au cœur de deux affaires mettant en cause respectivement la Jamaïque et la Corée du Nord. Outre le caractère éminemment protecteur des droits de l'homme, ces textes présentent le grand intérêt de constituer la base légale de certaines incriminations répressives internes.

194. Le 23 octobre 1997, la Jamaïque a dénoncé le Protocole, selon les dispositions de son article 12,²⁷⁰ suite à la décision du Comité judiciaire du Conseil privé relativement à l'affaire *Pratt et Morgan*. Il faut partir du constat que la Jamaïque applique en droit interne la peine capitale et que la dénonciation du texte a eu pour origine la position du Comité qui estime qu'une peine capitale exécutée après un délai de cinq ans, suite à son prononcé, constituait un traitement inhumain et dégradant au sens du Protocole. Il est donc conseillé aux autorités locales, passé ce délai, de commuer la peine capitale en peine à perpétuité. Le gouvernement jamaïcain justifie sa position par l'impossibilité interne, tant pénale que constitutionnelle, de respecter le dit délai, pour tenter de se conformer aux prescriptions du Comité judiciaire et pour bloquer la faculté de saisir le Comité des droits de l'homme. Face à ce que la doctrine a qualifié de « *véritable régression, au regard des efforts entrepris en vue d'aboutir à une ratification universelle des conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'Homme* »²⁷¹, le Comité des droits de l'homme a estimé qu'en raison de la situation et de la valeur des droits en cause, la Jamaïque demeure tenue par les dispositions

²⁶⁹ Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

²⁷⁰ Article 12 : « 1. Tout Etat partie peut, à tout moment, dénoncer le présent Protocole par voie de notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation portera effet trois mois après la date à laquelle le Secrétaire général en aura reçu notification. 2. La dénonciation n'entravera pas l'application des dispositions du présent Protocole à toute communication présentée en vertu de l'article 2 avant la date à laquelle la dénonciation prend effet ».

²⁷¹ Frumer (P.), Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle. A propos de quelques entraves étatiques récentes aux mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme, *R.G.D.I.P.*, 2004, p. 943.

du texte, ainsi que par l'ensemble des constatations, passées et à venir, opérées par le Comité dans sa fonction de contrôle et de suivi.²⁷²

195. La situation fut différente lorsque la Corée du Nord dénonça le *Pacte sur les droits civils et politiques*. Ce texte, à la différence du Protocole, ne contient pas de clause de dénonciation. Se pose alors la question de la valeur légale, et internationale, d'un pareil comportement. Face à ce vide juridique, le Comité des droits de l'homme estima que l'Etat concerné continuait à être lié par les dispositions du texte et qu'il convenait d'appliquer les dispositions pertinentes de l'article 56 de la Convention de Vienne, selon laquelle, en l'absence de clause spécifique, la dénonciation d'un texte conventionnel est impossible, à moins que les parties au texte n'aient eu l'intention de reconnaître pareille possibilité, ou bien que, de la nature même du texte, il soit possible de déduire une faculté implicite de dénonciation.²⁷³ En ce sens, le Comité a reconnu que dès l'origine, le défaut de clause de dénonciation ne pouvait être assimilé à un oubli de la part des rédacteurs, étant entendu que le Pacte dispose d'un article prévoyant le retrait de l'acceptation étatique de reconnaissance de la compétence du dit Comité pour connaître des communications interétatiques, et que le Protocole, contemporain, dispose d'une pareille clause. Peut-on déduire alors de la nature même du Pacte un droit de dénonciation ? Assurément non, puisque le Comité réfute cet argument en ce que, le défaut de clause de dénonciation s'explique par le fait que le Pacte « *n'a pas le caractère provisoire caractéristique des instruments dans lesquels un droit de dénonciation est réputé être admis* ». ²⁷⁴ En insistant sur la nature particulière des Traités protecteurs de droits de l'homme, le Comité a ainsi estimé que le Pacte rentre dans la catégorie des Traités « *créateurs d'obligation objectives et détachés de la logique de la réciprocité* »²⁷⁵, Traité créant de surcroît des droits inaliénables et permanents, mettant ainsi en échec toute tentative de dénonciation. Reste l'accord unanime, somme tout hypothétique, des Parties au Pacte qui autoriseraient la Corée du Nord à dénoncer le texte.

²⁷² Rapport du Comité des droits de l'homme, vol I, A/53/40, §§ 78 et s.

²⁷³ Article 56 de la *Convention de Vienne sur le droit des Traités* : « 1. Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins: a) qu'il ne soit établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait; ou b) que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité. 2. Une partie doit notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer un traité ou de s'en retirer conformément aux dispositions du par. 1.»

²⁷⁴ Observation générale 26/61 du 29 octobre 1997, A/53/40.

²⁷⁵ Frumer (P.), op. cit, p. 955.

δ. Une incompatibilité entre la dénonciation et le but du Traité.

196. Quel crédit accorder à la dénonciation des traités et conventions répressifs ? Ne serait-il pas souhaitable de promouvoir une continuité des obligations souscrites en dépit de toute possibilité de dénonciation du texte ? Certes, la souveraineté étatique s'en trouverait une fois de plus atteinte, mais pour reprendre cette terminologie connue, vu l'importance des droits en cause, la raison d'Etat peut bien avoir à connaître une nouvelle limitation. Lors des discussions précédant l'élaboration de la Convention de Vienne, le gouvernement israélien avait souhaité privilégier une faculté de suspension du traité, par définition temporaire, plutôt qu'une dénonciation, qui elle serait définitive.²⁷⁶ Bien que rien n'ait été fait dans ce sens, cette solution mérite que l'on s'attarde dessus, en ce sens que cela ne porterait que très partiellement atteinte à la souveraineté étatique et que cette solution serait un intermédiaire, non négligeable, permettant de garantir la survie du Traité et des incriminations afférentes. Cette théorie fait écho à celle des droits acquis. En effet, eu égard à l'importance des intérêts en cause il ne convient plus de raisonner en terme de texte mais d'obligations, faire de la sauvegarde et du maintien de ces obligations le vecteur du système répressif international.

197. La doctrine n'est pas avare de commentaires en la matière, comme le prouve notamment la position de Sir Gerald Fitzmaurice, selon qui « *en aucun cas (...) l'extinction ne peut modifier la validité ou l'existence continue d'un droit acquis en vertu des stipulations d'un traité* ». ²⁷⁷ Toute dénonciation du texte, si tant est qu'elle ait eu lieu, se heurterait à un ensemble de droits, à une subsistance d'obligations conventionnelles majeures, permanentes, sorte de socle commun, patrimoine juridique de l'humanité, sur lequel serait basée la société internationale. Il n'est pas requis d'opérer une classification entre types d'obligations, mais d'un point de vue strictement répressif, d'éviter que la lutte contre le génocide, la torture ou autres grands crimes de droit international, ne devienne

²⁷⁶ Voir, *Ann.C.D.I.*, 1966, vol 2, p. 28.

²⁷⁷ *Ann.C.D.I.*, 1957, vol 2, p. 39. Une position analogue est celle du Professeur Capotorti selon qui « *l'idée fondamentale est que les obligations, les droits, les facultés, es pouvoirs découlant directement du Traité ou créés par l'application de ces règles gardent leur validité (...) même après qu'il a pris fin et que continuent d'être reconnus et respectés comme légitime les actes et comportements auxquels a donné lieu l'exercice desdites situations juridiques subjectives* », in *L'extinction et la suspension des Traités*, *R.C.A.D.I.*, 1971, vol 134, p. 456.

lettre morte en droit interne du simple fait de la dénonciation étatique. En d'autres termes, éviter cette « *régression du régime juridique et politique de l'Etat* ». ²⁷⁸

198. Le droit conventionnel constitue la matrice privilégiée de l'incrimination. En effet, les Etats ont tendance à privilégier ce mode d'incrimination, dans la mesure où le Traité est par nature un acte de volontarisme, symbole de la souveraineté de l'Etat. Or, le développement accru du droit conventionnel, lié à celui de la criminalité internationale, a entraîné une mutation de l'incrimination. D'une simple habilitation à incriminer, les Etats se sont retrouvés, au détriment de leur souveraineté pénale, face à une réelle obligation positive de résultat, d'incriminer. Le droit international est devenu un droit prescriptif, privilégiant une véritable approche pénale des obligations étatique, devenant de plus en plus précis, complet et novateur, au travers de textes parlant le langage pénal. Par une stricte application du droit des traités, la seule qualité de partie suffit à obliger l'Etat en la matière et à retranscrire, en droit interne, l'incrimination posée par le droit international. De plus, le droit conventionnel est en perpétuelle évolution et touche des domaines de plus en plus larges, à l'image de la récente *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*. ²⁷⁹ Ce dernier texte prévoit tout un chapitre consacré au droit pénal matériel et impose aux Etats signataires le recours aux sanctions pénales afin de protéger efficacement et effectivement les enfants contre toute exploitation ou abus sexuel. ²⁸⁰

²⁷⁸ Imbert (P.H.), op cit.

²⁷⁹ *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, du 12 juillet 2007.

²⁸⁰ Chapitre VI.

CHAPITRE II : LES AUTRES SOURCES D'INCRIMINATION.

199. Le recours au droit conventionnel ne constitue pas à lui seul le moyen unique d'incrimination. Certes, il s'agit du mode privilégié et courant, mais il serait réducteur d'omettre d'autres modalités d'incrimination. En effet, la pratique internationale peut constituer une source importante d'incrimination lorsque certains crimes ne sont pas prévus par le droit conventionnel ou lorsque les Etats sont dans l'impossibilité d'apporter une réponse efficace et effective à la lutte contre la criminalité. En raison de la nature même d'un traité et des vicissitudes liées à son adoption ou son à application, peuvent se dégager de certaines normes, une véritable dose d'incrimination à destination des Etats. Ainsi, la coutume internationale est devenue une source d'incrimination particulière. (**Section I.**) De même, certaines organisations internationales ont tenté, avec plus ou moins de succès, d'adopter des actes unilatéraux incriminants. (**Section II**)

SECTION I : LE RECOURS AUX INCRIMINATIONS COUTUMIERES.

200. La coutume est une règle, non écrite, qui résulte d'un usage général et prolongé. Le droit international a repris à son compte cette notion, en la définissant comme une « *pratique juridique acceptée comme étant le droit* ». ²⁸¹ Certains crimes, parmi les plus graves, ne sont prohibés que par la coutume internationale. En cela, une coutume antérieure à un traité ou une coutume née de la large acceptation d'un traité peut constituer réelle source d'incrimination. Même si la règle de la légalité des délits est en l'espèce ignorée, la coutume internationale doit être analysée comme une source d'incrimination à part entière. (§ I.) De plus, en raison de sa nature même, la norme coutumière aura, par rapport aux Traités, une fonction habilitante accentuée. (§ II.)

²⁸¹ Article 38.2 du Statut de la Cour internationale de justice.

§.I. La coutume internationale : une source d'incrimination non négligeable.

201. La pratique a dépassé le droit des traités car l'absence de norme conventionnelle ne signifie pas absence d'un devoir d'incrimination. En effet, dès lors que les Etats ne se sont pas mis d'accord pour définir conventionnellement un crime, au nom de la lutte contre l'impunité, la coutume prendra le relais. La reconnaissance d'une réelle incrimination d'origine coutumière s'avère donc essentielle, en matière de crimes internationaux et vaudra, pour le crime contre l'humanité (A.) et pour le crime d'agression, (B.) à l'encontre de tous les Etats, en raison même de l'absence de référent conventionnel.

A. L'incrimination du crime contre l'humanité.

202. Afin d'aborder plus spécifiquement la question de l'obligation coutumière d'incriminer le crime contre l'humanité, il est apparu utile de préciser et de définir cette notion évolutive de crime contre l'humanité (1.), dont le plus grand défaut reste, à l'heure actuelle, de souffrir d'une absence de régime conventionnel général et universel. (2.)

1. La reconnaissance du crime contre l'humanité.

203. Le concept de crime portant atteinte aux intérêts de l'humanité est un concept ancien, d'origine coutumière²⁸² qui fut officiellement consacré en 1945 par le Statut du Tribunal de Nuremberg. (a.) Mais fort heureusement ce concept n'est pas resté figé dans une définition dépassée et a été repris et réadapté par les nouvelles juridictions pénales internationales. (b.)

²⁸²Le concept de crimes allant à l'encontre des lois de l'humanité se retrouve déjà dans, la *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre* faite à Saint Petersburg le 11 décembre 1868, selon laquelle l'emploi d'armes qui « *aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou rendraient leur mort inévitable (...) serait dès lors contraire aux lois de l'humanité* ». La *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de guerre sur terre*, conclue à La Haye le 18 octobre 1907 constate quant à elle le caractère coutumier de règles du droit de la guerre puisque que « *les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* ».

a. Aux origines du crime contre l'humanité.

204. Les crimes commis lors du second conflit mondial se sont caractérisés par leur atrocité et leur massivité et s'est posée la question de qualifier de manière autonome un crime si odieux qu'il porte atteinte aux intérêts les plus élémentaires et fondamentaux de l'humanité dans son ensemble. Un consensus international s'est établi autour d'une nouvelle catégorie de crimes qui sera jugée lors des procès des Tribunaux militaires internationaux. L'*Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe* conclu à Londres le 8 août 1945, auquel est annexé le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, consacre juridiquement et explicitement, au plan international, la reconnaissance du crime contre l'humanité. Comme l'a remarqué Henri Donnedieu de Vabres à propos de cette nouvelle catégorie de crime international, « *le leitmotiv de cette inculpation [est] de châtier ceux qui, par fanatisme, oppriment une minorité nationale, raciale, religieuse ou politique* ». ²⁸³

205. L'article 6 du Statut du Tribunal dispose ainsi en son alinéa c) que le Tribunal sera compétent pour juger,

« les Crimes contre l'Humanité: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

206. Le problème qui s'est posé aux rédacteurs du Statut a été de créer une nouvelle incrimination qui ne reposait pas sur une base conventionnelle existante à l'époque des faits. Or reconnaître rétroactivement une nouvelle infraction autonome serait problématique au regard du principe de la légalité des délits. C'est pourquoi une

²⁸³ Donnedieu de Vabres (H.), *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, R.C.A.D.I, 1947, p. 521.

interprétation extensive du principe a été privilégiée.²⁸⁴ En effet, la base de compétence du Tribunal pour crime contre l'humanité a été déduite de sa compétence pour juger des crimes de guerre. Il a fallu trouver dans le droit conventionnel réglementant les lois de la guerre une justification à l'insertion du crime contre l'humanité en tant qu'infraction autonome. Pour justifier la compétence de la juridiction, l'article 6 dispose que, à l'image du crime de guerre qui doit être perpétré contre des civils, en temps de guerre, entre Etats belligérants, le crime contre l'humanité doit être perpétré contre des civils, en temps de guerre²⁸⁵, mais cette fois à l'intérieur d'un Etat précis. Le Statut considère ainsi le crime contre l'humanité comme un démembrement du crime de guerre, seule la localisation de l'infraction diffère, d'où une certaine confusion dans l'appréciation et l'application par le juge des définitions et de leur champ d'action. En effet, selon le droit de Nuremberg, le crime contre l'humanité ne sera réprimé que s'il se rattache à un crime de guerre ou à un crime contre la paix. En fait de quoi l'absence d'autonomie de la notion a eu pour conséquence que les crimes commis en Allemagne, avant 1939, ne sont pas rentrés dans la catégorie du crime contre l'humanité, car ils n'étaient pas rattachables à un état de guerre.²⁸⁶ A l'époque « *il n'y avait pas de règle en droit international, ni dans le droit coutumier ni dans le droit conventionnel, qui permît à une occupant militaire de punir des actes commis, avant les hostilités, par l'Etat occupé, à l'encontre de ses propres ressortissants* ».²⁸⁷

207. Le Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient, Tribunal de Tokyo, construit son raisonnement en matière de crimes contre l'humanité de manière analogue puisque son Statut définit le crime comme

²⁸⁴ Cet argument fut avancé par les avocats des accusés pour dénier la compétence du Tribunal en avançant l'argument que celui-ci ne pouvait pas connaître des crimes contre l'humanité dans la mesure où cette catégorie n'existait pas lors de la perpétration des faits en cause.

²⁸⁵ Article 6 b) du Statut « *Les Crimes de Guerre : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires* ».

²⁸⁶ L'affirmation de cette condition de conflit armé a amené la doctrine à se demander si la répression du crime contre l'humanité n'était pas le moyen de réprimer finalement de l'agression, dont la définition juridique faisait déjà défaut à l'époque ? Voir notamment Zoller (E.), La définition des crimes contre l'humanité, *J.D.I.*, 1993, pp. 553 et s. (549-558).

²⁸⁷ Meyrowitz (H.), *La répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 223.

*« murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan ».*²⁸⁸

208. En revanche, la *Loi n° 10 du Conseil de contrôle en Allemagne*, du 20 décembre 1945, qui permet aux alliés de poursuivre des ressortissants allemands dans leurs zones d'occupation respectives, fait évoluer la définition du crime et en modifie l'appréciation. L'apport de la loi est à ce niveau double. En effet, la loi vient étendre la liste des crimes à comprendre dans la notion de crimes contre l'humanité, mais surtout, elle consacre l'autonomie de la nouvelle incrimination puisque aucun rattachement à une situation de guerre n'est exigée dans la définition du crime contre l'humanité. Ainsi, le crime contre l'humanité s'entend comme

*« Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated ».*²⁸⁹

b. Le renouveau de la notion.

209. Suite aux procès des criminels de guerre, pendant de nombreuses années, la question de l'incrimination et de la répression des crimes contre l'humanité est restée en

²⁸⁸ Article 5. c) du Statut du Tribunal de Tokyo.

²⁸⁹ Loi n° 10 du Conseil de contrôle en Allemagne portant punition des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et contre l'humanité, du 20 décembre 1945, article II, 1, c), in www.yale.edu/lawweb/avalon.

suspend. En effet, malgré la survenance de désastres humanitaires sans nom, aucune convention internationale n'est venue poser une définition exclusive et autonome d'un crime qui demeure réglementé par la coutume internationale. Tout au plus, les seules fois où la justice qualifiera un crime de crime contre l'humanité, au regard des principes de Nuremberg, ce sera lors de procès tardifs de criminels nazis. L'incrimination du crime contre l'humanité a refait surface au début des années 1990 lorsqu'il a été question de créer des tribunaux pénaux internationaux chargés de juger les responsables des désastres humanitaires en ex-Yougoslavie et au Rwanda et une Cour pénale internationale permanente.²⁹⁰

210. Le Statut du Tribunal de la Haye est le premier à reprendre à son compte l'incrimination du crime contre l'humanité. En effet, l'article 5 du Statut dispose que

« Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit :

- a) assassinat ;*
- b) extermination ;*
- c) réduction en esclavage ;*
- d) expulsion ;*
- e) emprisonnement ;*
- f) torture ;*
- g) viol ;*
- h) persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ;*
- i) autres actes inhumains ».*

211. Prenant acte de l'évolution de la criminalité internationale, le Statut s'inspire de celui de Nuremberg, sans pour autant y rester cantonné, prévoyant une liste plus large de comportements à incriminer. Simplement, la condition de rattachement à un conflit armé a

²⁹⁰ Résolutions du Conseil de sécurité 808 (1993) du 22 février 1993, 955 (1994) du 8 novembre 1994 et Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998.

été maintenue. Or cette condition restrictive a été jugée par la doctrine²⁹¹ et par le Tribunal lui-même comme superfétatoire. En effet, les juges ont estimé que ce lien de rattachement n'est pas la condition fondamentale à la qualification du crime et que son incrimination n'est pas attachée exclusivement à la survenance d'un conflit armé.²⁹² La condition fondamentale demeure l'attaque systématique, massive et généralisée.

212. Si le Statut du Tribunal d'Arusha reprend une approche identique de l'incrimination, il n'en consacre pas moins l'autonomie de la notion de crime contre l'humanité. En effet, la condition de rattachement du crime contre l'humanité à l'existence d'un conflit armé disparaît au profit d'une approche beaucoup plus générale puisque les infractions à considérer comme constitutives d'un crime contre l'humanité doivent avoir été commises,

*« dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse ».*²⁹³

213. Le Statut de la Cour pénale internationale, constitue une avancée non négligeable en la matière pour trois raisons. D'une part, à l'image du Tribunal d'Arusha, il consacre l'abandon de la connexion entre crime contre l'humanité et conflit armé. Ensuite, il propose une définition la plus large possible de la notion de crime contre l'humanité, venant préciser les notions d'emprisonnement, de viol et de persécution et en complétant cette définition avec les crimes de disparitions forcées et d'apartheid et précisant directement dans le corps du texte, le sens même des termes employés.²⁹⁴ Enfin, et c'est

²⁹¹ Castillo (M.), La compétence du Tribunal pénal pour la Yougoslavie, *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 61-87.

²⁹² Le Tribunal de La Haye précise à ce propos que « *la Chambre d'appel, en rejetant l'argument de la Défense que le concept de conflit armé ne couvre que le moment et le lieu précis des hostilités effectives, a déclaré que : "il suffit que les crimes présumés aient été étroitement liés aux hostilités se déroulant dans d'autres parties des territoires contrôlés par les parties au conflit". Il n'est donc pas nécessaire que les actes soient commis au coeur des combats. Cette analyse étaye une interprétation étroite du lien requis avec un conflit armé. Cette interprétation est encore confortée par Virginia Morris et Michael P. Scharf qui observent en ce qui concerne l'introduction de la condition "au cours d'un conflit armé" que cette limite est de caractère temporel plutôt que fondamental, comme l'indique le membre de phrase "lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé". Ce membre de phrase n'exige pas de lien avec un crime de guerre ou de lien fondamental avec un conflit armé* », TPIY, 7 mai 1997, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, § 632.

²⁹³ Article 3 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda.

²⁹⁴ Article 7 du Statut de la Cour pénale internationale : « *1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : a) Meurtre ; b) Extermination ; c) Réduction en esclavage ; d) Déportation ou transfert forcé de population ; e)*

peut être là l'avancée la plus importante, le Statut de la Cour est un traité international, par nature obligatoire pour les Etats parties. Au-delà des spécificités de procédure, ce texte est le premier Traité international à proposer une définition du crime contre l'humanité, définition qui à l'heure actuelle semble être la plus complète. Le caractère permanent de la Cour laisse supposer que cette définition du crime contre l'humanité va perdurer.²⁹⁵

2. L'absence de référant conventionnel.

214. Le fait que la notion de crime contre l'humanité n'ait pas été conventionnellement établie a eu pour conséquence son intégration dans le droit coutumier. En effet, la notion

Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; f) Torture ; g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ; i) Disparitions forcées de personnes ; j) Crime d'apartheid ; k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale. 2. Aux fins du paragraphe 1 : a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ; b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ; c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants ; d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ; e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ; f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ; g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ; h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ; i) Par « disparitions forcées de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée. 3. Aux fins du présent Statut, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens ».

²⁹⁵ En cela, l'article 2 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone intègre une définition assez complète de la notion de crime contre l'humanité.

de crime contre l'humanité s'est vue consacrée en tant que norme coutumière (a.), mais de ce fait, sa nature intrinsèque, peut entraîner quelques difficultés eu égard à l'obligation d'incrimination. (b.)

a. La consécration du crime contre l'humanité en tant que norme coutumière.

215. Les juridictions de Nuremberg et de Tokyo, étaient vouées, de par leur nature temporaire, à disparaître et l'incrimination du crime contre l'humanité à rester un cas isolé et une norme coutumière. Le caractère coutumier de la notion de crime contre l'humanité a été consacré par l'Assemblée générale des Nations Unies qui a confirmé les principes de droit international reconnus par le Statut et le jugement de la Cour de Nuremberg, y compris donc la définition du crime contre l'humanité²⁹⁶ et a invité la Commission du droit international à codifier les règles en la matière. Ainsi, la Commission consacre 7 principes, d'origine coutumière, issus de Nuremberg, dont la définition du crime contre l'humanité, officialisant la définition du crime et sa cristallisation coutumière.²⁹⁷

216. Une Convention internationale portant uniquement sur le crime contre l'humanité, le définissant de manière autonome et imposant aux Etats une obligation explicite d'incrimination, fait défaut. En effet, le droit conventionnel s'est simplement contenté de fixer le statut juridique du crime, en consacrant son imprescriptibilité²⁹⁸ ou bien en considérant certains crimes conventionnellement consacrés comme constitutifs d'un crime contre l'humanité.²⁹⁹ En reconnaissant un caractère coutumier à la notion de crime contre l'humanité et eu égard à la valeur générale de la coutume internationale, l'incrimination s'imposerait aux Etats et deviendrait obligatoire. Seulement, le simple fait que la coutume

²⁹⁶ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 95 (1) du 11 décembre 1946, *Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg*.

²⁹⁷ Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950, Documents Officiels cinquième session, Supplément No 12(a/1316), Nations Unies, New-York, 1950, pp.12-16

²⁹⁸ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968.

²⁹⁹ La *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid* du 30 novembre 1973 dispose ainsi en son article premier que « les Etats parties à la présente Convention déclarent que l'apartheid est un crime contre l'humanité ». La Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, dans son Préambule, retient « que la pratique systématique de la disparition forcée des personnes constitue un crime de lèse-humanité ». De même, la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* retient que en son article 5 que « la pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international applicable, et entraîne les conséquences prévues par ce droit ».

soit une norme non écrite laisse une importante marge de manœuvre aux Etats quant à l'ampleur de sa retranscription en droit interne. En effet, force est de constater que le droit interne n'a pas toujours tenu compte de l'autonomie de la notion de crime contre l'humanité et que, lorsqu'il est incriminé, ce crime l'est comme une circonstance aggravante d'un crime de droit commun.³⁰⁰ De plus, la répression des crimes contre l'humanité est longtemps restée exclusivement cantonnée à la répression des crimes nazis. Le juge applique les principes de Nuremberg, mais uniquement pour les crimes commis pendant la seconde guerre mondiale. Pour le reste, le flou demeure. La difficulté d'obtenir une définition claire et unanime empêche une incrimination également claire et unanime. La consécration de l'autonomie de la notion de crime contre l'humanité fait souvent défaut en droit interne et lorsqu'elle n'est pas rattachée à la notion de génocide, elle l'est à celle d'infractions de droit commun.³⁰¹

b. Difficulté d'incrimination du crime contre l'humanité.

217. Comme l'a remarqué à de nombreuses reprises la doctrine, « *le crime contre l'humanité ne forme pas une incrimination claire, solide, aux contours bien définis* ». ³⁰² Il est évident que l'absence de définition universellement approuvée ne facilite pas l'incrimination du crime contre l'humanité, dont le contenu est par nature incertain. A ce propos, Pierre Truche estime que « *le plus important n'est pas de prévoir un inventaire des manifestations du crime contre l'humanité comme le font les textes et les lois, car l'imprévisible, l'inimaginable peuvent se produire, mais de cerner ce qu'est sa nature qui se laisse difficilement enfermer dans une définition générale* ». ³⁰³ En effet, proposer une définition unique risque d'enfermer la notion dans un formalisme rigide sujet à peu d'interprétation, tandis que préférer une approche coutumière facilite l'évolution de la notion. Pour cela, les actes constitutifs du crime contre l'humanité s'apparentent à des

³⁰⁰ Plusieurs schémas d'incrimination sont possibles. Idéalement, il conviendrait d'incriminer le crime contre l'humanité de manière autonome, à l'image de la loi belge de compétence universelle, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir. Cependant, force est de constater que cette incrimination se rencontre principalement dans les lois nationales d'adaptation des Statuts des juridictions pénales internationales, tel le *International Criminal Court Act* britannique, ou bien en tant que circonstance aggravantes du crime de guerre (code pénal chinois) ou d'un crime de droit commun (code pénal italien).

³⁰¹ La Cour de cassation a reconnu à ce propos que « *les crimes contre l'humanité sont des crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit* », Cass crim, 6 février 1975, Touvier, Bull crim n° 42.

³⁰² De Hemptinne (J.), La définition du crime contre l'humanité par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *R.T.D.H.*, 1998, p. 763. Voir également Clergerie (J.L.), La notion de crime contre l'humanité, *R.D.P.*, 1988, p. 1258.

³⁰³ Truche (P.), La notion de crime contre l'humanité, bilan et propositions, *Esprit*, 1991, p. 85.

infractions de droit commun que les Etats devront qualifier, selon les circonstances, de crime contre l'humanité. La multiplicité des comportements à comprendre dans la notion de crime contre l'humanité ne fait pas l'unanimité³⁰⁴, mais il s'avère que le droit positif est venu au secours des lacunes de définition.³⁰⁵ Les crimes contre l'humanité se distinguent « *par leurs proportions et leur spécificité. Par leurs proportions : un nombre énorme d'actes délictueux, commis par un très grand nombre d'agents, dans un grand nombre de lieux, contre un nombre immense de victimes. Par leur spécificité : l'atrocité ; le caractère massif, systématique, organisé* ». ³⁰⁶ Pour qualifier un crime de crime contre l'humanité, attaque généralisée, intention discriminatoire, gravité et ampleur vont être les éléments qualificatifs essentiels que les Etats doivent identifier pour incriminer une infraction de droit commun en crime contre l'humanité. Ainsi, le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie précise que les actes constitutifs d'un crime contre l'humanité

« doivent avoir pour objet une population civile spécifiquement identifiée comme un groupe par les auteurs de ces actes. En second lieu, les actes criminels doivent s'inscrire dans une certaine organisation et s'insérer dans un contexte systématique. S'il n'est pas nécessaire qu'ils soient liés à une politique instituée à un niveau étatique au sens classique du terme, ils ne peuvent pas être le seul fait d'individus isolés. Enfin, la perpétration des actes criminels, considérés dans leur ensemble, doit présenter une certaine ampleur et une certaine gravité ». ³⁰⁷

³⁰⁴ Voir par exemple, Thibord (J.), Le système d'esclavage sexuel de l'armée japonaise (1932-1945) : réflexions sur un crime contre l'humanité oublié, *L'observateur des Nations Unies*, n° 15, 2003, pp. 53-84.

³⁰⁵ Le TPIY définit le crime contre l'humanité comme « *Les crimes contre l'humanité couvrent des faits graves de violence qui lèsent l'être humain en l'atteignant dans ce qui lui est le plus essentiel : sa vie, sa liberté, son intégrité physique, sa santé, sa dignité. Il s'agit d'actes inhumains qui de par leur ampleur ou leur gravité outrepassent les limites tolérables par la communauté internationale qui doit en réclamer la sanction. Mais les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité* », TPIY, 29 novembre 1996, Chambre de première instance, *Procureur c. Drazen Erdemovic*, IT-96-22, § 28.

³⁰⁶ Meyrowitz (H.), op. cit, p.1.

³⁰⁷ TPIY, 20 octobre 1995, *Le Procureur c/ Dragan Nikolic*, IT-94-2-R61., § 26. Le Tribunal va préciser cette définition en insistant sur le caractère discriminatoire du crime contre l'humanité. Il en ressort que « *du fait que la condition d'intention discriminatoire pour des raisons nationales, politiques, ethniques raciales ou religieuses pour tous les crimes contre l'humanité a été prévue dans le rapport du secrétaire général et puisque plusieurs membres du Conseil de sécurité ont indiqué qu'ils interprétaient l'article 5 comme se référant à des actes motivés par une discrimination, la Chambre de première instance adopte la condition*

218. A défaut d'une définition conventionnellement et spécifiquement posée, l'incrimination du crime contre l'humanité ne sera pas sans poser de difficultés, car si définition interne il y a, celle-ci est ambiguë à deux points de vue. D'une part, la tendance à confondre crime contre l'humanité avec crimes de guerre s'est développée. D'autre part, les Etats et la doctrine ont tendance à confondre ces deux notions proches que sont génocide et crime contre l'humanité en faisant du génocide le pire des crimes contre l'humanité. Ceci explique que le droit interne est souvent muet à ce propos. Or le caractère coutumier de l'incrimination suppose qu'une infraction autonome et spécifique soit prévue en droit interne.³⁰⁸ Pourtant, force est de constater que les Etats n'ont pas toujours suivi cette prescription. De la lacune d'un texte international, il ressort que le juge interne appliquera à des crimes, qui auraient pu relever de la notion de crime contre l'humanité, le droit commun incriminant l'homicide ou les atteintes à la vie.

219. Cependant, la lacune d'incrimination peut être comblée si l'Etat a ratifié le Statut de la Cour pénale internationale. En effet, la Cour se déclare compétente pour connaître du crime contre l'humanité et en donne une définition somme toute assez complète. En fait de quoi, un Etat qui reconnaît la compétence de cette juridiction est supposé adhérer aux incriminations qui se trouvent dans son Statut. En vertu de l'origine coutumière de l'incrimination et de sa conventionnalisation, il semblerait logique que les Etats dépassent leurs réticences souveraines et adaptent explicitement leur droit interne à une telle définition, en dehors de la Cour pénale internationale.³⁰⁹

d'intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'humanité en vertu de l'article 5 », TPIY, 7 mai 1997, Chambre de première instance II, Le Procureur c. D. Tadic, affaire n° IT-94-1-T, § 652.

³⁰⁸ C'est ce qu'appelait la Cour de cassation française lors du procès de Klaus Barbie, accusé de crimes contre l'humanité pour sa responsabilité dans la déportation et l'extermination de civils. La Haute juridiction a retenu une incrimination et une définition coutumière et autonome du crime contre l'humanité. En effet, « *les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique ou collective, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition, pouvaient être qualifiés de crime contre l'humanité* ». Cass crim, 20 décembre 1985, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*.

³⁰⁹ En ce qui concerne la France, le *projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale* du 15 mai 2007, propose enfin une définition autonome du crime contre l'humanité, selon laquelle, « *constitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique : 1° L'atteinte volontaire à la vie ; 2° L'extermination ; 3° La réduction en esclavage ; 4° La déportation ou le transfert forcé de population 5° L'emprisonnement ou toute autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; 6° La torture ; 7° Le viol, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; 8° La persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique,*

B. L'incrimination de l'agression.

220. A l'image du crime contre l'humanité, l'agression fait partie de ces notions de droit international, qui n'ont pas été atteintes par le droit conventionnel et qui demeurent ancrées dans le droit coutumier. Dans le cas de l'agression, le droit international ne consacre pas la légalité des délits puisque ce crime n'a toujours pas fait l'objet d'une définition clairement établie (1.) et qu'en conséquence, de sérieux doutes demeurent quant à une éventuelle incrimination de ce crime. (2.)

1. Une définition introuvable de l'agression ?

221. La doctrine et la pratique internationale s'accordent à reconnaître à l'agression le caractère de crime international par excellence, celui dont la survenance entraîne des conséquences graves et parfois irrémédiables pour la société internationale.³¹⁰ Or, le crime contre la paix et la sécurité internationales, bien qu'il soit reconnu, souffre qu'il ne soit pas défini officiellement dans ses éléments constitutifs. En effet, l'agression, à l'image du terrorisme international ou bien du crime contre l'humanité, fait partie de ces notions obscures du droit international qui brillent par leur absence de définition universellement reconnue et acceptée. La première prise en considération du crime d'agression au plan international date du Traité de Versailles qui reconnaît la responsabilité générale de l'Etat allemand et personnelle du Kaiser dans le déclenchement de la première guerre mondiale « *pour offense suprême contre la moralité internationale et l'autorité des traités* ». ³¹¹ Ce premier pas, bien qu'il échouât, fut la première prise de conscience de la mise hors la loi de la guerre au plan juridique international. Mais le Traité se contenta de poser les bases de la

culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ; 9° L'arrestation, la détention ou l'enlèvement de personnes, suivis de leur disparition et accompagnés du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort qui leur est réservé ou de l'endroit où elles se trouvent ; 10° Les actes de ségrégation commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ; 11° Les autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique ».

³¹⁰ Schwebel (S.M.), Aggression, intervention and self-defence in moderne international law, *R.C.A.D.I.*, 1972, vol 136, pp. 413-497, David (E.), L'actualité juridique de Nuremberg, in *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation*, Bruylant, 1988, pp. 89-181.

³¹¹ Article 227 du Traité.

responsabilité pénale de Guillaume II et ne posa aucune définition de la notion d'agression. Prenant acte du Traité de Versailles, le Pacte de la Société des Nations va disposer que

*« les membres de la société s'engagent à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité et l'indépendance politique présente de tous les Membres ».*³¹²

222. A l'image du Traité de Versailles, la définition de l'agression fait défaut dans le Pacte. Le texte fait seulement référence à la violation de la souveraineté étatique et à sa sauvegarde, mais laisse de côté une quelconque précision lexicale. Le Pacte Briand-Kellog du 27 août 1928, désirant ôter sa légitimité à la guerre, constitue une avancée certaine dans l'interdiction du recours à la guerre en la proclamant illégale. Cependant, il ne pose aucune définition, ne serait-ce que partielle, du crime d'agression.³¹³ Dès le départ, la valeur de coutume internationale de la notion d'agression se détache, coutume au demeurant fort incertaine et laconique. Or, envisager une obligation d'incrimination de l'agression est improbable quand une définition même du crime est inexistante.

223. La première consécration de la définition du crime de l'agression se fait au travers des Statuts des tribunaux militaires internationaux. En effet, ceux-ci sont intéressants à un double niveau puisqu'ils définissent la notion d'agression et la consacrent en tant que crime autonome. Le Statut de Nuremberg qualifie l'agression de crimes contre la paix, à savoir

*« la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ».*³¹⁴

³¹² Article 10 du Pacte.

³¹³ Article I : *« Les Hautes Parties contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles. »*

³¹⁴ Article 6 a) du Statut du Tribunal de Nuremberg. Article 5.a) du Statut du Tribunal de Tokyo : *« Crimes against Peace: Namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing ».*

224. Pour la première fois, l’incrimination de l’agression se trouve consacrée dans des textes à valeur universelle qui constituent la base d’une coutume internationale en cours de cristallisation. La guerre d’agression est déclarée hors la loi mais elle est surtout définie. Certes, cette définition reste sommaire, mais elle s’est avérée nécessaire dans la mesure où « *la guerre d’agression, est le grief initial, fondamental, d’où sont issus tous les autres* ». ³¹⁵

2. Une incrimination négligée de l’agression ?

225. Dans la suite logique du droit de Nuremberg, la Commission du droit international a été chargée de codifier les règles coutumières de l’agression. En effet, à l’image de la définition du crime contre l’humanité, celle de l’agression est problématique, les Etats n’arrivant pas à s’entendre, dès l’origine, sur la notion même d’agression et sur les actes constitutifs de ce crime. La Commission a rappelé à ce propos, de manière surprenante eu égard à sa mission de codification des règles du droit international coutumier que « *ce n’est pas à elle de définir la notion exacte de l’agression, cette tâche étant du ressort d’autres organismes* ». ³¹⁶ Qu’en est-il de l’incrimination ? Nuremberg restera donc le seul référent incriminant ?

226. Il est revenu à l’Assemblée générale des Nations Unies de proposer une définition claire et précise du crime d’agression. La Résolution 3314 du 14 décembre 1974 portant définition de l’agression, propose en effet une approche de la notion qui tient compte des précédents coutumiers, notamment de la définition proposée à Nuremberg. En qualifiant l’agression de crime contre la paix ³¹⁷, cette définition, visant à favoriser le maintien de la paix et de la sécurité internationales, est axée sur la nécessaire protection de la souveraineté des Etats. Il faut ainsi entendre par crime d’agression

« l’emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l’intégrité territoriale ou l’indépendance

³¹⁵ Donnedieu de Vabres (H.), op. cit, p. 489. En effet, d’un point de vue strictement chronologique, l’agression de la Pologne par l’Allemagne le 1^{er} septembre 1939, fût le coup d’envoi des hostilités et de la catastrophe humanitaire de la seconde guerre mondiale.

³¹⁶ *Ann CDI*, 1976, vol II-2, § 68, p. 112.

³¹⁷ Article 5.2 de la Résolution 3314 du 14 décembre 1974: *définition de l’agression*

*politique d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies ».*³¹⁸

Et d'ajouter que

*« l'emploi de la force armée en violation de la Charte par un Etat agissant le premier constitue la preuve suffisante à première vue d'un acte d'agression ».*³¹⁹

227. Afin de pallier aux imprécisions passées, la Résolution caractérise de manière non limitative les actes à prendre en considérations pour qualifier un comportement d'agression. Ce sont l'invasion, l'attaque ou l'occupation militaire du territoire d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat, le bombardement, le blocus des ports ou des côtes, l'attaque contre les forces armées, l'utilisation des forces armées stationnées sur le territoire d'un autre Etat avec l'accord de l'Etat d'accueil, l'utilisation du territoire d'un Etat, par un autre, comme base de lancement d'un acte d'agression contre un Etat tiers ou bien l'envoi de mercenaires.³²⁰ Mais le caractère simplement déclaratoire de cette Résolution n'impose aucune obligation aux Etats en matière d'incrimination du crime d'agression. Certes, l'agression constitue la phase préalable à la commission des crimes de guerre, mais son incrimination demeure paradoxale puisque une responsabilité étatique sera majoritairement recherchée, tandis que la responsabilité pour crimes de guerre sera majoritairement personnelle. La résolution est analysée comme servant de modèle pour le Conseil de sécurité afin de qualifier des atteintes à la paix, sur la base de l'article 39 de la Charte, puisque, le Conseil de sécurité est compétent pour constater *« l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression »*.³²¹

³¹⁸ Ibid, article premier.

³¹⁹ Ibid, article 2.

³²⁰ Ibid, article 3.

³²¹ La qualification d'agression par le Conseil de sécurité, même si elle est autorisée, n'est pas une qualification aisée. A notre connaissance, le Conseil n'a jamais qualifié une situation d'agression. En effet, à l'image de l'invasion du Koweït par l'Irak, situation qui répondait pourtant parfaitement aux critères de la Résolution 3314, le Conseil de sécurité n'a retenu qu'une *« rupture de la paix et de la sécurité internationales »* (Résolution 660 (1990) du 2 août 1990, Irak et Koweït). Pourquoi une telle négation de la réalité ? La constatation d'une agression armée est la qualification la plus grave. Cela amènerait à reconnaître l'échec du système onusien car qui dit agression, dit recours à la légitime défense et guerre avérée. Or, ne pas retenir l'agression laisse espérer que la voie diplomatique peut être encore utilisée afin de rétablir la situation. Tel était récemment le cas dans la Résolution 1701 du 11 août 2006 dans laquelle le Conseil préféra employer les termes d'hostilités ou de menaces à la paix afin de permettre la cessation des combats et une résolution diplomatique du conflit libanais. (Résolution 1701 (2006) du 11 août 2006, *Situation au Moyen Orient*).

228. L'incrimination du crime d'agression demeure utopique puisque aucun texte, malgré les appels de la doctrine³²², n'est venu par la suite confirmer ou du moins reprendre le contenu de la Résolution de 1974. En effet, la Commission du droit international, dans son *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* de 1996, même si elle traite de l'agression, ne codifie que partiellement les règles coutumières de définition de l'agression et uniquement sous l'aspect de leur aspect de mise en jeu de la responsabilité.³²³ Les deux tribunaux pénaux internationaux excluent de leur compétence les crimes d'agression, alors même que la situation en ex-Yougoslavie aurait pu laisser envisager une pareille qualification.³²⁴

229. L'incrimination de l'agression aurait dû être officialisée dans le Statut de la Cour pénale internationale. Ce texte fondateur, inspiré des expériences passées, coutumières et conventionnelles, aurait dû être le vecteur d'une approche conventionnelle et universelle de la notion d'agression. En effet, outre une compétence classique pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, la Cour se reconnaît compétente pour connaître du crime d'agression. Simplement, le Statut suspend d'emblée la compétence de la Cour à cet égard puisque aucune définition de l'agression n'a été retenue. En effet, il est prévu à l'article 5. 2 que,

«la Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies ».

³²² Zourek (J.), Enfin une définition de l'agression, *A.F.D.I.*, 1974, pp. 9-30.

³²³ Article 16 : «*Tout individu qui, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, prend une part active dans, ou ordonne, la planification, la préparation, le déclenchement ou la conduite d'une agression commise par un Etat, est responsable de crime d'agression* »

³²⁴ Le Tribunal de la Haye qualifie le conflit en ex-Yougoslavie de conflit mixte, c'est-à-dire à la fois interne et international. Or par définition, un conflit international met en cause des Etats souverains et indépendants, donc une situation dans laquelle un agresseur est clairement identifié. C'est ce constat qui aurait dû justifier la reconnaissance de l'agression parmi les bases de compétence du Tribunal. Mais la frilosité du conseil de sécurité en la matière a été flagrante. Voir en cela TPIY, 2 octobre 1995, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule »*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, (IT-94-1), § 72.

230. Lacune éclatante de la Cour, la définition de l'agression est repoussée à la première révision du Statut prévue pour 2009, laissant à nouveau une notion clef du droit international, orpheline d'une définition pourtant essentielle. Si tant est qu'il y ait un consensus des Etats parties, ce qui, vu l'évolution du droit semble improbable,³²⁵ la notion d'agression reste une notion coutumière, dont peu de textes tiennent compte : d'un côté des Statuts de juridictions disparues, de l'autre une Résolution des Nations Unies sans valeur contraignante.

231. A défaut d'incrimination internationalement établie, la jurisprudence interne est venue préciser l'approche étatique du crime d'agression et par là même celle de l'incrimination. Dans l'affaire *R v. Jones*³²⁶, du 29 mars 2006, la Chambre des Lords s'est prononcée sur le fait de savoir si le crime d'agression, tel qu'établi par la coutume internationale, faisait partie intégrante du droit pénal britannique. En effet, peu de temps avant l'intervention britannique en Irak, des individus, par divers moyens, ont tenté d'empêcher l'entrée en guerre du Royaume Uni, afin d'éviter la commission en Irak du crime d'agression qui serait lié à l'invasion du pays. Pour leur défense, ils invoquaient que le caractère de la coutume internationale a entraîné son intégration automatique en droit interne. En ce qui concerne l'agression, la section 3 du *Criminal Law Act*, selon laquelle une personne peut raisonnablement utiliser la force pour prévenir la commission d'un crime, justifierait leur tentative d'empêcher la commission du crime d'agression.³²⁷ Les Lords ont décidé que, même si le crime d'agression était un crime prohibé par la coutume internationale, il n'est pas intégré au droit national et qu'en conséquence, la base légale invoquée ne vaut que pour les crimes de droit commun, crimes internes, et non pas pour le crime international d'agression, fut-il d'origine coutumière.³²⁸

³²⁵ Voir Lemasson (A-T.), *Le crime contre la paix ou crime d'agression. De la réactivation d'une infraction de droit international classique*, *R.S.C*, 2006, pp. 275-292.

³²⁶ House of Lords, 29 mars 2006, *R v. Jones*, in www.publications.parliament.uk.

³²⁷ Criminal Law Act 1967, Section 3 : « *A person may use such force as is reasonable in the circumstances in the prevention of crime, or in effecting or assisting in the lawful arrest of offenders or suspected offenders or of persons unlawfully at large* »

³²⁸ Lord Bingham of Cornhill: « *The focus of the Act is entirely domestic, and it would seem to me very highly unlikely that Parliament understood "crime" in section 3 as covering crimes recognised in customary international law but not assimilated into our domestic law by any statute or judicial decision* », § 26.

§. II. Une fonction habilitante de la coutume.

232. Au-delà de ces deux crimes que sont le crime contre l'humanité et l'agression, la pratique en matière d'incriminations coutumières demeure restreinte. En effet, l'absence de référant conventionnel pêche en la défaveur d'une reconnaissance unanime des incriminations coutumières, laissant ainsi aux Etats une marge d'appréciation accentuée. De ce fait, il faut déduire que la coutume présente majoritairement un caractère habilitant. Or, les règles coutumières ne doivent pas être négligées, car elles permettent de fonder (A.), mais aussi de légitimer (B.) l'incrimination.

A. La coutume: fondation d'incrimination.

233. La coutume internationale peut être considérée comme une source du droit international fondant l'incrimination, en complétant les éventuelles lacunes du droit conventionnel. (1.) Une telle position a été confirmée par le droit positif. (2.)

1. Une coutume complétive du droit conventionnel.

234. La coutume internationale peut permettre, par sa nature non-écrite, de compléter le droit conventionnel. En effet, si le texte conventionnel est imprécis, si sa rédaction ne répond que partiellement aux standards de la répression ou si la définition du crime est vague, la coutume pourra prendre le relais, en prescrivant aux Etats, d'incriminer un crime que ne prévoyait pas la Convention. Les éventuelles lacunes conventionnelles ne doivent pas bénéficier au criminel. C'est la raison pour laquelle la cristallisation d'une coutume favorisera, selon les crimes commis, une extension de l'obligation d'incrimination. Même si la légalité des délits n'est pas consacrée par cette règle coutumière, il n'en demeure pas moins que le rôle de la coutume est fondamental car elle permet une lecture moderne et évolutive du texte conventionnel, en constatant les pratiques étatiques et/ou internationales, permettant d'amplifier le champ d'application du texte conventionnel.

235. En tant que telle, la coutume internationale va permettre de fonder une incrimination spécifique, jusque là ignorée. L'intérêt d'une telle pratique réside dans le fait qu'elle interviendra rétroactivement et que les Etats auront en conséquence la possibilité

d'incriminer des comportements qui n'étaient pas prohibés par le texte conventionnel. Comme de telles normes ne sont pas basées sur de la légalité textuelle, ce droit coutumier demeure un droit habilitant car il ne fait qu'autoriser les Etats à incriminer. Cependant, son rôle est primordial en ce qu'il encourage les Etats à lutter contre la criminalité et l'impunité.

2. La réponse du droit positif.

236. L'affaire Samuel Hinga Norman jugée par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone constitue une avancée majeure en matière d'incrimination coutumière. Lors du conflit, Samuel Hinga Norman était ministre des affaires intérieures de la Sierra Leone et coordinateur national et chef de milices paramilitaires et de milices paragonnementales. Il est accusé de violations graves du droit international humanitaire, de crime contre l'humanité et de crime de guerre. Notamment il est accusé d'avoir approuvé le recrutement, l'initiation et l'entraînement d'enfants de moins de 15 ans, qui avaient ensuite participé aux hostilités. En tant que chef des milices, il encourt la mise en jeu de sa responsabilité pénale individuelle.

237. Pour la défense la base coutumière invoquée était inopérante car le crime d'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans n'était pas une règle coutumière internationale au moment de la commission des faits et que le deuxième *Protocole additionnel aux Conventions de Genève* et la *Convention sur les droits de l'enfants*, bien qu'il impose aux Etats une obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher le recrutement de mineurs de moins de quinze ans, n'impose pas une obligation réelle et explicite d'incrimination. De plus, la défense invoquait la violation du principe de la légalité et de la non rétroactivité, car « *si l'accusé a fait valoir que l'enrôlement d'enfants a acquis le statut de crime au regard du droit international, il a admis que le tribunal devait établir à partir de quel moment il était devenu un crime entraînant la responsabilité pénale individuelle afin de ne pas violer le principe nullum crimen sine lege* ». ³²⁹

³²⁹ Williamson (J.A.), Un aperçu des juridictions pénales internationales en Afrique, *R.I.C.R.*, 2006, pp. 111-132. Selon l'article 4 de son Statut, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a compétence pour juger les personnes responsables de violations graves du droit humanitaire, et notamment celles qui ont recruté des enfants de moins de 15 ans dans des groupes armés. Article 4 : «*The Special Court shall have the power to*

238. Dans un arrêt du 31 mai 2004, le Tribunal part du constat que la prohibition de l'enrôlement des enfants de moins de quinze ans fait partie du droit coutumier international.³³⁰ En se référant à de nombreux traités internationaux, le Tribunal va faire état de la prohibition d'un tel recrutement. Notamment, les juges se réfèrent au *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, Protocole II du 8 juin 1977³³¹, à la *Convention internationale des droits de l'enfant*³³² ou au *Protocole facultatif à la Convention internationale des droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*.³³³ Le Tribunal remarque également que de nombreuses législations nationales prohibent l'enrôlement et le recrutement des enfants de moins de quinze ans.³³⁴ Ce double faisceau d'indices laisse à penser que la prohibition de cette pratique fait partie des règles de la coutume internationale, et ce depuis bien avant le déclenchement du conflit en 1996. En ce qui concerne la criminalisation de la pratique, le Tribunal se réfère à la *Déclaration du Président du Conseil de sécurité du 29 juin 1998 à propos des enfants touchés par les conflits armés* et selon laquelle,

« le Conseil exhorte toutes les parties concernées à s'acquitter rigoureusement des obligations qui leur incombent en vertu du droit international, en particulier de celles que leur imposent les Conventions de Genève de 1949, les Protocoles additionnels de 1977 et la Convention des

prosecute persons who committed the following serious violations of international humanitarian law: c) Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities ».

³³⁰ TSSL, Le Procureur c. Sam Hinga Norman, Arrêt sur l'exception préliminaire fondée sur le défaut de compétence (enrôlement d'enfants), affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E) du 31 mai 2004.

³³¹ Article 4. 3 c) : « les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités ».

³³² Article 38 : « 1. Les États parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants. 2. Les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de 15 ans ne participent pas directement aux hostilités. 3. Les États parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de 15 ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de 15 ans mais de moins de 18 ans, les États parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées. 4. Conformément à l'obligation qui leur incombe en vertu du droit humanitaire international de protéger la population civile en cas de conflit armé, les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants qui sont touchés par un conflit armé bénéficient d'une protection et de soins. »

³³³ Article 2 : « Les États parties veillent à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans ne fassent pas l'objet d'un enrôlement obligatoire dans leurs forces armées ».

³³⁴ § 18 « As regards state practice, the list of states having legislation concerning recruitment or voluntary enlistment clearly shows that almost all states prohibit (and have done so for a long time) the recruitment of children under the age of 15 ».

*Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989. Il souligne que tous les États sont tenus de poursuivre les responsables de violations graves du droit humanitaire international ».*³³⁵

Ainsi, en exhortant les Etats à rechercher la responsabilité pénale des auteurs d'enrôlement et de recrutement de mineurs de moins de quinze ans, le Tribunal vient consacrer la pénalisation d'une pratique coutumière violant le droit international humanitaire.

239. Au regard de la décision du Tribunal, il apparaît donc que le droit coutumier a réussi à préciser d'avantage l'obligation d'incrimination, alors même que le droit conventionnel est obscur en la matière. En effet, le droit conventionnel, s'il prohibe l'enrôlement des enfants de moins de quinze ans dans les conflits armés, ne prévoit pas une obligation explicite d'incrimination à destination des Etats. Cette lacune semble comblée dans la mesure où les multiples références coutumières sont garantes d'une nouvelle approche de la notion de crime de guerre et de crime contre l'humanité. La prise en compte de la coutume comme base incriminante permet ainsi d'accroître le nombre de crimes à réprimer, en évitant un argument fondé sur l'absence d'un référent écrit. Le fait que l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans soit une pratique prohibée, engageant la responsabilité pénale, traduit la nécessité d'assurer une répression effective et efficace de la pratique. L'interprétation du droit coutumier permet ainsi de créer une nouvelle incrimination à destination des Etats, incrimination qualifiée par la Cour pénale internationale de crime de guerre.³³⁶

B. Coutume : légitimation d'incrimination.

240. La question de savoir si la coutume internationale peut être une source de légitimation de l'incrimination doit être posée. La coutume viendra légitimer l'incrimination en droit interne, lorsqu'il est question du respect des droits impératifs. **(1.)** De même, la nature même de la coutume permettra de légitimer l'incrimination en cas de défaut de celle-ci en droit interne. **(2.)**

³³⁵ Déclaration du Président du Conseil de sécurité, S/PRST/1998/18, 29 juin 1998.

³³⁶ Il faut noter que la Cour pénale internationale considère comme crime de guerre « *le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités* ».

1. Incrimination coutumière et droits impératifs.

241. Certains crimes sont si graves ou caractéristiques, qu'au-delà du strict droit conventionnel, ils ont avant tout une base coutumière, valant à l'égard de tous les Etats. Il faut garder à l'esprit que si un Traité codifie la coutume, il ne la supprime pas pour autant, surtout lorsque l'on se trouve face à des droits impératifs. Les Etats ne peuvent pas avancer l'argument que leur non participation à un tel Traité les exonérerait de leur devoir d'incrimination. Tel l'interdiction du génocide ou bien de la torture.

242. Bien que le crime de génocide n'ait pas été incriminé de manière autonome à Nuremberg, les efforts conciliés de l'Assemblée générale des Nations Unies et de la Commission du droit international permirent l'élaboration de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. En tant que tel, un Traité ne valant qu'à l'égard des Etats parties, l'obligation d'incrimination ne vaudrait qu'à l'égard de ces Etats. Or, vu la gravité du crime en cause et l'acceptation généralisée de sa prohibition, il apparaît que l'interdiction du crime de génocide a acquis une valeur coutumière. En effet, il est reconnu que depuis l'adoption de la Convention « *jamais (...) on n'a pu entendre une voix prétendant que le génocide était une affaire purement interne, ou que son caractère comme crime de droit international était sujet à doute* ». ³³⁷ Ajoutons à cela que la Cour internationale de justice a reconnu que

« les origines de la convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme «un crime de droit des gens» impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les

³³⁷ Tomuschat (C.), La cristallisation coutumière, in Ascensio (H), Decaux (E.), Pellet (A.), op. cit, p. 30.

*nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel».*³³⁸

243. Et d'ajouter de surcroît que les droit et obligations consacrés par la Convention ont une valeur *erga omnes*.³³⁹ Le caractère de norme impérative et d'obligations *erga omnes* de l'interdiction du génocide, ajoutés à l'incrimination de ce crime par les juridictions pénales internationales suffit donc à conférer à l'interdiction du génocide un caractère pleinement coutumier. En conséquence, tout Etat est lié par les prescriptions du droit international prohibant le génocide, y compris celles concernant son incrimination, quand bien même il ne serait pas partie à la Convention. Cependant, l'absence de référant conventionnel, eu égard à l'incrimination, ne fait qu'habiliter ces Etats à incriminer en droit interne le génocide, car ils ne se sont pas liés, volontairement, à un texte. Or, une simple habilitation à incriminer ne semblant pas conciliable avec la nature impérative de cette norme, les Etats auraient tout intérêt à incriminer, effectivement, un tel crime en droit interne.³⁴⁰

244. Un raisonnement similaire peut être retenu en ce qui concerne l'interdiction de la torture, à la fois norme de *jus cogens* et obligation *erga omnes*. En dehors du seul texte de 1984, la torture est unanimement et universellement condamnée, au travers de nombreux textes et pratiques, tant internes qu'internationales. Vu cette condamnation générale, l'interdiction de la torture fait partie des normes impératives de droit international, imposant à l'ensemble des Etats des obligations *erga omnes*.³⁴¹ Par analogie, à l'image de l'incrimination du génocide, un Etat, quand bien même il ne serait pas lié par la Convention contre la torture, serait lié par cette interdiction universelle et impérative de

³³⁸ C.I.J., A.C., 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du génocide*, Rec, 1951, p. 23.

³³⁹ C.I.J., 11 juillet 1996, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), exceptions préliminaires, Rec 1996, § 33.

³⁴⁰ Une cinquantaine d'Etats ne sont pas parties à la Convention. Bien qu'il ne soient pas liés par le texte même, ils sont titulaires d'une certaine obligation morale, d'origine coutumière, de respecter les prescriptions conventionnelles, y compris celle relative à l'incrimination.

³⁴¹ Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a ainsi reconnu que le « *trait majeur du principe interdisant la torture touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international. En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou jus cogens, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel, même que les règles du droit coutumier ordinaire. La conséquence la plus manifeste en est que les Etats ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative. Clairement, la valeur du jus cogens de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre cette interdiction doit avoir un effet de dissuasion, en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser* », in T.P.I.Y., 10 décembre 1998, *Procureur c. Anto Furundzija*, §§ 153 et 154.

prohiber la torture et de punir les tortionnaires. Il est donc logique d'appliquer à la torture l'*obiter dictum* de la Cour internationale de justice, selon lequel les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. Caractère impératif et approche *erga omnes* des obligations conventionnelles militent donc en faveur d'une réelle reconnaissance coutumière de l'interdiction de la torture. En matière d'incrimination, une approche habilitante, identique à celle du génocide, doit être privilégiée, pour les Etats non parties à la Convention.

2. L'invalidité du défaut d'incrimination.

245. La question de la validité du défaut d'incrimination est au centre de l'affaire *Kolk et Kislyiy*.³⁴² Dans une décision de recevabilité de la requête, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la légitimation de l'incrimination par voie coutumière. Les deux requérants, ressortissants estoniens, avaient été condamnés par les juridictions locales, sur la base du droit pénal national, pour crimes contre l'humanité. Tous deux occupaient un emploi d'enquêteur au sein du Ministère de la sécurité nationale, de l'Estonie soviétique. L'un est d'accusé d'avoir participé, d'avoir organisé et d'avoir rédigé les rapports subséquents à une opération de déportation de 10 familles vers des camps en Union soviétique, l'autre d'avoir organisé une pareille opération à l'encontre d'une famille. Les opérations menées par les deux requérants se sont déroulées le 25 mars 1949. Condamnés pour crimes contre l'humanité sur la base du nouveau code pénal estonien qui incrimine et rend imprescriptible ce crime, les requérants, après épuisement des recours internes, ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme.

246. Les requérants invoquaient devant la Cour que le crime contre l'humanité, tel qu'identifié par l'article 6 c) du Statut du Tribunal de Nuremberg, ne faisait pas partie, à l'époque des faits en question, du droit interne estonien. En effet, le Code pénal soviétique de 1946, applicable dans la République soviétique d'Estonie, n'incriminait absolument pas le crime contre l'humanité. Celui-ci le fut en revanche dans le nouveau Code criminel de 1994.³⁴³ Les requérants invoquaient une violation de l'article 7 § 1 de la Convention

³⁴² Cour edh, 17 janvier 2006, décision sur la recevabilité, *Kolk et Kislyiy c. Estonie*.

³⁴³ Article 61-1 § 1 « *Crimes against humanity, including genocide, as these offences are defined in international law, that is, the intentional commission of acts with the aim of full or partial extermination of a*

européenne des droits de l'homme³⁴⁴ en raison d'une application rétroactive de la loi pénale, au motif que la déportation n'était pas incriminée en droit interne et que la référence à la définition posée à Nuremberg n'était pas valable puisque le crime en question n'avait pas eu lieu avant ou pendant la seconde guerre mondiale, mais bien après.

247. Pour la Cour, le crime de déportation de populations civiles a été reconnu par le Statut de Nuremberg et par le jugement qui en découla, comme constitutif d'un crime contre l'humanité. Certes, la compétence *ratione temporis* du Tribunal était limitée, il n'empêche que les principes de Nuremberg ont acquis une valeur coutumière et universelle à partir de la Résolution 95 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Les juges de Strasbourg vont débouter les requérants pour plusieurs motifs. En effet, même si le crime contre l'humanité n'était pas incriminé en droit interne à l'époque des faits, il faut remarquer que l'URSS, en sa qualité de partie à l'Accord de Londres, d'Etat de nationalité des juges à Nuremberg et de membre permanent des Nations Unies, était pleinement concernée par les principes coutumiers dégagés. En fait de quoi, il est inconcevable de se retrancher derrière le droit interne pour s'exonérer de sa responsabilité et mettre en œuvre une politique, pourtant condamnée par l'Etat soviétique dans le passé. De plus, le caractère imprescriptible du crime contre l'humanité a, lui aussi, acquis le caractère de coutume international et n'autorise pas la survivance de l'impunité. Même si l'Estonie indépendante a incriminé, postérieurement à la commission des faits, le crime contre l'humanité, et n'a ratifié que récemment la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*³⁴⁵, la Cour a estimé, à bon droit que

national, ethnic, racial or religious group, a group resisting an occupation regime, or other social group, the murder of, or the inflicting of extremely serious or serious bodily or mental harm or acts of torture on a member of such group, the forcible taking of children, armed attack, the deportation or expulsion of the native population in the case of occupation or annexation and the deprivation or restriction of economic, political or social human rights, shall be punished by 8 to 15 years' imprisonment or life imprisonment ».

³⁴⁴ Article 7 « 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.»

³⁴⁵ Article premier « Les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis : (...) b) Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale l'Organisation des Nations, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, l'éviction par une attaque armée ou l'occupation et les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid, ainsi que le crime de génocide, tel qu'il est défini dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis»

« even if the acts committed by the applicants could have been regarded as lawful under the Soviet law at the material time, they were nevertheless found by the Estonian courts to constitute crimes against humanity under international law at the time of their commission ».

248. La Cour ne constate pas une violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme puisqu'elle vient valider une application rétroactive de la loi pénale basée sur un principe coutumier international. L'incrimination du crime contre l'humanité étant coutumièrement établie à partir de 1945³⁴⁶, la Cour fait primer le caractère coutumier de la norme sur le défaut de base légale. En adoptant une telle position, elle confirme que le caractère coutumier d'une norme peut venir légitimer une incrimination qui n'existait pas en droit interne au moment de la commission des faits. La Cour avance donc l'argument que si la base légale internationale du texte interne est d'origine coutumière, au-delà de toute date critique, la loi pénale nationale peut rétroagir.

SECTION 2 : VERS UNE INCRIMINATION UNILATERALE.

249. Une dernière catégorie de normes internationales mérite d'être étudiée afin d'en dégager éventuellement, la présence d'une réelle obligation d'incrimination : les actes unilatéraux des organisations internationales. La question de savoir si de tels actes peuvent être source d'une telle obligation se pose puisque certaines de ces organisations peuvent avoir vocation à s'intéresser à la matière pénale. Tel est le cas de l'Organisation des Nations Unies (§ I.) ou bien encore de la Communauté européenne. (§ II.)

³⁴⁶ *«The Court notes that deportation of the civilian population was expressly recognised as a crime against humanity in the Charter of the Nuremberg Tribunal of 1945 (Article 6 (c)). Although the Nuremberg Tribunal was established for trying the major war criminals of the European Axis countries for the offences they had committed before or during the Second World War, the Court notes that the universal validity of the principles concerning crimes against humanity was subsequently confirmed by, inter alia, resolution 95 of the United Nations General Assembly (11 December 1946) and later by the International Law Commission. Accordingly, responsibility for crimes against humanity cannot be limited only to the nationals of certain countries and solely to acts committed within the specific time frame of the Second World War. In this context the Court would emphasise that it is expressly stated in Article I (b) of the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity that no statutory limitations shall apply to crimes against humanity, irrespective of the date of their commission and whether committed in time of war or in time of peace. After accession to the above Convention, the Republic of Estonia became bound to implement the said principles »*

§. I. Les incriminations onusiennes.

250. Chercher une valeur incriminante aux résolutions de l'Organisation des Nations Unies peut paraître surprenant puisque l'Organisation n'a pas vocation à s'immiscer dans la souveraineté pénale des Etats. Bien au contraire, la Charte des Nations Unies protège la souveraineté des Etats. Dès lors que la matière pénale est censée relever de la compétence exclusive des Etats membres, il faut en déduire une exclusion traditionnelle des actes unilatéraux des Nations Unies comme source d'incrimination (A.), même si le Conseil de sécurité est intervenu pour créer des incriminations, dans le cadre bien spécifique des Tribunaux pénaux internationaux. (B.)

A. Une exclusion des sources de incrimination des actes unilatéraux des Nations Unies.

251. Il ne ressort pas de la Charte que les institutions des Nations Unies aient compétence pour incriminer, par voie unilatérale, des comportements répréhensibles. Une telle règle s'applique en particulier aux actes et résolutions issus des deux institutions caractéristiques de l'Organisation : l'Assemblée générale (1.) et le Conseil de sécurité. (2.)

1. L'exclusion des sources d'incrimination des Résolutions de l'Assemblée générale.

252. Peut-on considérer que les Résolutions de l'organe représentatif des Nations Unies seraient susceptibles de constituer une source d'incrimination d'actes répréhensibles au niveau internationale ? La question se pose d'autant plus qu'à maintes reprises l'Assemblée a eu l'occasion de rendre des résolutions qui peuvent être qualifiées de « Résolutions pénales ». Ces résolutions sont considérées comme telles dans la mesure où elles portent directement sur la mise en cause d'actes répréhensibles, susceptibles de porter atteinte aux droits et à la sécurité de la communauté internationale. En ce sens, la Résolution du 13 février 1946 sur l'extradition et le châtement des criminels de guerre, lance un appel, aux Etats membres et aux autres, afin de consacrer la règle de l'alternative

extraditionnelle à l'encontre des criminels nazis. Certes, l'incrimination en l'espèce n'est pas explicite, puisque l'Assemblée recommande aux Etats de

*« prendre immédiatement toutes les mesures nécessaires pour que ces criminels de guerre, qui sont responsables de ces crimes ou qui y ont pris une part active, soient arrêtés et ramenés dans les pays où ont été perpétrés leurs forfaits afin d'y être jugés et punis conformément aux lois de ces pays ».*³⁴⁷

253. Mais il faut déduire de la suite de ce texte que l'Assemblée encourage les Etats à consacrer l'adage *aut dedere aut judicare*, ce qui par analogie entraînerait la reconnaissance en droit interne des crimes en question. De même, dans une Résolution du 18 décembre 1971, l'insistance de l'Assemblée générale auprès des Etats pour *« prendre les mesures nécessaires (...) en vue du châtement de tous les individus coupables (de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité) »*³⁴⁸ est teintée d'une certaine dose d'incrimination. Cependant, force est de constater que l'incrimination, ou du moins, les tentatives d'incriminations restent larvées dans ces deux Résolutions. En effet, seule une interprétation téléologique du texte permet de déduire un semblant d'incrimination, dès lors que la volonté de l'Assemblée demeure d'encourager les Etats à une incrimination pénale suivie d'une répression interne efficace et effective. Il est également à déplorer que le seul texte définissant l'agression en droit international, la Résolution du 14 décembre 1974, ignore complètement l'aspect incrimination de ce crime, pourtant le plus flagrant en droit international.

254. Dans les rares occasions où l'Assemblée se préoccupe directement d'une incrimination pénale, elle le fait par le biais d'une Déclaration, acte fortement solennel mais totalement dépourvu d'un quelconque effet obligatoire. De la sorte, déclarer que *« tout acte conduisant à une disparition forcée est un crime passible de peines appropriées, qui tiennent compte de son extrême gravité au regard de la loi pénale »*³⁴⁹ sera sans conséquences directes en matière d'effet juridique. De même, lorsque

³⁴⁷ Résolution 3/1 du 13 février 1946 : *Extradition et châtement des criminels de guerre.*

³⁴⁸ Résolution 28/40 du 18 décembre 1971 : *Question du châtement des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité.*

³⁴⁹ Résolution 47/1333 du 18 décembre 1992 : *Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.*

l'Assemblée générale prend une résolution portant adoption d'une Convention internationale à vocation répressive, la Résolution en tant que telle n'incrimine pas puisque est annexé, à l'acte unilatéral, un texte conventionnel qui reste soumis, par nature, aux règles du droit des traités.³⁵⁰

255. Pourquoi une telle exclusion ? L'Assemblée reste l'organe consultatif par excellence de l'Organisation des Nations Unies. Un tel caractère peut, en tout état de cause, venir brider l'éventuel effet dont jouirait la Résolution, puisque par nature, une résolution de l'Assemblée générale n'a pas d'effet contraignant. Or comment imposer aux Etats une incrimination dont ils ne sont pas enjoins à respecter la base légale ? En ce sens, ces Résolutions ne peuvent être considérées que comme l'expression d'un cadre idéal d'encouragement de lutte contre la criminalité internationale, garantissant la souveraineté pénale. Il faut noter également, que certaines Résolutions pénales ou d'inspiration pénale ont vu leur contenu repris par la coutume internationale, coutume, dont il est établi qu'elle peut constituer une source d'incrimination non négligeable et devenir obligatoire pour les Etats.³⁵¹

2. L'exclusion des sources d'incrimination des Résolutions du Conseil de sécurité.

256. Reconnaître qu'une résolution du Conseil de sécurité puisse être une source d'incrimination internationale serait, de manière générale, également incompatible avec le respect de la souveraineté pénale des Etats. En effet, il ne semble pas faire partie des compétences normatives traditionnelles du Conseil de sécurité d'incriminer (a.), ce que confirme d'ailleurs la jurisprudence. (b.)

³⁵⁰ Pour en rester à l'exemple des disparitions forcées, la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, a été adoptée par l'Assemblée générale mais annexée à la Résolution du 27 octobre 2006.

³⁵¹ Il en est ainsi notamment de la Résolution du 11 décembre 1946 sur la confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg, ou bien encore de celle du 12 décembre 1950 sur la formulation des principes de Nuremberg.

a. Un refus traditionnel de reconnaître aux résolutions du Conseil de sécurité une valeur incriminante.

257. Une Résolution du Conseil de sécurité peut-elle être considérée comme suffisante pour créer une incrimination ? Le rôle de pseudo exécutif assigné au Conseil pourrait-il justifier une telle compétence ? Il serait envisageable de répondre par l'affirmative à une telle question, dès lors que le Conseil de sécurité a pour mission principale le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Or, cette mission ne passerait-elle pas par un pouvoir de pénalisation et d'incrimination des comportements attentatoires à la sauvegarde de la société internationale ? De même, du caractère obligatoire des Résolutions du Conseil, pourrait découler une possible incrimination unilatérale. Cela permettrait de faciliter la lutte contre l'impunité et ne serait pas conditionné à une éventuelle apposition de signature ou dépôt de ratification, les résolutions du Conseil s'imposant par nature aux Etats membres des Nations Unies.

258. Cette hypothèse a déjà été soulevée et a été considérée comme portant atteinte une fois de plus à la souveraineté pénale des Etats. En effet, au nom de quel principe un organe, aussi important soit-il, mais dépourvu d'une réelle représentativité universelle viendrait s'immiscer dans la politique pénale des Etats ? Certes, l'esprit, le maintien de la paix et de la sécurité, en est louable, mais la réalisation en est problématique. A la différence du droit conventionnel où l'érosion de souveraineté est directement consentie par les Etats parties, force est de constater qu'en l'espèce, quinze représentants de la communauté internationale viendraient présider aux destinées du droit pénal étatique, en imposant une incrimination.

259. La question s'est notamment posée lorsque le Conseil de sécurité a adopté des résolutions qui pourraient être qualifiées de législatives. En effet, le Conseil a pris deux résolutions, l'une relative au financement du terrorisme, l'autre relative aux armes de destructions massives.³⁵² Dans ces deux cas, il incite les Etats à incriminer les actes de financement du terrorisme³⁵³ ou la fabrication et le commerce non autorisés d'armes de

³⁵² Respectivement les Résolutions 1373 (2001) du 28 septembre 2001, *Menaces à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes* et 1540 (2004) du 28 avril 2004, *Non-prolifération des armes de destruction massive*.

³⁵³ Il est ainsi prévu que « agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, 1. Décide que tous les États : a) Préviennent et répriment le financement des actes de terrorisme; b) Érigent en crime la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme; c) Gèlent sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent

destruction massive.³⁵⁴ En parlant le langage pénal, ces Résolutions reproduisent le schéma connu du droit conventionnel, en s’immisçant directement dans la sphère répressive nationale. Une telle incrimination n’est rien d’autre qu’une incrimination autoritaire qui influe directement sur la souveraineté pénale des Etats. Ceux-ci n’ont pas consenti à un lien conventionnel et se voient imposer une réelle obligation d’incrimination. Or, la qualité de membre des Nations Unies et la valeur des Résolutions ne peuvent pas suffire, à elles seules, à imposer des atteintes non consenties à cette souveraineté, par le biais d’incriminations unilatérales contraignantes.

b. Une confirmation jurisprudentielle.

260. La Cour européenne des droits de l’homme s’est prononcée sur cette éventualité et a tranché la question d’une éventuelle légitimité de l’incrimination par résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, dans le cadre de sa décision *Zollmann contre Royaume-Uni*. Par une Résolution 1173 du 12 juin 1998, le Conseil a réaffirmé son souhait de préserver l’unité et la souveraineté de l’Angola en sanctionnant toute activité ou contact avec le mouvement de l’UNITA. Il est notamment prévu que tous les Etats

*« doivent prendre les mesures nécessaires pour (...) interdire l’importation directe ou indirecte, sur leur territoire, de tous les diamants provenant d’Angola qui ne sont pas assujettis au régime du certificat d’origine établi par le Gouvernement (...) ».*³⁵⁵

ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles, et des personnes et entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes et entités, y compris les fonds provenant de biens appartenant à ces personnes, et aux personnes et entités qui leur sont associées, ou contrôlés, directement ou indirectement, par elles; d) Interdisent à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes à la disposition, directement ou indirectement, de personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, d’entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et de personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes ».

³⁵⁴ Le Conseil retient à ce propos que « tous les États doivent adopter et appliquer, conformément à leurs procédures internes, une législation appropriée et efficace interdisant à tout acteur non étatique de fabriquer, se procurer, mettre au point, posséder, transporter, transférer ou d’utiliser des armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou leurs vecteurs, en particulier à des fins terroristes, réprimant toutes les tentatives de l’une quelconque de ces activités, le fait d’y participer en tant que complice et le fait d’y fournir assistance ou de la financer ».

³⁵⁵ Résolution 1173 (1998), 12 juin 1998, *Situation en Angola*, § 12, b).

261. Par le biais de leurs institutions les Etats membres de l'Union européenne ont retranscrit, dans l'ordre juridique communautaire, cette résolution, au travers d'une Position commune du 3 juillet 1998³⁵⁶ et d'un Règlement du Conseil du 28 juillet 1998³⁵⁷. L'affaire des diamants angolais débuta lorsque Peter Hain, secrétaire d'Etat au ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth responsable de l'Afrique, accusa publiquement devant la Chambre des communes britannique deux diamantaires belges, les frères Zollmann, de violer ouvertement les sanctions décidées par le Conseil de sécurité dans la Résolution 1173 en exportant des diamants pour le compte de l'UNITA. A la requête des frères Zollmann, la Cour européenne des droits de l'homme se prononça sur une violation alléguée de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

262. La Cour a déclaré la requête irrecevable mais ne s'en est pas moins intéressée à la faculté des Résolutions du Conseil de créer des incriminations internationales. C'est ainsi que les juges de Strasbourg ont réfuté l'argumentation de M Hain en estimant que

« le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté une résolution décrétant un embargo sur l'exportation de diamants par l'UNITA et demandant aux Etats de prendre des mesures à l'encontre des personnes ou des organisations qui le violeraient. L'Union européenne a ultérieurement adopté des mesures invitant ses membres à respecter l'embargo en question. La Cour n'est toutefois pas convaincue qu'une résolution du Conseil de sécurité suffise à elle seule à créer une « infraction internationale » susceptible de poursuites »,³⁵⁸

et d'ajouter que

³⁵⁶ Position commune adoptée par le Conseil sur la base de l'article J.2 du traité sur l'Union européenne concernant des mesures restrictives à l'encontre de l'Uniao Nacional para a Independencia Total de Angola (UNITA), 3 juillet 1998, *JO, L*, 190, du 4 juillet 1998.

³⁵⁷ Règlement 1705/98 du Conseil concernant l'interruption de certaines relations économiques avec l'Angola afin d'inciter « l'Uniao Nacional para a Independencia Total de Angola » (UNITA) à remplir ses obligations dans le processus de paix, et abrogeant le règlement (CE) n° 2229 / 97, 28 juillet 1998, *JO L*, 215 du 1er août 1998.

³⁵⁸ Cour edh, 27 novembre 2003, *Zollmann contre Royaume-Uni*.

*« les Nations unies semblent compter sur les Etats membres pour agir dans le cadre de la compétence que leur reconnaissent leurs lois pénales respectives ».*³⁵⁹

263. La Cour vient ici se positionner quant au partage de compétence existant entre l'Organisation des Nations Unies et ses Etats membres, en retenant que la mise en œuvre de sanctions obligatoires dans le cadre du Chapitre 7 demeure du domaine des prérogatives nationales. Une Résolution du Conseil est de ce fait incapable de créer, en tant que telle, une infraction internationale ou une quelconque incrimination directe ou indirecte, sans porter atteinte à la souveraineté pénale des Etats membres.

B. Le cas particulier de l'incrimination par les Tribunaux pénaux internationaux.

264. Initié à l'instigation de la communauté internationale, pour le Tribunal de la Haye, et sur demande du gouvernement rwandais, pour le Tribunal d'Arusha,³⁶⁰ ces juridictions ont été créés dans l'urgence, de manière unilatérale par simple Résolution du Conseil de sécurité.³⁶¹ La pratique initiée par l'Assemblée générale est ici reprise par le Conseil, puisque les Statuts ne sont pas prévus directement dans le texte même de la Résolution, mais annexés à cette dernière. Les deux Résolutions créatrices constituent une exception notoire à l'incompétence traditionnellement reconnue au Conseil pour créer des incriminations. Le Conseil a privilégié une interprétation extensive du Chapitre 7 de la Charte, afin de se doter, au-delà de son incompétence traditionnelle, sur la base de l'article 41³⁶², d'un certain pouvoir incriminant. Les incriminations posées par les Résolutions du Conseil concernent les grands crimes internationaux, les crimes les plus graves pouvant

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ Voir en cela Mubiala (M.), *Le Tribunal international pour le Rwanda : vraie ou fausse copie du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ?*, *R.G.D.I.P.*, 1995, pp. 929-954.

³⁶¹ Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993 créant le TPIY et Résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994 concernant la création du TPIR. A ce propos, la doctrine a reconnu que *« les résolutions du Conseil de sécurité offrent l'avantage de pouvoir produire des effets rapidement. Mais le prix à payer pour cette célérité, c'est l'absence d'une discussion internationale minutieuse et élargie »*, Martin (P.M), *La Cour pénale internationale : quel avenir pour une illusion ?*, *Dalloz*, 1998, 36^{ème} cahier, p. 338.

³⁶² Article 41 de la Charte des Nations Unies : *« le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques »*.

porter atteinte à l'existence même de la société internationale. Les crimes rentrant dans la compétence des tribunaux sont donc les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. (1.) Mais en tant que telles, et eu égard aux spécificités de ces juridictions, ces incriminations ne pourraient-elles pas être considérées comme une atteinte supplémentaire à la souveraineté pénale des Etats ? (2.)

1. Les crimes rentrant dans la compétence des tribunaux.

265. A l'image des précédents de Nuremberg et de Tokyo, les Tribunaux ont établi une liste de crimes rentrant dans leur champ de compétence. Pour cela, ils se sont directement inspirés de l'évolution du droit pénal international, tenant compte aussi bien du droit coutumier que du droit conventionnel. En cela, les tribunaux sont compétents pour connaître, dans un cadre spatial et temporel défini,³⁶³ des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du crime de génocide.

266. Exception faite de la question de l'agression qui n'a pas été abordée, le Conseil de sécurité, s'est arrogé le droit de créer des incriminations spécifiques obligatoires qu'il a voulu les plus complètes possibles. En effet, eu égard à l'évolution de la criminalité internationale, les incriminations ne pouvaient se figer dans une conception du crime souvent dépassée. Le but inavoué de ces incriminations ne serait-il pas d'aboutir à des définitions unanimement reconnues par les Etats ? Certainement. En tout cas, le fait d'intégrer la définition de ces crimes dans un texte obligatoire, à portée universelle, permet de mettre un terme à la réticence des Etats quant à l'ampleur et au contenu des incriminations proposées. En cela, les Statuts des tribunaux codifient à leur manière le droit international existant et permet d'éviter les écueils et les vicissitudes liées aux procédures nationales de ratification.

267. Bien que les Etats ne soient pas directement concernés par les incriminations érigées par les Statuts des Tribunaux, il n'empêche qu'ils voient leur législation pénale stimulée par de telles incriminations. En effet, ces dernières constituent une source d'inspiration non négligeable pour leur droit interne, dans la mesure où le droit pénal national bénéficiera de la précision et de la contemporanéité des définitions de ces crimes.

³⁶³ Sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 pour le TPIY et sur le territoire du Rwanda et contre les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 pour le TPIR.

Ainsi, les Etats qui intègrent les Statut des Tribunaux dans leur droit interne se trouvent liés par les incriminations énoncées et sont, en raison de la primauté des juridictions internationales, supposés définir le crime en droit interne de manière similaire. Une telle position est sous-entendue, en droit français, sous l'angle de la double incrimination, puisque la loi portant adaptation de la législation française aux prescription de la Résolution 827, après avoir réaffirmé que la France participait à la répression des crimes commis, dispose que

*« les dispositions [de la présente loi] sont applicables à toute personne poursuivie des chefs de crimes ou délits définis par la loi française qui constituent, au sens des articles 2 à 5 du statut du tribunal international, des infractions graves aux Convention de Genève du 12 août 1949, des violations des lois ou coutumes de la guerre, un génocide ou des crimes conte l'humanité ».*³⁶⁴

2. Incrimination et souveraineté pénale.

268. La question de l'atteinte à la souveraineté nationale et pénale du fait de la création de ces juridictions peut être posée. L'article 2 § 7 de la Charte des Nations Unies énonce qu'« aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ».³⁶⁵ C'est cette base légale que la doctrine a invoquée pour arguer de la violation de la souveraineté pénale, puisque au nombre de ces affaires relevant essentiellement de la compétence nationale, se trouve le droit souverain de faire justice. Les deux Statuts des Tribunaux, bien qu'ils retiennent la possibilité de compétences concurrentes entre eux et les juridictions nationales, prévoient chacun une disposition de primauté sur le juge interne. Ainsi, l'article 9 § 2 du Statut du Tribunal de La Haye prévoit-il que,

« le Tribunal international a la primauté sur les juridictions nationales. A tout stade de la procédure, il peut demander

³⁶⁴ Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, article 1^{er}, J.O, 3 janvier 1995, p. 71.

³⁶⁵ Et à travers cette dénomination large, l'ensemble des Institutions, y compris le Conseil de sécurité.

officiellement aux juridictions nationales de se dessaisir en sa faveur conformément au présent statut et à son règlement
»,

tandis que l'article 8 § 2 du Statut du Tribunal d'Arusha est rédigé selon une formule quasi identique,

« le Tribunal international pour le Rwanda a la primauté sur les juridictions nationales de tous les États. A tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions nationales de se dessaisir en sa faveur conformément au présent Statut et à son Règlement de procédure et de preuve ».

269. Cette primauté affirmée, tout comme le possible dessaisissement du juge national, ont été considérés comme une atteinte, à la limite de la violation, de la souveraineté nationale, puisque chaque Tribunal peut ordonner à toute juridiction nationale, territorialement compétente, de lui transférer, à tout moment, sa compétence juridictionnelle.³⁶⁶ Dans le cas du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, plus symptomatique en raison du phénomène de succession d'Etats dû au démantèlement de la Yougoslavie, la doctrine estime que *« la création du TPI est une sorte de coup d'Etat, perpétré contre les Etats successeurs de l'ex-Yougoslavie, car elle leur a enlevé, de manière unilatérale, leur compétence pour juger les personnes accusées des crimes commis sur leur territoire »*.³⁶⁷ Autrement dit, les nouveaux Etats auraient été privés de leur souveraineté pénale par un *« oukase »*³⁶⁸ du Conseil de sécurité. En ce sens, le Tribunal de La Haye, en se reconnaissant compétent pour connaître des crimes de guerre et du crime de génocide,³⁶⁹ aurait suspendu les modalités d'application des Conventions de Genève de 1949 et de la Convention de lutte contre le génocide de 1948, ces deux textes conventionnels exigeant la poursuite nationale de toute personne présumée coupable de génocide ou de violation des règles du droit de Genève. Or l'article VI de la Convention génocide ne prévoit-il pas que les personnes accusées de génocide seront traduites devant

³⁶⁶ Voir à ce propos les Règlements de procédure et de preuve des deux juridictions.

³⁶⁷ Laughland (J.), *Le Tribunal pénal international-gardien du nouvel ordre mondial*, F.X de Guibert, 2003, p. 60.

³⁶⁸ Ibid, p. 63.

³⁶⁹ Articles 2, 3 et 4 du Statut du TPIY.

« la Cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ».

270. A l'opposé de cette thèse, deux points peuvent être soulevés. Tout d'abord, la Yougoslavie avait ratifié, dès 1950, la Convention, donc en application de la théorie de la succession d'Etats en matière de Traités, les nouveaux Etats issus de l'implosion de la Fédération yougoslave, lui ont succédé dans l'application de traités antérieurement ratifiés.³⁷⁰ Cela conduit à reconnaître l'existence d'une éventuelle Cour criminelle. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ne pourrait-il pas être cette juridiction internationale ? Dans ce cas particulier, pourquoi pas ? Mais, second point, dans l'hypothèse de l'invalidité de l'argument précédent, il faut garder à l'esprit que le Tribunal est une création du Conseil de sécurité, sur la base du Chapitre 7, donc par Résolution obligatoire et contraignante à l'encontre de tous les Etats membres des Nations Unies, ex-Yougoslavie comprise.³⁷¹ C'est pourquoi il a été reconnu que « *les mesures de coercition prévues au chapitre VII de la Charte peuvent (...) permettre de dépasser la juridiction répressive nationale* »³⁷², la mise en œuvre « *d'une répression internationale [ne nécessitant] ni l'autorisation, ni la cession expresse de la compétence juridictionnelle nationale de l'Etat concerné* ».³⁷³

§. II. Incrimination et droit communautaire.

271. A l'image des actes unilatéraux de l'Organisation des Nations Unies, il est légitime de se demander si les actes de la Communauté européenne peuvent constituer, en tant que tels, et à part entière, une source non négligeable d'incrimination. Bien qu'il soit reconnu que l'incrimination ressorte de la compétence exclusive des Etats membres (A.), une tendance s'est récemment dégagée, permettant aux actes dérivés, pris dans certaines matières, d'incriminer l'infraction dénoncée. (B.)

³⁷⁰ La Bosnie-Herzégovine et la Croatie ont ratifié la Convention génocide en 1992. Mais il convient de noter que « *l'Etat successeur est tenu a fortiori par (toutes) conventions constatant des normes impératives (jus cogens), telle la Convention de 1948 sur la répression des crimes de génocide* », in Nguyen Quoc Dinh, Daillier (P.), Pellet (A.), *Droit international public*, 6^{ème} édition, L.G.D.J., 1999, p. 547.

³⁷¹ Article 25 de la Charte des Nations Unies.

³⁷² Hollweg (C.), Le nouveau tribunal international de l'O.N.U en ex-Yougoslavie : un défi pour le droit humanitaire dans le nouvel ordre mondial, *R.D.P.*, 1994, p. 1372.

³⁷³ Stern (B.), Légalité et compétence du Tribunal pénal international pour le Rwanda : l'affaire Kanyabashi, www.ridi.org.

A. L'incrimination : une compétence traditionnelle des Etats membres.

272. La Communauté européenne voit son action circonscrite à des domaines de compétence pré-établis. Les Traités communautaires ne conférant pas à la Communauté une dimension répressive (1.), il ressortira, traditionnellement, de la compétence exclusive des Etats membres de connaître de toute question pénale. (2.)

1. L'absence de transfert de compétence à la Communauté en matière pénale.

273. « *Le droit de l'Union européenne n'a pas seulement une facette libérale, il est aussi dirigiste dans la mesure où, de plus en plus, il établit des normes de comportement que les personnes physiques ou morales doivent respecter* ». ³⁷⁴ Dans un souci d'efficacité, la violation de ces normes et politiques communautaires devrait être sanctionnée pénalement, au niveau institutionnel. Or, il s'avère que la Communauté ne possède pas de compétence en matière pénale puisqu'aucun transfert n'a été décidé par les Etats en direction des Institutions ou de la Communauté. Pourquoi une telle exclusion de la matière pénale du champ de compétence de la Communauté ? Le droit de punir reste une prérogative fondamentale des Etats. Ces derniers, soucieux du maintien de leur rang et de leurs prérogatives n'ont pas concédé à la Communauté de transfert de compétences en la matière. Dans cette mesure, le droit pénal et ses caractéristiques, que sont l'incrimination et le choix de la sanction, ressortent du champ de compétence étatique. A suivre ce schéma, l'incrimination des violations des normes communautaires relève des seuls Etats.

274. L'absence de compétence de la Communauté en matière pénale se trouve confirmé par le droit originaire ainsi que par la jurisprudence de la Cour et le droit dérivé. En effet, au niveau des Traités, l'article 5 du TCE énonce indirectement cette absence de compétence en retenant que,

³⁷⁴ Huet (A.), Koering-Joulin (R.), *Droit pénal international*, 3ème édition, Puf, 2005, p. 151.

« la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité ».

275. Cette disposition du Traité est suffisamment généraliste pour inclure dans ces « *mesures particulières* » le droit pénal étatique. Ainsi, au travers des principes directeurs de la Communauté, la compétence des Etats dans le cadre pénal est affirmée, puisque, à l'image du droit interne, la bonne exécution du droit communautaire par les Etats membres peut être sanctionnée par le biais de mesures pénales. D'une manière plus spécifique cette fois, les articles 135 et 180 viennent confirmer, explicitement, l'exclusion de la compétence de la Communauté du champ pénal. Ainsi, l'article 135 stipule que,

« le Conseil (...) prend des mesures afin de renforcer la coopération douanière entre les États membres et entre ceux-ci et la Commission. Ces mesures ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les États membres ».

Selon un schéma similaire, l'article 280 alinéa 4 énonce à son tour que,

« le Conseil (...) arrête (...) les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres. Ces mesures ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les États membres ».

276. Le Traité exclut explicitement de la typologie des mesures prises par le Conseil, dans la cadre de la coopération douanière et de la lutte contre la fraude, les mesures d'ordre pénal, y compris la justice, pour la simple raison que ces compétences demeurent liées à l'existence même de l'Etat de droit et qu'elles n'ont jamais été transférées. Or ce point de vue conventionnel restant cependant sectoriel, il n'y a qu'un pas à franchir pour généraliser l'absence de compétence pénale de la Communauté à l'ensemble des mesures adoptées par les Institutions. Ce pas a depuis longtemps été franchi par la Cour de justice.

277. Face au droit communautaire, la jurisprudence de la Cour a affirmé la sauvegarde de la souveraineté pénale des Etats membres. En effet, selon une formulation restée célèbre, la Cour a affirmé dans l'arrêt *Casati* du 11 novembre 1981 que

*« la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des Etats membres ».*³⁷⁵

278. Ce principe reconnaissant une compétence exclusive en matière pénale a largement été repris par la jurisprudence de la Cour, dans des domaines relevant des politiques communautaires.³⁷⁶ Les juridictions nationales n'ont pas manqué cette occasion de réaffirmer leur puissance souveraine face à l'ordre juridique communautaire. Tel fut le cas de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française pour qui,

*« les dispositions pénales réprimant les manquements aux règlements communautaires sont de la compétence des Etats ».*³⁷⁷

2. Les conséquences de l'absence de compétence communautaire en matière pénale.

279. L'absence de compétence traditionnelle de la Communauté européenne à connaître des questions pénales a eu pour conséquence une totale liberté des Etats membres dans l'incrimination. **(a.)** De ce fait, la souveraineté pénale des Etats membres se trouve sauvegardée, en dépit des quelques tentatives d'incrimination qui ont vu le jour. **(b.)**

a. Une liberté étatique d'incrimination.

280. *« Il manque au droit communautaire un mécanisme intégral d'exécution »*³⁷⁸, notamment dans le domaine pénal. En déniaient une compétence à la Communauté en matière pénale, est reconnue aux Etats membres une compétence exclusive quant à

³⁷⁵ CJCE, 11 novembre 1981, *Guerrino Casati*, aff 203/80, *Rec*, p. 2618, § 27.

³⁷⁶ En matière fiscale, CJCE, 25 février 1988, *Rainer Drexl*, aff 299/86, *Rec*, 1233, § 17, en matière de libre circulation des marchandises, CJCE, 14 décembre 1995, *Giorgio Domingo Banchero*, aff, C-387/93, *Rec*, p. I-4700, § 58, en matière de réglementation technique, CJCE, 16 juin 1998, *Lemmens*, aff, C-226/97, *Rec*, p. I-3711, § 19.

³⁷⁷ Cass, crim, 21 juin 1984, *Bull. crim*, n° 236, p. 628.

³⁷⁸ Pradel (J.), Corstens (G.), *Droit pénal européen*, Dalloz, 2002, p. 441.

l'incrimination et au choix de la sanction pénale. Les Etats membres conservent toute latitude souveraine pour incriminer dans leur droit interne les violations au droit communautaire. A la différence du droit international, le droit communautaire va se borner à établir une norme de conduite dont il appartiendra aux Etats de fixer la sanction.

281. En ce qui concerne l'incrimination, les Etats demeurent libres en la matière, puisque la décision d'incriminer relève des seules autorités nationales. En effet, les infractions au droit communautaire ne pourront faire l'objet d'une poursuite et d'une sanction pénale que si le législateur en a envisagé la possibilité. Autrement dit l'incrimination des violations des règles communautaires ne connaît d'autre effectivité que celle envisagée par le droit interne, car la Communauté ne prescrit, n'impose ni n'exécute de sanctions pénales. Comme l'a remarqué la Cour les Etats membres ont la liberté de choix des modalités d'incrimination. Ainsi, il est notamment reconnu que le Traité,

*« laisse aux différents Etats membres le choix des mesures appropriées, y compris le choix des sanctions même pénales ».*³⁷⁹

282. Le droit communautaire tire les conséquences de cette liberté incriminante des Etats membres, dans la mesure où, en ce qui concerne le droit dérivé, les règlements communautaires *« n'obligent pas un Etat membre à introduire dans son droit national un régime pénal spécifique »*³⁸⁰ tandis que la directive communautaire *« n'impose pas une forme de sanction déterminée »*.³⁸¹ Force est donc de constater que la souveraineté étatique reste entière, rien n'imposant aux Etats une quelconque obligation pénale dans les modalités d'incrimination. Tout proportion gardée, il faut noter que les Etats membres, même si rien ne les oblige à incriminer, n'en sont pas moins supposés le faire, de par leur seule appartenance aux Communautés et leur engagement à respecter le droit, les politiques et les objectifs communautaires. Ainsi, en matière de protection des intérêts financiers des Communautés, le Conseil, à l'image des premières conventions répressives internationales, a simplement retenu que

³⁷⁹ CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. 50-76, *Rec.*, p. 150, §. 32.

³⁸⁰ CJCE, 2 octobre 1991, *Paul Vandevenne e.a.*, aff. C-8/90, *Rec.*, p. I-4383, § 12.

³⁸¹ CJCE, 8 novembre 1990, *Deker*, aff. 177/88, *Rec.*, p. I-3941, § 23.

*« les Etats membres prennent, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, les mesures nécessaires pour s'assurer de la régularité et de la réalité des opérations engageant les intérêts (...) des Communautés ».*³⁸²

283. Ce cas est symptomatique de la frilosité qui caractérise la Communauté à imposer des incriminations aux Etats membres car, en l'espèce, et de manière originale, la voie conventionnelle a été préférée. Ainsi les Etats se sont malgré tout vu imposer des incriminations, mais selon la méthode traditionnelle de la Convention internationale.³⁸³

b. Les tentatives d'incrimination.

284. *« S'il est exact que, en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale relèvent de la compétence des États membres, il ne peut en être déduit que ce domaine du droit ne peut pas être affecté par le droit communautaire ».*³⁸⁴ En effet, les Communautés ont déjà, par le passé, tenté de s'arroger une compétence pénale, afin d'imposer aux Etats une réelle et directe obligation d'incrimination. En effet, la

³⁸² Règlement du Conseil 2988 / 95 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, 18 décembre 1995, *JO, L 312*, du 23 décembre 1995, article 8 § 1.

³⁸³ La *Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*, directement inspirée de du droit dérivé dispose ainsi, en son article 2 que *« Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les comportements visés à l'article 1er, ainsi que la complicité, l'instigation ou la tentative relatives aux comportements visés à l'article 1er paragraphe 1, sont passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, au moins dans les cas de fraude grave, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition, étant entendu que doit être considérée comme fraude grave toute fraude portant sur un montant minimal à fixer dans chaque État membre. Ce montant minimal ne peut pas être fixé à plus de 50 000 écus ».*

En ce qui concerne la sanction de la violation de la norme communautaire, les Etats sont également titulaires d'une liberté de choix, quelque peu encadrée cependant par le droit communautaire. Les Etats membres ne sont pas enjoins de choisir un mode de sanction particulier, simplement, le droit communautaire impose deux conditions aux Etats quant à la sanction des mesures communautaires. Tout d'abord les sanctions nationales doivent être dissuasives, sévères et proportionnées. Ensuite, la Cour de justice a dégagé un principe d'assimilation qui s'impose aux Etats membres, selon lequel ils doivent punir les violations des normes communautaires d'une manière identique à des violations similaires, si elles s'étaient produites dans leur ordre juridique interne. CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, *Rec.*, p. I-2965. *« lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité impose aux Etats membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. A cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ».*

³⁸⁴ CJCE, 16 juin 1998, *Lemmens*, aff. C-226/97, *Rec.*, p. I-3711, § 19.

Commission avait proposé un projet de directive sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux où pour la toute première fois dans un texte communautaire une violation des politiques était considérée comme constitutive d'une infraction pénale et à ce titre devait être pénalement réprimée par les Etats afin de protéger le marché commun.³⁸⁵ Or, la directive 91/308/CEE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux qui en découla³⁸⁶, essentiellement pour des raisons de protection de la souveraineté pénale des Etats membres, a exclu du texte final la référence essentielle aux incriminations pénales, laissant ce domaine à la compétence étatique. En effet, cette dernière dispose seulement en son article 2 que « *les Etats membres veillent à ce que le blanchiment de capitaux, tel qu'il est défini dans la présente directive, soit interdit* », or de cette interdiction ne découle aucune obligation d'incrimination pénale à destination des Etats. Il leur reste, dans l'optique de la transcription de la directive en droit interne, à pénaliser les conséquences de cette interdiction. Ceci est d'autant plus troublant que le quatrième considérant de la directive énonce, et sans ambiguïté que « *le blanchiment de capitaux doit être combattu principalement par des mesures de droit pénal* ». Comme l'a remarqué la doctrine, « *ce refus par le Conseil de prévoir l'infraction de blanchiment de capitaux dans l'acte même, tout en acceptant le principe de cette incrimination dans une déclaration attachée, a été retenu dans des dossiers comparables lors des années suivantes* »³⁸⁷, et a été formalisé, à partir du moment où la structure en pilier a été retenue, sous un principe de dissociation entre d'une part la directive et d'autre par la décision-cadre. La qualification de « *pénale* » sera retenue dans la décision-cadre car ces instruments ressortent du Titre 6 du TUE, donc de la coopération policière passant par des mesures pénales. Or la directive reste un acte du premier pilier, ressortissant de la compétence des Institutions communautaires, qui, est-il besoin de le rappeler, n'ont pas de compétences en la matière.

285. C'est ainsi que la *directive du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers*³⁸⁸, dispose que chaque Etat membre doit adopter les

³⁸⁵ Proposition de directive du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *JO, C*, 106/6 du 28 avril 1990. Article 2 « *les Etats membres veillent à ce que le blanchiment de capitaux provenant de toute infraction pénale grave soit considéré comme une infraction pénale conformément à leur législation nationale* ».

³⁸⁶ Directive 91/308/CEE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, 10 juin 1991, *JO, L*, 166, du 28 juin 1991.

³⁸⁷ Petite (M.), Bogensberger (W.), Du droit pénal communautaire : l'arrêt de principe du 13 septembre 2005 de la Cour de justice dans l'affaire C-176/03, *Gaz Pal*, mercredi 12, jeudi 13 avril 2006, p. 5.

³⁸⁸ Directive 2002/90/CE du Conseil définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, 28 novembre 2002, *JO, L* 328 du 5 décembre 2000.

sanctions appropriées, en précisant seulement que ces dernières doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. La référence aux mesures à prendre reste générale et imprécise. La référence au caractère pénal des sanctions à édicter se retrouve dans la *décision-cadre du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers*, puisque,

« *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les infractions visées aux articles 1er et 2 de la directive 2002/90/CE fassent l'objet de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives susceptibles de donner lieu à extradition* », ³⁸⁹

allant même jusqu'à prévoir un quantum de peines,

« *Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 1er, paragraphe 1, point a), et, dans la mesure pertinente, à l'article 2, point a), de la directive 2002/90/CE fassent l'objet, lorsqu'elles sont commises dans un but lucratif, de peines privatives de liberté dont le maximum ne peut être inférieur à huit ans* ». ³⁹⁰

286. D'un côté, la directive reste neutre en sauvegardant la souveraineté étatique, mais de l'autre la décision-cadre s'insinue dans les prérogatives pénales des Etats membres en leur imposant une réelle obligation d'incrimination qui répond au pleinement au caractère d'effectivité, de dissuasion et de proportionnalité des sanctions.

287. Cette dissociation entre premier et troisième pilier se retrouvera dans d'autres mesures à prendre et ne vaut pas que pour la typologie directive et décision-cadre. Elle est également applicable entre les règlements et les décisions-cadres. Pour exemple, le *Règlement du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro* ³⁹¹ reste muet quant à une éventuelle protection pénale de la monnaie. En revanche la *décision-cadre adjointe du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la*

³⁸⁹ Décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, 28 novembre 2002, *JO*, L 328, article 1.1.

³⁹⁰ *Ibid*, article 1.3.

³⁹¹ Règlement du Conseil n° 974/98 concernant l'introduction de l'euro, 3 mai 1998, *JO*, L 139, du 11 mai 1998.

protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro³⁹² incrimine les infractions contre l'euro puisque

« chaque État membre prend les mesures nécessaires pour s'assurer que les comportements visés aux articles 3 à 5 sont passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant des peines privatives de liberté susceptibles de donner lieu à extradition (...) Les infractions de fabrication ou d'altération de monnaie (...) sont passibles de peines privatives de liberté dont le maximum ne peut être inférieur à huit ans ». ³⁹³

B. Vers une nouvelle approche de l'incrimination : la décision-cadre relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

288. L'absence de compétence de la Communauté s'est cependant trouvée mise à mal lorsqu'il a été question de sanctionner pénalement les atteintes à l'environnement. En effet, la *décision-cadre relative à la protection de l'environnement par le droit pénal* est venue poser une réelle obligation d'incrimination à destination des Etats membres (1.), ce que la Cour de justice est venue confirmer dans un arrêt de principe. (2.)

1. Contenu de la décision-cadre.

289. Le 11 février 2000, le Royaume du Danemark a présenté une initiative visant à instaurer une coopération policière et judiciaire pour lutter contre les infractions graves à l'environnement. Cette initiative a débouché sur l'adoption, à l'unanimité, par le Conseil de l'Union européenne d'une *décision-cadre du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal*.³⁹⁴ Pour adopter ce texte, le Conseil s'est basé sur le Titre VI du Traité sur l'Union européenne, puisque sa politique en la matière ressortait du

³⁹² Décision-cadre 2000/388/JAI du Conseil visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, 29 mai 2000, *JO*, L 140 du 14 juin 2000.

³⁹³ Ibid, article 6. 1 et 2.

³⁹⁴ Décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, 27 janvier 2003, *J.O*, L 29 du 5 février 2003.

3^{ème} Pilier, la coopération judiciaire en matière pénale. Le fondement d'une telle décision-cadre reposait sur le souhait du Conseil d'apporter « *une réponse significative à l'augmentation croissante des infractions commises au détriment de l'environnement* »³⁹⁵. Pour ce faire, rappelant la préoccupation constante de l'Union quant à la protection de l'environnement, le Conseil a opté pour une liste de comportements répréhensibles, intentionnels ou non³⁹⁶, que les Etats doivent qualifier d'infractions pénales dans leur droit interne. Et le conseil d'ajouter que :

*« Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les agissements visés aux articles 2 et 3 soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives qui incluent, au moins dans les cas les plus graves, des peines privatives de liberté pouvant donner lieu à extradition ».*³⁹⁷

290. Le Conseil en l'espèce a pris pour base légale les articles 29, 31 e) et 34 § 2 b) du Traité sur l'Union européenne, soit le recours aux dispositions générales de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, visant à mettre fin à la criminalité organisée tout en favorisant l'harmonisation des législations internes. Agir dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale entraîne comme conséquence de protéger la souveraineté des

³⁹⁵ Boumédiène (M.), Vers une limitation du principe de souveraineté pénale des Etats (CJCE, Commission européenne c/Conseil de l'Union européenne, 13 septembre 2005), *Revue administrative*, n°350, mars 2006, p. 156.

³⁹⁶ Article 2 : « *Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qualifier d'infractions pénales, en vertu de son droit interne: a) le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou les eaux, qui causent la mort ou de graves lésions à des personnes; b) le rejet, l'émission ou l'introduction illicites d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou les eaux, qui causent ou sont susceptibles de causer leur détérioration durable ou substantielle ou la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à des monuments protégés, à d'autres objets protégés, à des biens, à des animaux ou à des végétaux; c) l'élimination, le traitement, le stockage, le transport, l'exportation ou l'importation illicites de déchets, notamment de déchets dangereux, qui causent ou sont susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou de causer des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux; d) l'exploitation illicite d'une usine dans laquelle une activité dangereuse est exercée et qui cause ou est susceptible de causer à l'extérieur de cette usine la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux; e) la fabrication, le traitement, le stockage, l'utilisation, le transport, l'exportation ou l'importation illicites de matières nucléaires ou d'autres substances radioactives dangereuses qui causent ou sont susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux, f) la possession, la capture, la dégradation, la mise à mort ou le commerce illicites d'espèces animales et végétales protégées ou de parties de celles-ci, du moins lorsqu'elles sont définies par la législation nationale comme étant menacées d'extinction; g) le commerce illicite de substances appauvrissant la couche d'ozone, lorsqu'ils sont commis intentionnellement.»*

³⁹⁷ Ibid, article 5.1.

Etats destinataires, puisque le 3^{ème} pilier est basé sur de la coopération intergouvernementale, donc intimement liée à l'exercice souverain des droits de l'Etat. C'est en ce sens que le Conseil incrimine les comportements qu'il dénonce et impose aux Etats l'obligation d'adopter des sanctions pénales à l'encontre des auteurs des atteintes à l'environnement. Cependant le Conseil laisse toute latitude aux Etats pour fixer les sanctions adéquates, à la seule condition que ce soit des « *sanctions pénales, effectives, proportionnées et dissuasives* ». ³⁹⁸

291. C'est ce point de vue qui fut contesté par la Commission. En effet, cette dernière s'est opposée au choix de la base légale, puisque le TCE énonce en ses articles 3 § 1 I), 174, 175 et 176 les compétences communautaires relatives au domaine de l'environnement, ces bases apparaissant comme suffisantes pour imposer aux Etats l'obligation de prévoir des sanctions pénales en cas d'infractions à la législation communautaire environnementale. Selon la Commission, la base juridique choisie est erronée, le fondement normatif devant être trouvé au sein du traité CE et non dans le titre IV du traité UE, comme cela a été fait. ³⁹⁹ La Commission estimait que la Communauté disposait d'une réelle compétence en matière environnementale lui permettant d'imposer aux Etats membres d'avoir recours à la voie pénale pour sanctionner la violation de comportements préalablement incriminés par le droit communautaire. De l'appréciation de la légalité de l'acte en cause dépend le partage des compétences entre les Etats membres et la Communauté, à savoir, pour la Commission, un transfert implicite de compétence pénale pour la Communauté en matière d'environnement, pour le Conseil, un cantonnement de la matière pénale à des prérogatives purement étatiques. ⁴⁰⁰

292. Cette divergence à propos des bases légales est lourde de conséquences dès lors que « *le Conseil considère que le droit pénal relève des attributions des Etats membres, la Commission, elle, au contraire, souligne que les dispositions pénales ne sauraient faire*

³⁹⁸ Ibid. A ce niveau on se trouve dans la pleine philosophie protectrice de la décision-cadre et il n'y a qu'un pas à franchir pour affirmer que cette méthode d'incrimination par décision-cadre est similaire au modèle d'incrimination conventionnel précédemment étudié

³⁹⁹ La Commission avait d'ailleurs proposé l'adoption d'une directive sur la protection de l'environnement par la voie pénale prévoyant que la compétence pour imposer aux Etats l'obligation d'édicter des sanctions pénales relevait du premier pilier, sur la base des articles 174 § 2 et 175 § 1 du TCE. Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *J.O.*, C 180 E, 26 juin 2001.

⁴⁰⁰ Ce qui, à ce propos, a fait dire à Denys Simon qu' « *il n'existerait aucune attribution expresse de compétence pénale ni de possibilité, s'agissant d'une question d'une importance essentielle pour la souveraineté des Etats membres, d'un transfert implicite qui aurait été opéré à l'occasion de l'attribution à la Communauté des compétences matérielles correspondantes* », Simon (D.), Commentaires-compétences communautaires, *Europe*, novembre 2005, p. 12.

partie d'un monopole des Etats ». ⁴⁰¹ La Commission demanda alors à la Cour de justice l'annulation de la décision-cadre, ce qu'elle fit par un arrêt du 13 septembre 2005.

2. L'apport inattendu de l'arrêt de la Cour de justice.

293. L'arrêt *Commission c/ Conseil* du 13 septembre 2005 vient reconnaître qu'il peut entrer dans les compétences de la Communauté européenne de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres. (a.) Eu égard au partage des compétences, une telle position est révolutionnaire et annonce une communautarisation sectorielle du droit pénal, au détriment de la souveraineté des Etats membres. (b.)

a. L'arrêt *Commission c/ Conseil* du 13 septembre 2005.

294. Parler d'apport inattendu n'est pas anodin. La doctrine est unanime pour considérer que cette jurisprudence rendue le 13 septembre 2005 est appelée à faire date et à rentrer dans la catégorie des arrêts fondamentaux du droit communautaire, laissant la porte ouverte à l'application extensive des principes dégagés à d'autres infractions communautaires. En effet, l'arrêt *Commission c/ Conseil* ⁴⁰² vient remettre en cause une jurisprudence bien établie selon laquelle le droit pénal ressort de la compétence exclusive des Etats membres.

295. L'arrêt rendu, révolutionnaire à plusieurs titres, est susceptible d'une double interprétation. Tout d'abord, la Cour se borne à rappeler, et ce en référence à une jurisprudence constante qu'il est un principe selon lequel « *la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté* ». ⁴⁰³ La souveraineté pénale des Etats membres semble sauve. Mais ensuite les juges vont énoncer ce principe novateur selon lequel,

« cette dernière constatation ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une

⁴⁰¹ Boumédiennne (M.), op. cit, p. 157.

⁴⁰² C.J.C.E, 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, aff C-176/03, *Rec*, p. I-7879.

⁴⁰³ *Ibid*, § 47.

*mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement ».*⁴⁰⁴

296. La Cour vient d'accéder à la demande de la Commission en annulant la décision-cadre au motif que ses prescriptions ont « *pour objet principal la protection de l'environnement* »⁴⁰⁵ et que rien ne justifie un recours aux dispositions de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Il est en effet douteux d'intégrer les mesures de protection de l'environnement par le droit pénal dans l'action commune de lutte contre la criminalité, puisque le TUE reste muet sur les questions d'environnement.⁴⁰⁶ En l'espèce, la Cour va, puisqu'il s'agit de « *protéger le droit communautaire de l'environnement [interpréter] le traité dans le sens de la plus grande efficacité possible* ». ⁴⁰⁷ Les juges se réfèrent au critère du contenu et du but de l'acte pour confirmer que, sur la base du TCE, mais aussi de la jurisprudence⁴⁰⁸, cette matière ressort de la compétence de la Communauté. Tel que stipulé par le Traité, la Communauté est compétente en matière d'environnement.⁴⁰⁹ Le Traité contient en ce sens un Titre XIX directement consacré à la protection de l'environnement, politique communautaire. Il en ressort notamment les articles 174 § 1 et 175, l'un énumérant les objectifs de l'action environnementale de la Communauté, l'autre définissant les procédures à suivre pour atteindre ces objectifs.⁴¹⁰ Même si aucune approche répressive n'est retenue dans ce titre, accorder une compétence pénale spécifique de la Communauté rendrait effective et efficace la protection de l'environnement au niveau communautaire. En s'inspirant des conclusions de l'Avocat

⁴⁰⁴ Ibid, § 48.

⁴⁰⁵ Ibid, § 51.

⁴⁰⁶ Articles 29 et suivants du *Traité sur l'Union européenne*.

⁴⁰⁷ Chaltiel (F.), Une nouvelle avancée de l'idée de souveraineté européenne : la souveraineté pénale en devenir, *R.M.C.U.E*, n° 494, janvier 2006, p. 27.

⁴⁰⁸ Voir entre autre, CJCE, 7 février 1985, *Association des brûleurs d'huile usagées*, aff 240/83, *Rec*, I.531, CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff C-300/89, *Rec*, p. I.2867, CJCE, 11 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, aff C-320/03, *Rec*, p. I. 9871.

⁴⁰⁹ L'article 2 du Traité dispose ainsi que « *La communauté a pour mission (...) de promouvoir (...) un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement* ». Il en va de même pour l'article 6 selon lequel « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en oeuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ».

⁴¹⁰ Il était d'ailleurs étonnant que la protection de l'environnement par le droit pénal passe par les dispositions du 3^{ème} pilier, dans la mesure où les dispositions invoquées par le Conseil ne sont pas explicitement consacrées par le Traité. La Cour vient de clarifier pour la première fois la répartition des compétences en matière de dispositions pénales entre le premier et le troisième pilier

général⁴¹¹, la Cour reconnaît une réelle compétence pénale de la Communauté permettant d'obliger les Etats membres à légiférer dans des domaines d'action communautaire. Il a été ainsi été reconnu par la doctrine que « *là où le législateur communautaire l'estime nécessaire pour l'application de la politique environnementale, il peut édicter des mesures pénales appropriées* ». ⁴¹² Il devient dès lors évident que la Commission « *a le droit de proposer des sanctions de nature pénale dès lors que ces dernières lui permettent de faire respecter sa législation* ». ⁴¹³ La Cour n'a donc pas « *hésité à contourner les souverainetés nationales* » ⁴¹⁴, à interpréter le Traité « *dans un sens restrictif de la souveraineté pénale de l'Etat membre* » ⁴¹⁵, ce qui semble annoncer les prémices d'une conquête d'une des grandes citadelles de la souveraineté étatique : le droit pénal. Les Etats membres, à dater de ce 13 septembre 2005, viennent de concéder à la Communauté une compétence supplémentaire, qui n'était pas prévue explicitement par les Traités.

b. L'avenir des incriminations communautaires.

297. Avec cette décision, la doctrine a signifié explicitement l' « *arrêt de mort de deux mythes [à savoir que] la décision-cadre n'est pas la bonne à tout faire en matière de sanctions et surtout la matière pénale n'est pas un sanctuaire national dans lequel le droit communautaire serait interdit de séjour* ». ⁴¹⁶ Dans une communication au Parlement et au Conseil du 23 novembre 2005, la Commission vient tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour. ⁴¹⁷ D'un point de vue purement procédural, la Commission prend acte que, la clarification des compétences de répartition entraîne l'abandon de la pratique de dissociation décisionnelle, au profit du texte incriminant unique. De plus, la Commission,

⁴¹¹ Conclusions de M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, pour qui « *le droit communautaire, à travers les compétences conférées aux institutions pour réaliser ces objectifs, doit se prévaloir d'une sanction pénale dans certains cas lorsqu'elle constitue la seule réponse « effective, proportionnée et dissuasive »* », § 72. Et d'ajouter que « *Dès lors que l'harmonisation communautaire a introduit des incriminations uniformes, les ordres juridiques nationaux doivent sanctionner ces comportements prohibés et indiquer les moyens de répression concrets liés à cette infraction, afin de restaurer la réalité physique et l'ordre juridique qui ont été altérés* », § 85, Rec I-7881.

⁴¹² Petite (M.), Bogensberger (W.), op. cit, p. 6.

⁴¹³ Zarka (J.C.), La Communauté peut exiger des pays membres d'assurer la protection de l'environnement par des sanctions pénales, *JCP édition générale*, n° 48, 30 novembre 2005, p. 2226.

⁴¹⁴ Bellescize de (R.), La Cour de justice des Communautés européennes limite la souveraineté des Etats en matière pénale. (A propos de l'arrêt de la CJCE du 13 septembre 2005), *Droit pénal*, n° 12, décembre 2005, p. 7.

⁴¹⁵ Chaltiel (F.), op. cit, p. 25.

⁴¹⁶ Simon (D.), op. cit, p. 11.

⁴¹⁷ Communication de la Commission des Communautés européennes au Parlement européen et au Conseil (COM (2005) 528 final) du 23 novembre 2005.

fait état du fait que le raisonnement suivi par la Cour peut à l'avenir s'appliquer aux autres politiques communautaires, voire même aux quatre libertés⁴¹⁸, dès lors que découlent de ces politiques des normes contraignantes qui peuvent être associées à des sanctions pénales dans le but de garantir leur effectivité. Et d'ajouter que la communautarisation du droit pénal ne peut être générale, puisqu'elle ne peut porter que sur la violation de matières sectorielles de politiques communes⁴¹⁹, pour en permettre l'effectivité.⁴²⁰ Toutefois, la souveraineté pénale des Etats membres se trouve amputée dans la mesure où, dans cette optique de sectorialisation, la Commission, en allant au-delà de la solution de la Cour, estime que les mesures pénales à envisager peuvent concerner la définition de l'incrimination, le principe du recours à la sanction pénale, mais aussi la nature et le niveau de la sanction pénale envisageable.⁴²¹ Or jusqu'à maintenant cette prérogative pénale relevait de la compétence exclusive des Etats membres.

298. Dans son rôle de gardienne des Traités, la Commission vient lister toute une série de décisions-cadres qui, en application de la jurisprudence du 13 septembre 2005, s'avèrent avoir été prises sur une mauvaise base légale en ne ressortant pas du troisième pilier mais du premier.⁴²² Elle appelle en cela les institutions à rétablir la légalité communautaire, par le biais de recours en annulation, quand bien même les délais légaux de saisine de la Cour seraient expirés. Ainsi, en tirant directement les conséquences de la jurisprudence, la Commission a introduit, le 8 décembre 2005, un recours visant à l'annulation de la

⁴¹⁸ Circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux.

⁴¹⁹ Ibid, § 7 « l'adoption de mesures pénales appropriées n'est possible sur une base communautaire que de façon sectorielle, et seulement à condition que soit établie la nécessité de lutter contre les manquements graves à la mise en œuvre des objectifs de la Communauté et de prévoir des mesures pénales en vue de garantir la pleine effectivité d'une politique communautaire ou le bon fonctionnement d'une liberté ».

⁴²⁰ Ibid, § 12.

⁴²¹ Ibid, § 10.

⁴²² Ainsi, sont concernées, la décision-cadre 2000/388/JAI du Conseil visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (*JO, L 140, 14 juin 2000*), la décision-cadre du 6 décembre 2001 modifiant la décision-cadre 2000/388/JAI (*JO, L 329 14 décembre 2001*), la décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil visant à combattre la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (*JO, L 149, 2 juin 2001*), la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (*JO, L 166, 28 juin 1991*), et la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (*JO, L 182, 5 juillet 2001*), la directive visant à définir l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers et la décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers du 28 novembre 2002 (*JO, L 328, 5 décembre 2002*), la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 24 février 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé (*JO, L 192, 31 juillet 2003*), la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information (*JO, L 69, 16 mars 2005*), enfin la directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions et la décision-cadre 2205/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par des navires (*JO, L 255, 30 septembre 2005*).

décision-cadre 2005/667/JAI du Conseil, du 12 juillet 2005, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires⁴²³, première étape d'une généralisation de la communautarisation du droit pénal.

299. Confirmation d'une telle approche, la Commission a adopté, le 26 avril 2006, *une Proposition de directive sur la lutte contre les atteintes à la propriété intellectuelle*⁴²⁴, qui vient remplacer la proposition de décision-cadre du Conseil visant le renforcement du cadre pénal pour la répression des atteintes à la propriété intellectuelle.⁴²⁵ Cette proposition incrimine toute atteinte intentionnelle à un droit de propriété intellectuelle commise à une échelle commerciale. La souveraineté pénale des Etats se trouve irrémédiablement atteinte car pour la première fois, une directive fixe le niveau des sanctions pénales encourues. Il est ainsi prévu une peine maximale de quatre ans d'emprisonnement lorsque les infractions ont été commises dans le cadre d'une organisation criminelle, ou entraînent un risque pour la santé ou la sécurité des personnes. La période de quatre ans d'emprisonnement a été retenue car selon la Commission elle « *correspond généralement au critère retenu pour qualifier une infraction grave* ». ⁴²⁶ En cas de lien avec une organisation criminelle ou de risque pour la santé ou la sécurité des personnes, une peine d'amende est fixée entre 100 000 euros et 300 000 euros.

300. Réponse à l'annulation de la décision-cadre, la Commission a adopté une *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal*.⁴²⁷ Selon cette dernière, les Etats doivent incriminer et sanctionner un certain nombre d'infractions portant atteinte à l'environnement, lorsqu'elles sont commises volontairement ou par négligence grave.⁴²⁸ A cette fin, les Etats doivent

⁴²³ Recours introduit le 8 décembre 2005 contre le Conseil de l'Union européenne par la Commission des Communautés européennes, (Affaire C-440/05)

⁴²⁴ Proposition modifiée de Directive du parlement européen et du Conseil relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 26 avril 2006, COM/2006/0168 final - COD 2005/0127.

⁴²⁵ Proposition de décision cadre du Conseil visant le renforcement du cadre pénal pour la répression des atteintes à la propriété intellectuelle, du 12 juillet 2005, COM (2005)/276.

⁴²⁶ § 5 de la justification de la proposition.

⁴²⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, 9 février 2007, COM (2007) / 51.

⁴²⁸ Article 3 : « *Les États membres font en sorte que les actes suivants constituent une infraction pénale lorsqu'ils sont commis de propos délibéré ou par négligence au moins grave: (a) le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de matières ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou l'eau, causant la mort ou de graves lésions à des personnes; (b) le rejet, l'émission ou l'introduction illicites d'une quantité de matières ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou l'eau, causant ou susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ou bien de la faune ou de la flore; (c) le traitement illicite, y compris l'élimination, le*

rendre ces infractions passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives. La proposition prévoit un seuil de peine privative de liberté, que les Etats doivent respecter, seuil impossible, pour les personnes physiques à chaque infraction.⁴²⁹ Concernant les personnes morales, un schéma similaire est requis, mais en termes d'amendes proportionnées.⁴³⁰

301. Or, cette position n'est que celle de la Commission et ne semble pas faire l'unanimité. Le juge Puissochet a notamment reconnu que « *l'arrêt se borne à dire que la Communauté européenne peut exiger des Etats membres que leur législation prévoie des sanctions de nature pénale en cas d'atteinte à l'environnement. Mais la Communauté européenne ne peut elle-même déterminer ces sanctions. Les Etats membres sont toujours*

stockage, le transport, l'exportation ou l'importation illicites, de déchets dangereux, causant ou susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ou bien de la faune ou de la flore; (d) l'exploitation illicite d'une usine dans laquelle une activité dangereuse est exercée ou des substances ou préparations dangereuses sont stockées ou utilisées, causant ou susceptible de causer, à l'extérieur de cette usine, la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ou bien de la faune ou de la flore; (e) les transferts illicites de déchets au sens de l'article 2, paragraphe 35, du règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil⁶, effectués à des fins lucratives et portant sur une quantité non négligeable, qu'ils aient lieu en une fois ou sous la forme d'opérations fractionnées qui apparaissent liées; (f) la fabrication, le traitement, le stockage, l'utilisation, le transport, l'exportation ou l'importation illicites de matières nucléaires ou d'autres substances radioactives dangereuses, causant ou susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ou bien de la faune ou de la flore; (g) la possession, la capture, la dégradation, la mise à mort ou le commerce illicites de spécimens d'espèces de faune et de flore sauvages protégées ou de parties ou produits de ceux-ci; (h) la dégradation substantielle illicite d'un habitat protégé; (i) le commerce ou l'utilisation illicite de substances appauvrissant la couche d'ozone ».

⁴²⁹ Article 5 : « *Les États membres font en sorte que la commission des infractions visées aux articles 3 et 4 soit passible de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives. 2. Les États membres font en sorte que la commission des infractions visées à l'article 3, points b) à h), soit passible d'une peine maximale d'un à trois ans d'emprisonnement au moins lorsque l'infraction est commise par négligence grave et cause une dégradation substantielle de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ou bien de la faune ou de la flore. 3. Les États membres font en sorte que la commission des infractions suivantes soit passible d'une peine maximale de deux à cinq ans d'emprisonnement au moins: (a) l'infraction visée à l'article 3, point a), lorsqu'elle est commise par négligence grave; (b) les infractions visées à l'article 3, points b) à f), lorsqu'elles sont commises par négligence grave et causent la mort ou de graves lésions à des personnes; (c) les infractions visées à l'article 3, points b) à h), lorsqu'elles sont commises de propos délibéré et causent une dégradation substantielle de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ou bien de la faune ou de la flore; (d) les infractions visées à l'article 3, lorsqu'elles sont commises dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de la décision-cadre [relative à la lutte contre la criminalité organisée]. 4. Les États membres font en sorte que la commission des infractions suivantes soit passible d'une peine maximale de cinq à dix ans d'emprisonnement au moins: (a) l'infraction visée à l'article 3, point a), lorsqu'elle est commise de propos délibéré; (b) les infractions visées à l'article 3, points b) à f), lorsqu'elles sont commises de propos délibéré et causent la mort ou de graves lésions à des personnes. 5. Les sanctions pénales prévues au présent article peuvent être assorties d'autres sanctions ou mesures, et notamment: (a) pour une personne physique, de la déchéance du droit d'exercer une activité nécessitant une autorisation ou un agrément officiel, ou d'être fondateur, directeur ou membre du conseil d'administration d'une société ou d'une fondation, si les faits ayant entraîné sa condamnation témoignent d'un risque élevé de la voir poursuivre le même type d'activité criminelle; (b) de la publication de la décision judiciaire relative à la condamnation ou à toute sanction ou mesure appliquée; (c) de l'obligation de réparer les dommages causés à l'environnement ».*

⁴³⁰ Article 7.

libres du choix des sanctions pénales applicables, sous réserve bien entendu du caractère effectif, proportionné et dissuasif de ces sanctions », ⁴³¹ et d'ajouter que « *contrairement à ce que semble penser la Commission dans sa communication du 23 septembre 2005, l'arrêt du 13 septembre 2005 ne saurait être considéré comme un précédent permettant de dire que la Cour pourrait transposer dans d'autres matières cette solution spécifique à la protection de l'environnement* ». ⁴³² L'Assemblée nationale française a, quant à elle, estimé la communication de la Commission excessive, puisque « *si l'on suivait la Commission dans son raisonnement, cela signifierait que la Communauté européenne pourrait prononcer des sanctions pénales dans un très grand nombre de domaines, ce qui constituerait un dessaisissement du Conseil Justice-Affaires intérieures, normalement compétent en la matière* ». ⁴³³ En d'autres termes, la Commission s'arrogerait le droit de proposer des sanctions pénales, au détriment de la souveraineté pénale des Etats, si elle estime celles-ci nécessaires au respect des réglementations communautaires, quand bien même aucun transfert de compétence n'aurait été consenti. C'est la raison pour laquelle l'Assemblée nationale suggère que la France propose à ses partenaires européens de faire usage de la clause passerelle de l'article 42 du Traité sur l'Union européenne ⁴³⁴, qui permettrait au Conseil de transférer la coopération pénale vers le pilier communautaire, habilitant de ce fait la Commission à prescrire, par directive, des sanctions pénales, dans les domaines relevant du premier pilier.

302. Au-delà du droit conventionnel, coutume internationale et actes unilatéraux d'organisations internationales, peuvent, sous conditions, constituer une source à part entière d'incrimination. Bien que cette pratique soit restreinte, la valeur de la coutume suffit à imposer aux Etats une réelle obligation d'incrimination, d'autant que les crimes en cause touchent les intérêts de l'ensemble des Etats. L'incrimination par acte unilatéral, bien qu'également restreinte, n'en est pas moins prometteuse, car elle présente l'avantage de ne

⁴³¹ Cité in Marsaud (A.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de Résolution (n°2828) de M. Christian Philip, sur les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne*, 15 mars 2006, n° 2968, p. 8.

⁴³² Ibid, p. 9

⁴³³ Ibid, p. 8.

⁴³⁴ Article 42 : « *le Conseil, statuant à l'unanimité à l'initiative de la Commission ou d'un État membre, et après consultation du Parlement européen, peut décider que des actions dans les domaines visés à l'article 29 [dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale] relèveront du titre IV du traité instituant la Communauté européenne* ».

pas rencontrer les vicissitudes liées au droit conventionnel, et de toucher des domaines beaucoup plus spécifiques et précis. Cependant, il convient de noter que ce type d'incrimination demeure fonction des compétences de l'organisation, de ses pouvoirs et de la valeur reconnue à ces actes unilatéraux, et ne rencontre, pour destinataires, que les Etats membres.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER.

303. En imposant une réelle obligation d'incrimination, le droit international se présente comme le censeur de la moralité internationale et le protecteur des intérêts supérieurs de la communauté internationale. L'incrimination est vite devenue l'obligation première, celle dont le respect est essentiel pour une bonne administration de la justice.

304. Deux constats se dégagent de cette obligation. D'un côté, à l'image de la criminalité internationale, les sources d'incriminations ont évolué. En effet, le champ exclusif du droit conventionnel a été étendu à d'autres sources, toutes aussi contraignantes, que peuvent être les normes coutumières ou les actes unilatéraux. L'intérêt d'une telle extension réside dans le fait que les comportements criminels sont de plus en plus nombreux et nécessitent une prise en considération rapide, effective et efficace. Certes, les Traités restent le mode privilégié d'incrimination, mais la nécessité et l'urgence peuvent justifier le recours à ces sources annexes.

305. D'un autre côté, la puissance souveraine des Etats se trouve de plus en plus atteinte par les intrusions de plus en plus fréquentes du droit international. Loinaine semble être l'époque où l'incrimination était laissée à la seule discrétion des Etats. Désormais, ceux-ci se voient obligés d'adapter leur droit national afin de prévoir de prendre en compte des incriminations internationalement prévues. A défaut, les Etats violeraient leurs obligations internationales et seraient susceptibles de voir leur responsabilité engagée. Cependant, il demeure une certaine supériorité des Traités en la matière car une incrimination nationale sur une base coutumière ou unilatérale peut rencontrer des problèmes d'opposabilité de la norme aux Etats, ceux non membres de l'organisation ou bien ceux objecteurs à la coutume. Dans ce cas, le Traité sera la solution idéale car incrimination et volontarisme iront de paire. En tout état de cause, dès lors que l'incrimination a abouti, il revient aux Etats d'établir, le cas échéant, leur compétence pénale.

TITRE SECOND.

L'OBLIGATION DE L'ETAT D'ETABLIR SA COMPETENCE PENALE.

306. L'établissement de la compétence pénale suppose que l'infraction ait été commise et qu'une répression soit envisagée. La compétence pénale est largement subordonnée au droit international. Dès qu'est reconnue une obligation d'incrimination, il y a obligation avérée ou implicite d'établir une compétence pénale. Incrimination et compétence sont intimement liées car la seconde ne peut être établie sans que la première ne l'ait été. Quoiqu'il en soit, l'extraterritorialité gouverne la question de la compétence pénale étatique. En effet, dès lors qu'un crime donné présente un élément d'extranéité, il peut entrer dans la sphère de compétence de plusieurs Etats, car il se caractérise par plusieurs liens possibles de rattachement souverain. L'extraterritorialité des compétences s'explique alors par le développement de la criminalité internationale.

307. Il est reconnu que « *traditionnellement, les règles qui fondent la compétence pénale extraterritoriale ne sont pas définies par un traité mais sont issues du droit international coutumier, du principe de réciprocité entre les nations et des règles internes de droit international privé* ». ⁴³⁵ L'établissement d'une telle compétence va s'organiser autour du critère de la défense d'un intérêt. D'un côté, un Etat peut se déclarer compétent pour connaître d'un crime dès lors que seront en jeu des intérêts dont lui seul pourra légitimement assurer la défense. Ces intérêts s'organisent autour de deux critères, le rattachement territorial ou le rattachement national, débouchant sur la compétence territoriale ou sur la compétence personnelle. D'un autre côté, l'Etat pourra également se déclarer compétent pour connaître d'un crime qui, s'il est commis, porte atteinte à des intérêts supérieurs certains. Il en va ainsi de la défense des intérêts supérieurs de l'Etat, au travers de la compétence réelle, et des intérêts supérieurs de la communauté internationale, au travers de la compétence universelle. Il ne fait aucun doute que la multiplication des

⁴³⁵ Cafritz (E.), Tene (O.), Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français, *R.S.C.*, 2003, p. 733.

titres de compétence va entraîner des conflits entre Etats, que ces derniers vont s'efforcer de régler, tout en protégeant leur souveraineté.

308. Encore plus qu'en matière d'incrimination, le droit international, va se partager entre obligation et habilitation faite aux Etats de se doter d'une compétence pénale. La partition des compétences dépendra du degré d'implication des Etats, de leur souci de protéger leur souveraineté et de l'ampleur des intérêts à défendre. Une telle oscillation se fera ressentir aussi bien en ce qui concerne les titres de compétences pénales classiques (**Chapitre I.**), qu'en ce qui concerne la compétence universelle. (**Chapitre II.**)

CHAPITRE I. : TITRES DE COMPETENCE PENALE ET SOUVERAINETE ETATIQUE.

309. L'exercice par un Etat de sa compétence pénale est le reflet de sa souveraineté. En effet, au nom de cette souveraineté, l'Etat est compétent pour établir sa juridiction relativement à une situation donnée. Au-delà des situations purement internes où la compétence territoriale est logiquement obligatoire⁴³⁶, le droit international se fait le relais de la reconnaissance de cette compétence. En ce sens, en relation avec la souveraineté pénale, et selon le titre requis, le droit international sera plus ou moins intrusif, puisqu'il va osciller entre obligation (**Section 1.**) et habilitation donnée aux Etats de se doter d'un titre de compétence pénale. (**Section 2.**)

SECTION 1 : L'OBLIGATION FAITE AUX ETATS DE SE DOTER D'UNE COMPETENCE PENALE.

310. En analysant la pratique internationale, il est vite apparu qu'au nom de la souveraineté pénale, les Etats avaient pour obligation de protéger leur territoire et certains de leurs nationaux. Une telle obligation répond à la nécessaire protection, par l'Etat, de ses éléments constitutifs. L'obligation d'incrimination renvoyant aux chefs de compétence territoriale et personnelle active, le droit international va obliger l'Etat à se doter d'une compétence pénale, lorsque le crime est commis sur son territoire (§ I.) ou lorsque l'auteur de celui-ci est de sa nationalité. (§ II.)

§. I. La compétence territoriale.

311. Le concept de compétence pénale territoriale traduit l'idée selon laquelle l'Etat exerce un contrôle pénal plein et entier sur son propre territoire, selon le schéma qu'il est

⁴³⁶ Il est ainsi fréquent de retrouver dans des Conventions, à l'image de l'article 3 de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* une disposition selon laquelle « la présente Convention ne s'applique pas lorsque l'infraction est commise à l'intérieur d'un seul État, que l'auteur présumé est un national de cet État et se trouve sur le territoire de cet État, et qu'aucun autre État n'a de raison (...) d'établir sa compétence ».

seul compétent pour prescrire, décider et appliquer la loi.⁴³⁷ En accord avec la non-ingérence, il est donc logique qu'un Etat dispose d'une compétence exclusive pour connaître des crimes commis sur son propre territoire. (A.) Cette règle est d'autant plus fondamentale que le droit international l'a aménagée. (B.)

A. Le contrôle pénal de l'Etat sur son territoire.

312. La règle de la compétence territoriale est une règle classique, autant dire universelle, puisque reconnue et appliquée par l'ensemble des Etats. En tant que maître de son territoire, l'Etat est titulaire d'une juridiction exclusive à l'égard de tous les crimes qui y sont commis. (1.) Le droit international a confirmé cette règle, pour en faire une réelle obligation à destination des Etats. (2.)

1. Une exclusivité de juridiction.

313. Le droit international reconnaît à l'Etat une compétence pénale à l'égard des infractions commises exclusivement sur son territoire. Il s'agit d'une compétence pénale principale, qui se veut exclusive de toute autre, dans la mesure où l'Etat est le seul maître de son territoire, sur lequel il exerce son propre pouvoir de police. Il est incontesté que l'Etat est titulaire d'une compétence exclusive à l'égard des biens et des personnes situés sur son territoire.⁴³⁸ La territorialité apparaît comme le principe fondateur de la compétence législative des Etats et, en matière pénale, comme le fondement du droit de juger.⁴³⁹ Le principe de souveraineté pénale est donc intimement lié à celui de territorialité de la loi pénale, selon lequel une personne qui commet une infraction sur le territoire d'un Etat déterminé est poursuivie par les autorités de cet Etat, sanctionnée par ses juridictions suivant le droit en vigueur et y purge sa peine. Comme l'a remarqué Henri Donnedieu de Vabres, « *il est conforme à l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'un délit*

⁴³⁷ Cette trilogie, *to prescribe, to adjudicate, to enforce*, est issue du *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*.

⁴³⁸ La compétence territoriale se veut une compétence égalitaire car elle suppose l'égalité des incriminations internes selon que l'on soit un national ou un étranger.

⁴³⁹ Voir Schultz (H.), *Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger*, *R.S.C.*, 1967, p. 311 et s, Fayard (M.C.), *La localisation internationale de l'infraction R.S.C.*, 1968, pp. 753-779.

soit jugé le plus près possible des lieux où il a été commis »⁴⁴⁰, en cela, « le principe territorial a pour objet l'affirmation de la compétence exclusive d'un Etat, de ses juridictions et de ses lois propres, à l'égard de tous les actes punissables qui ont été commis sur son territoire ». ⁴⁴¹

314. Comme l'Etat possède, du fait de sa souveraineté, une exclusivité de juridiction sur son territoire⁴⁴², l'exercice de la compétence pénale territoriale entraîne une compétence des tribunaux pénaux étatiques à l'égard des infractions commises sur le territoire national et une application exclusive de la loi pénale nationale. La territorialité étant communément admise comme le critère traditionnel de compétence juridictionnel des Etats, elle garantit au délinquant d'être jugé selon les lois du lieu de commission de l'infraction. Exemple flagrant de souveraineté pénale, le principe de territorialité se retrouve dans la multitude des législations internes. On peut à juste titre considérer, que « *le territoire national [est] cet élément essentiel de la souveraineté qui entre dans la définition même de l'Etat moderne* ». ⁴⁴³ Vu l'engouement légitime des Etats à construire leur ordre juridique national autour de la territorialité, il ne fait aucun doute que le principe de la compétence territoriale a depuis longtemps acquis une valeur coutumière incontestable. De ce fait, « *le principe de la territorialité de la loi pénale matérielle apparaît comme une règle du droit des gens en tant qu'il exprime le droit pour tout Etat souverain de soumettre à sa loi pénale tous actes commis sur son territoire* ». ⁴⁴⁴

2. Un critère classique obligatoire.

315. Le droit interne a toujours fait sien le principe de la compétence territoriale. En effet, les Etats se sont tous reconnus exclusivement compétents pour connaître des

⁴⁴⁰ Donnedieu de Vabres (H.), *Les principes modernes du droit pénal international*, Recueil Sirey 1928, réédition Panthéon Assas, 2004, p. 11.

⁴⁴¹ Ibid.

⁴⁴² Voir en ce sens l'affaire de l'Ile de Palmas dans laquelle est reconnue que l'Etat est titulaire sur son territoire du « *droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre, les fonctions d'un Etat* », y compris la fonction souveraine de choisir sa législation pénale et de l'appliquer. S.A Max Huber, 4 avril 1928, *Ile de Palmas (Etats-Unis c. Pays-Bas)*, R.S.A vol II, p. 839.

⁴⁴³ Ayat (M.), Droit marocain, p. 419, in Casses (A.), Delmas Marty (M.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Puf, 2002, 673 p. Voir également, Cheng (B), La jurimétrie : sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale, *J.D.I.*, 1991, pp. 579-599.

⁴⁴⁴ Consultation de M. Mercier annexée au Contre-Mémoire turc, à propos de l'affaire du *Lotus (France c. Turquie)*, C.P.J.I, 7 septembre 1927, série A, n°10, in Haggemacher (P.), Perruchoud (R.), Dipla (H.), *Répertoire des documents de la Cour de la Haye, Série I, 1922-1945, les Compétences de l'Etat*, Tome 4, Genève, I.U.H.E.I., 1984, 1770 p.

infractions commises sur leur territoire.⁴⁴⁵ D'autre part, les Etats se voient obligés d'établir leur compétence pénale sur leur propre territoire, puisque le droit international oblige l'Etat sur le territoire duquel les crimes se sont produits à réprimer ces infractions. Le droit international a fait de cette exclusivité de compétence une réelle obligation à la charge des Etats, obligation sans ambiguïté dès lors qu'elle concerne les crimes accomplis entièrement et exclusivement à l'intérieur du territoire étatique. En tout état de cause, incrimination et établissement de la compétence pénale sont deux obligations intimement liées, puisque la sanction de l'incrimination passe par le nécessaire établissement d'une compétence pénale interne. Découlant directement de la souveraineté, de l'indépendance nationale et du domaine réservé, la territorialité exclut d'emblée l'intervention d'une juridiction extérieure sur le territoire nationale. Il est donc logique de considérer ce titre de compétence comme un titre obligatoire puisque seul l'Etat est à même de protéger ses intérêts propres, dans la limite géographique de son territoire.⁴⁴⁶ Ce principe de territorialité « pure »⁴⁴⁷ se trouve confirmé par la pratique internationale, coutumière ou conventionnelle.

316. En effet, le droit international impose aux Etats d'établir leur compétence pénale territoriale exclusive. Cette exclusivité de juridiction est mise en exergue dans quelques textes conventionnels, notamment dans le *Projet de Convention sur les critères de juridictions en matière criminelle* de 1935.⁴⁴⁸ Ce texte formalise, à titre principal, la compétence territoriale de l'Etat, à l'encontre des crimes commis sur son territoire. Il est ainsi prévu que

⁴⁴⁵ Pour ne pas multiplier à outrance des exemples qui seraient répétitifs, retenons ces quelques législations nationales qui reconnaissent la territorialité comme titre premier de compétence pénale : paragraphe 3 du Code pénal allemand, article 23-1 de la loi organique d'organisation judiciaire espagnole, article 131-2. 1 du Code pénal français, article 4 du Code pénal italien, article 6 du nouveau Code pénal chinois, article 3 et 4 du Code pénal iranien, article 2 du Code pénal néerlandais.

⁴⁴⁶ La notion de territoire pénale est une notion à entendre dans un sens large puisqu'elle regroupe le territoire terrestre, aérien et maritime sous souveraineté étatique. En ce sens, la Cour de cassation française a jugé qu'un crime commis par des étrangers, contre des étrangers, à bord d'un navire battant pavillon étranger, relevait de la compétence des juridictions françaises à partir du moment où ce navire se trouvait dans les eaux territoriales françaises. La Haute juridiction fait application de l'Avis du Conseil d'Etat du 20 novembre 1806 qui « attribue compétence à la juridiction française pour connaître des infractions commises à bord d'un navire battant pavillon étranger, dès lors qu'elles l'ont été dans les eaux territoriales par ou contre une personne ne faisant pas partie de l'équipage », Cass, crim, 3 mai 1995, *Bull.*, n° 161. Voir notamment Koering-Joulin (R.), L'affaire MC Ruby et la compétence internationale des juridictions répressives françaises, in *Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale*, Georg, 1997, pp. 143-154. (206 p).

⁴⁴⁷ Yokaris (A.), *La répression pénale en droit international public*, Bruylant, 2005, p. 36.

⁴⁴⁸ Draft Convention on jurisdiction with respect to crime, *AJIL*, 1935, pp. 466-634.

*« a State has jurisdiction with respect to any crime committed in whole or in part within its territory ».*⁴⁴⁹

Ce titre de compétence exclusive se retrouve dans la Déclaration de Moscou du 30 octobre 1943, prémices aux principes de Nuremberg, et selon laquelle,

« at the time of granting of any armistice to any government which may be set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries Conventions ».

317. Selon ce texte, les individus responsables des atrocités commises lors de la seconde guerre mondiale seront jugés par les tribunaux des Etats sur le territoire duquel ont été commis les crimes en question. En retenant ce principe, les Alliés confèrent réellement à la compétence territoriale un caractère obligatoire, imposant aux Etats concernés d'établir leur juridiction pénale. L'Accord de Londres qui a fait suite à la Déclaration de Moscou respecte ce principe de la territorialité puisqu'en ne rendant le Tribunal de Nuremberg compétent que pour les crimes sans localisation géographique précise, il impose aux tribunaux nationaux la compétence de connaître des crimes commis sur leur territoire.

318. Dans un même ordre d'idée, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948 dispose en son article VI que,

« les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ».

⁴⁴⁹ Article 3, *ibid*, p. 480.

319. De manière assez surprenante, le crime de génocide, considéré comme le crime le plus abominable, n'est soumis qu'à la compétence territoriale. Eu égard aux difficultés de mise en place d'une cour pénale internationale permanente, le critère de la territorialité a longtemps prévalu. Ceci s'explique particulièrement par le fait que l'incrimination porte sur l'extermination d'un groupe national ou ethnique. Or, dans l'absolu, qui mieux que les juridictions de l'Etat de nationalité de ce groupe seraient à même d'en assurer la répression ? Cependant, réprimer le génocide n'en demeure pas moins problématique quand génocide et politique nationale vont souvent de concert, puisque ce crime est interne, et souvent commis avec le soutien, l'incitation, ou grâce au silence de l'Etat territorial. Il a été reconnu à ce propos qu' « *il est d'une importance capitale que la société dans laquelle des crimes internationaux ont été commis de façon systématique confronte elle-même le passé et essaie de s'en libérer. Cette tâche ne peut vraiment pas être accomplie par d'autres Etats* ». ⁴⁵⁰

320. Quoi qu'il en soit, outre ces exemples conventionnels spécifiques, il convient de noter que le droit international a fait de la compétence territoriale le critère premier. En effet, le droit conventionnel a largement consacré ce titre de compétence et a enjoint les Etats de l'appliquer. Il serait fastidieux d'établir une liste complète des conventions consacrant la territorialité, dans la mesure où les Conventions répressives la consacrent toutes, aussi bien en ce qui concerne les crimes internationaux, que le terrorisme, la criminalité économique ou bien encore la protection de l'environnement.

B. Aménagements de la compétence territoriale.

321. Il est apparu nécessaire de revoir le concept même de compétence territoriale pour l'adapter à l'évolution de la criminalité internationale et de la société internationale. D'un côté, le droit international a reconnu que cantonner la compétence pénale de l'Etat à son strict territoire géographique pourrait paraître réducteur, d'où une extension de la de la notion de territorialité (1.) De l'autre, certains Etats ont accepté de ne pas exercer leur compétence territoriale, dans des cas bien particuliers. (2.)

⁴⁵⁰ Cassese (A.), Delmas-Marty (M.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Puf, 2002, p. 572.

1. Une extension de la territorialité.

322. En imposant aux Etats d'établir leur compétence territoriale, le droit international se porte garant de leur souveraineté pénale en les enjoignant à connaître des crimes commis sur leur territoire. Le vecteur de cette reconnaissance demeure le droit conventionnel. Or, exception faites des rares cas de compétence territoriale purement exclusive, le droit international reconnaît un aménagement de ce titre de compétence. La stricte territorialité n'est pas un principe absolu. Ceci a été confirmé par le droit positif (a.) et par le droit conventionnel. (b.)

a. L'apport du droit positif : l'affaire du « Lotus ».

323. Le 2 août 1926, en pleine nuit, un navire français, le Lotus, qui naviguait à destination de Constantinople, va heurter un navire turc, le Boz-Kourt dans la mer Méditerranée. Celui-ci, sous l'effet du choc va être brisé en deux, et va sombrer, tuant huit marins Turcs. Le Lotus sauve 10 marins turcs, puis se rend à Constantinople où il arrive le 3 Août. Le 15 août, le capitaine du Lotus va être arrêté par les autorités et le 15 Septembre il est condamné par les tribunaux locaux en raison des dommages subis par les marins du Boz-Kourt. Face au refus des autorités turques de se dessaisir au profit de la France, les deux Etats, par compromis soumièrent l'affaire à la Cour permanente de justice internationale. La requête portait sur le fait de savoir si, en poursuivant l'officier français, les autorités turques avaient violé les obligations découlant du Traité de Lausanne du 24 juillet 1923 portant *Convention relative à l'établissement et à la compétence judiciaire*, et notamment celles de l'article 15 du Traité.⁴⁵¹ Au terme de son arrêt, la Cour se positionna quant aux droits des Etats en matière de compétence territoriale.

324. En effet, la Cour est venue ici reconnaître le caractère non-absolu de la territorialité de la loi pénale. Pour cela elle estime que le droit international ne limite pas la compétence territoriale de l'Etat à son simple territoire géographique et qu'il lui permet, sous certaines conditions, de connaître de crimes commis à l'extérieur, mais bénéficiant d'un lien de rattachement national. La Cour a retenu que,

⁴⁵¹ Article 15 « *En toutes matières, sous réserve de l'Article 16, les questions de compétence judiciaire seront, dans les rapports entre la Turquie et les autres Puissances contractantes, réglées conformément aux principes du droit international* ».

« (...) la limitation primordiale qu'impose le droit international est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défende à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger, et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux, des personnes, des biens ou des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas le cas du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque Etat est libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables ».⁴⁵²

325. Est mise en exergue par la Cour cette faculté dont disposent les Etats, au nom d'une règle permissive du droit international, d'étendre leur souveraineté pénale à des faits commis hors de son strict territoire géographique.

326. En l'espèce, la Turquie n'avait pas enfreint de règles permissives de droit international en exerçant une juridiction criminelle extraterritoriale car, l'extraterritorialité

⁴⁵² CPJI, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus*, Série A, n° 10, pp. 18-19.

du droit a valeur de coutume, tout comme le fait que navire en haute mer soit une continuité du territoire national. La doctrine a remarqué à ce propos qu' « *il n'existe pas de règle de droit international qui oblige les États l'un envers l'autre de tenir compte seulement du lieu où se trouvait l'auteur du délit au moment du délit. Bien au contraire, tous les États, même ceux qui s'en tiennent le plus strictement au principe de la territorialité de la loi pénale (...) admettent la faculté d'interpréter le dit principe dans le sens d'une localisation du délit à l'endroit où les effets de l'acte délictueux se font sentir* ». ⁴⁵³ Plus précisément, « *la Turquie avait exercé des poursuites pénales (...) sur la base de la territorialité des effets, pour autant que le navire turc pût être assimilé au territoire de la Turquie* ». ⁴⁵⁴ En tant que telle, la Cour a donc privilégié une conception non restrictive de la compétence territoriale et semble annoncer ce mouvement du droit international imposant aux États d'établir leur compétence pour des crimes dont le rattachement territorial n'est pas exclusif, ou du moins évident.

b. L'apport du droit conventionnel.

327. Le droit conventionnel a pris acte de cette reconnaissance du *Lotus* en imposant aux États d'établir leur compétence pénale territoriale pour les infractions commises à bord de navires ou aéronefs relevant de leur juridiction nationale. ⁴⁵⁵ En effet, force est de constater que les conventions de navigation appliquent la loi du pavillon, fiction selon laquelle les navires et aéronefs constituent des prolongements naturels du territoire national, et sont à ce titre soumis à la compétence territoriale de l'État d'immatriculation. ⁴⁵⁶ Le droit international impose en ce sens aux États d'établir une compétence pénale extraterritoriale. Il en est ainsi de la Convention de Tokyo de 1963 selon laquelle,

⁴⁵³ Verzijl (J.H.W), L'affaire du « Lotus » devant la Cour permanente de justice internationale, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1928, p. 18.

⁴⁵⁴ Henzelin (M.), *Le principe de l'universalité en droit pénal international, droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, op. cit, p. 144.

⁴⁵⁵ Notons d'ores et déjà que cette règle ne s'applique pas uniquement au droit conventionnel portant sur le terrorisme. Simplement, cette catégorie est symptomatique de l'évolution transnationale du droit et des intérêts supranationaux des États. On la retrouvera donc dans divers documents telle la *Convention pour la prévention et la répression de la torture* (article 5), la *Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal* (article 5) ou la *Convention pénale sur la corruption* (article 17).

⁴⁵⁶ La doctrine a reconnu à ce propos que « *that a vessel is the territory of the flag State is obviously a legal fiction, but in general, it is a useful convenience. A vessel (or aircraft) on (or over) the high seas is in no State's territory. It is a self-contained, inhabited entity that ought to be subject to regulation and it is reasonable that the flag State, which has launched and has control of the vessel or aircraft, be able to prescribe for its governance* », Henkin (L.), *General course on public international law, R.C.A.D.I.*, 1989, vol 216, p. 283.

*« l'Etat d'immatriculation de l'aéronef est compétent pour connaître des infractions commises et des actes accomplis à son bord ».*⁴⁵⁷

328. Le lien de rattachement devient le lien d'immatriculation, l'appareil immatriculé devenant un démembrement du territoire géographique national.⁴⁵⁸ La souveraineté qui s'exerce traditionnellement sur le strict territoire géographique, s'exercera dans des conditions identiques, à bord d'un navire ou d'un aéronef. Il est logique que l'Etat d'immatriculation exerce alors sa juridiction à bord. Ce principe se retrouve dans les Conventions ultérieures, avec plus de précision notamment dans la Convention de Montréal de 1971 selon laquelle,

*« Tout Etat contractant prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de l'infraction, ainsi que de tout autre acte de violence dirigé contre les passagers ou l'équipage, et commis par l'auteur présumé de l'infraction, en relation directe avec celle-ci, dans les cas suivants : a) si elle est commise à bord d'un aéronef immatriculé dans cet Etat ; b) si l'aéronef à bord duquel l'infraction est commise atterrit sur son territoire avec l'auteur présumé de l'infraction se trouvant à son bord ; c) si l'infraction est commise à bord d'un aéronef donné en location sans équipage à une personne qui a le siège principal de son exploitation ou, à défaut sa résidence permanente, dans le dit Etat ».*⁴⁵⁹

329. Comme l'exercice des compétences pénales étatiques est subordonné au droit international, le but de celui-ci est, en la matière, d'enjoindre les Etats à établir en toute circonstance leur compétence pénale. Ainsi, la territorialité ou l'extraterritorialité semblent

⁴⁵⁷ Article 3. 1.

⁴⁵⁸ Louis Henkin pousse la fiction encore plus loin en considérant le navire comme une île dépendant de la souveraineté de l'Etat, Henkin (L.), op. cit, p. 283.

⁴⁵⁹ Article 4. Ce schéma se retrouve dans de nombreux textes, tel l'article 3. 1 a) de la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, l'article 5.1 a) de la *Convention internationale contre la prise d'otages*, l'article 6.1 a) et b) de la *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime* ou bien récemment l'article 9. 1 a) et b) de la *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*.

primer. L'acceptation de la territorialité de la loi pénale, dans son sens large, sera le vecteur primordial de la protection de la souveraineté nationale. Ce principe sera même poussé au maximum puisqu'un Etat pourra établir sa compétence extraterritoriale si l'infraction commise à bord d'un aéronef, qui n'est pas immatriculé dans cet Etat, produit des effets sur son territoire.⁴⁶⁰ Pour cela, comme prévu dans la Convention de 1963,

*« Un Etat contractant qui n'est pas l'Etat d'immatriculation, ne peut gêner l'exploitation d'un aéronef en vol en vue d'exercer sa compétence pénale à l'égard d'une infraction commise à bord que dans les cas suivants : a) cette infraction a produit effet sur le territoire dudit Etat (...) c) cette infraction compromet la sécurité dudit Etat ».*⁴⁶¹

2. La paralysie de la compétence territoriale : l'exemple des Etats-Unis et la Cour pénale internationale.

330. La compétence territoriale n'est pas absolue et dans certains cas, elle peut être interdite. L'interdiction faite à un Etat d'exercer sa compétence territoriale ne vient pas exclusivement du droit international car, au mépris des grands principes directeurs du droit international, elle peut également venir d'un autre Etat. Tel est le cas de l'attitude des Etats-Unis vis-à-vis de la Cour pénale internationale. Face au nombre croissant d'opérations de maintien de la paix encadrées par le Conseil de sécurité, les Etats-Unis ont cherché à immuniser leurs soldats contre les atteintes de la compétence territoriale de l'Etat sur lequel ils se trouvent dans le cadre d'une opération. En effet, le 17 mai 2002, les Etats-Unis demandaient au Conseil de sécurité d'établir une immunité à l'égard des personnels militaires engagés dans le maintien de la paix au Timor Oriental. Peu de temps après, Washington présentait un projet de résolution visant à obtenir l'immunité des personnels militaires et civils engagés cette fois en Bosnie Herzégovine. Face au refus du Conseil, les Etats-Unis opposèrent leur veto à la résolution prévoyant de prolonger le mandat de la

⁴⁶⁰ Il s'agit ici d'une application de la théorie des effets. L'Institut du droit international a fait état de cette approche de la territorialité puisque il a retenu que « *la compétence territoriale s'étend aux activités exercées en dehors du territoire de l'Etat qui ont un effet à l'intérieur de ce territoire, pour autant que l'effet soit significatif par rapport à l'ordre public ou à l'intérêt de l'Etat* », La compétence extraterritoriale des Etats, article 2 § 4, Institut de droit international, Session de Milan, 1994, *Ann.I.D.I.*, vol 65, II, p. 137.

⁴⁶¹ Article 4.

Mission des Nations Unies en Bosnie. Pour les Etats-Unis, ce projet ne portait aucunement atteinte à la règle des immunités prévue à l'article 98 du Statut de la Cour pénale⁴⁶² et aux obligations des Etats parties, et tant qu'ils n'obtiendraient pas satisfaction, ils adopteraient une stratégie identique pour tout renouvellement de mission de maintien de la paix.

331. Le 12 juin, le Conseil adopte une Résolution 1422, controversée, aux termes de laquelle il

*« Demande, conformément à l'article 16 du Statut de Rome, que, s'il survenait une affaire concernant des responsables ou des personnels en activité ou d'anciens responsables ou personnels d'un État contributeur qui n'est pas partie au Statut de Rome à raison d'actes ou d'omissions liés à des opérations établies ou autorisées par l'Organisation des Nations Unies, la Cour pénale internationale, pendant une période de 12 mois commençant le 1er juillet 2002, n'engage ni ne mène aucune enquête ou aucune poursuite, sauf si le Conseil de sécurité en décide autrement ».*⁴⁶³

332. Un an plus tard, la Résolution est renouvelée en des termes identiques, accordant l'immunité aux ressortissants des Etats non parties au Statut de la Cour.⁴⁶⁴ De par ces Résolutions, *« les ressortissants américains impliqués dans des opérations de maintien de la paix sous l'égide des Nations Unies sont ainsi exclus d'une éventuelle compétence de la Cour et pourraient l'être encore longtemps puisque les résolutions prévoient leur renouvellement le 1^{er} juillet de chaque année pour une période de douze mois ».*⁴⁶⁵ Avec cette résolution, les Etats-Unis ont réussi à se dégager d'une éventuelle mise en cause de leurs ressortissants sur le territoire d'un Etat partie au Statut, en instaurant à l'égard de

⁴⁶² Article 98 *« La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité. 2. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'État d'envoi pour qu'il consente à la remise ».*

⁴⁶³ Résolution 1422 (2002) du 12 juillet 2002, *Le maintien de la paix par les Nations Unies*.

⁴⁶⁴ Résolution 1487 (2003) du 12 juin 2003, *Opérations de maintien de la paix des Nations Unies*.

⁴⁶⁵ Coulée (F.), *Sur un Etat tiers bien peu discret : les Etats-Unis confrontés au statut de la Cour pénale internationale*, *A.F.D.I.*, 2003, p. 53.

leurs nationaux un véritable régime d'exception. Symbolique de l'opposition des Etats-Unis à la Cour pénale, et en application des Résolutions, Washington va conclure, sur la base de l'*American Service member's protection Act*⁴⁶⁶, des accords bilatéraux d'immunités qui visent à obtenir l'engagement du plus grand nombre d'Etats à ne pas transférer les ressortissants américains devant la Cour pénale.⁴⁶⁷ A défaut, les Etats-Unis refuseraient toute aide ou assistance militaire aux Etats qui auraient refusé de signer l'accord en question en autorisant l'éventuel transfert de ressortissants américains devant la Cour.⁴⁶⁸ Véritable pression à l'impunité, cette pratique a largement été critiquée⁴⁶⁹ en ce qu'elle crée une pratique de non droit protégeant les auteurs d'éventuels crimes internationaux.

333. En l'espèce, par l'apport conjugué d'un accord bilatéral et d'une pression diplomatique, est favorisé l'abandon partiel du respect du Statut de Rome, l'Etat ne remplissant plus ses obligations internationales au regard de la Cour. Le recours à une telle pratique, outre le fait qu'elle se pose comme facteur d'impunité, interdit, sous la pression, à un Etat d'exercer pleinement sa compétence territoriale. Comme la Cour pénale internationale fonctionne selon le principe de complémentarité de juridiction, les autorités nationales se voient imposer de dénier leur compétence territoriale. En tant qu'Etat partie au Statut de Rome, les Etats s'engagent à exercer leur juridiction territoriale sur les individus se trouvant sur leur territoire. S'ils ne le peuvent pas ils s'engagent à transférer l'accusé devant la Cour. Or, en ratifiant les accords bilatéraux, les Etats concernés perdent,

⁴⁶⁶ L'*American Service member's protection Act* du 2 août 2002 qui prohibe toute coopération avec la Cour pénale internationale, « subordonne la participation américaine aux opérations de maintien de la paix au vote par le Conseil de sécurité d'une résolution garantissant l'immunité des forces armées américaines si la CPI peut exercer sa compétence sur le territoire de l'Etat où se déroule l'opération ou s'il n'existe pas d'accord bilatéral garantissant l'immunité des troupes américaines entre les Etats-Unis et l'Etat partie au Statut de Rome sur le territoire duquel est menée l'opération », Detais (J.), Les Etats-Unis et la Cour pénale internationale, *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier 2003, www.droits-fondamentaux.org.

⁴⁶⁷ Voir par exemple l'Accord du 18 septembre 2002 conclu entre les Etats-Unis et l'Ouzbékistan selon lequel « *persons of one party present in the territory of the others shall not, absent the expressed consent of the first party, a) be surrendered or transferred by any means to the International Criminal Court for any purpose, or b) be surrendered or transferred by any means to any other entity or third country, or expelled to a third country, for the purpose of surrender to or transfer to the International Criminal Court* », Agreement between the Government of the United States of America and the government of the Republic of Uzbekistan regarding the surrender of persons to the international criminal court, *ILM*, vol 42/1, janvier 2003, pp. 39-40.

⁴⁶⁸ Pour plus de détails quant à cette pratique, référons-nous à la chronique des faits internationaux de la *R.G.D.I.P.*, 2003, pp. 953-954. Ces Accords ne valent pas à l'égard des Etats membres de l'OTAN et de leurs alliés.

⁴⁶⁹ Voir notamment Bouquemont (C.), *La Cour pénale internationale et les Etats-Unis*, L'Harmattan, 2003, 159 p, Nolte (G.), *Le droit international face au défi américain*, Pedone 2005, 101 p, Ferlet (P.), Sartre (P.), La Cour pénale internationale à la lumière des positions américaine et française, *Etudes*, février 2007, pp. 165-174.

dans un cas précis, leur compétence territoriale de juger un individu présent sur son territoire ou bien de le transférer souverainement à la Haye.⁴⁷⁰

§. II. La compétence personnelle active.

334. A l'image de la territorialité, dans le cadre de la défense des intérêts supérieurs de l'Etat, celui-ci se doit d'assurer la répression des actes commis par ses nationaux. Il en va de la survie de la légitimité et de la bonne foi de l'Etat sur la scène internationale. En raison du respect de ses engagements internationaux, l'Etat aura pour mission d'exercer un certain contrôle sur ses nationaux. (A.) Le droit international a largement confirmé cette règle en y apportant certains aménagements. (B.)

A. Un contrôle de l'Etat sur ses nationaux.

335. Même si le critère de la territorialité apparaît comme le critère fondamental, communément admis par l'ensemble des Etats, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas exclusif, dès lors que l'infraction aura eu lieu en dehors du territoire étatique. Le problème se pose de savoir sous l'empire de quelle loi sera sanctionné l'auteur de l'infraction. Quand des questions de nationalité et de souveraineté se posent, le principe de la compétence personnelle sera mis en oeuvre. En marge de la territorialité, l'Etat pourra exercer sa souveraineté pénale en invoquant sa compétence personnelle. On parle de compétence personnelle puisqu'elle est fondée, non pas sur un titre territorial, mais sur un lien d'allégeance de rattachement national. En se dotant d'une compétence personnelle active, l'Etat ne fait qu'exercer sa souveraineté pénale en raison de l'existence de ce lien d'allégeance. En effet, le lien de nationalité justifie la compétence nationale pour connaître du crime commis par le ressortissant. (1.) Il n'en demeure pas moins que ce titre de compétence sera conditionné au respect de certaines règles. (2.)

⁴⁷⁰Compétence qui pourtant leur avait été reconnue par le droit international.

1. La reconnaissance d'un lien d'allégeance entre la national et son Etat

336. La compétence personnelle active se définit comme une « *aptitude de l'Etat à soumettre à son ordre juridique et, en particulier, à incriminer et juger des faits commis à l'extérieur de ses frontières en raison d'un lien d'allégeance de l'auteur de l'infraction à l'égard de l'Etat qui exerce la compétence* ». ⁴⁷¹ Eminemment lié au respect de la souveraineté étatique, ce titre de compétence est fondé sur le lien de rattachement qu'est la nationalité et qui légitime la juridiction de l'Etat pour des crimes commis à l'étranger par ses nationaux. Le principe de la compétence personnelle active est basé en somme sur la définition même de l'Etat, dans la mesure où l'Etat exerce sa juridiction sur une population, composée majoritairement de nationaux. Or, dans une optique d'application extraterritoriale du droit il semble logique que l'Etat reste compétent pour connaître des crimes commis à l'étranger par ses ressortissants. Il a été reconnu à ce propos que le titre compétence personnelle est subsidiaire à la territorialité, dans la mesure où il vient en combler les lacunes tout en la complétant. ⁴⁷² En effet, l'extraterritorialité du droit pénal national justifie l'intervention de l'Etat qui fait prévaloir un lien de nationalité, plus évident à rencontrer qu'un rattachement territorial.

2. Une compétence conditionnée.

337. Le principe de la compétence personnelle active est largement adopté en droit interne et se justifiera selon deux théories unies autour de la double incrimination. D'un côté l'Etat sera compétent pour connaître d'infractions commises à l'étranger par un national, sans que la double incrimination soit requise. En effet, quand bien même l'infraction ne serait pas incriminée dans le pays de commission, le simple fait qu'elle le soit dans le droit national emporte la compétence de l'Etat de nationalité de l'auteur. Ceci s'expliquerait par le fait que l'Etat entendrait conserver un certain contrôle des agissements, à l'étranger, de ses ressortissants, qui resteraient soumis à ses lois. En ce qui concerne la compétence personnelle active, même si seul l'ordre public de l'Etat de commission a souffert d'actes criminels commis par un étranger, l'Etat de nationalité vient justifier sa compétence en arguant du fait que d'une part, même si ce sont ses nationaux, il

⁴⁷¹ Salmon (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 211.

⁴⁷² Donnedieu de Vabres (H.), *op. cit.*, p. 58.

se refuse à abriter des criminels qui pourrait reproduire sur son territoire des actes répréhensibles similaires.⁴⁷³

338. D'un autre côté, en cas cette fois de double incrimination, sous réserve de la présence de l'accusé sur son territoire national, la compétence se trouverait justifiée par le refus traditionnel d'un grand nombre d'Etats d'extrader leurs nationaux. Prenant l'exemple du droit français, les Professeurs Huet et Koering-Joulin ont précisé la notion en se référant au lien de rattachement existant entre la France et ses nationaux. En effet, « *il est juste qu'en contrepartie de la protection que lui assurent à l'étranger les agents diplomatiques et consulaires français, le citoyen français réponde devant nos tribunaux de l'infraction qu'il a réalisée hors de France. En outre, si le délinquant français s'est réfugié en France après son infraction sans avoir été jugé et puni à l'étranger, la collaboration internationale comme l'ordre public français exigent qu'il soit justiciable des tribunaux français puisque, (...) la France n'extrade pas ses nationaux* ». ⁴⁷⁴ Face au refus d'extrader ses nationaux, l'Etat a l'obligation de les déférer devant une juridiction interne pour jugement. Contrepartie de la compétence personnelle active, le refus d'extrader les nationaux ne doit pas rester lettre morte. Tel était le fond de l'affaire de Lockerbie, dans laquelle la Libye entendait exercer son droit souverain de juger ses ressortissants impliqués, en vertu d'une coutume internationale ancrée dans la pratique et de la Convention de Montréal de 1971. Or, le refus d'extrader et de juger les responsables de l'attentat entraînent des sanctions du Conseil de sécurité pour violation des engagements conventionnels. ⁴⁷⁵

⁴⁷³ Est souvent prise en compte cette fiction selon laquelle le crime commis par un national l'aurait été sur le territoire de son Etat de nationalité, en raison de son lien de rattachement, ce qui viendrait justifier la compétence personnelle de l'Etat.

⁴⁷⁴ Huet (A.), Koering-Joulin (R.), Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, Infractions commises à l'étranger, *Jcl droit international*, vol 4. Fasc 403-20, p. 5.

⁴⁷⁵ Suite à cet attentat, deux ressortissants libyens furent mis en accusation, de même que Tripoli, accusé de soutenir et de financer le terrorisme international. Sur la base du Chapitre VII, une série de résolutions fut adoptée, dont, en ce qui nous concerne, on peut retenir les résolutions 731 du 21 janvier 1992⁴⁷⁵ et 748 du 31 mars 1992⁴⁷⁵, qui encouragent puis imposent à la Libye de prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer à l'élimination du terrorisme. Parmi ces mesures certaines touchent directement la souveraineté pénale puisqu'elles concernent l'arrestation puis l'extradition des dits terroristes. Face au refus libyen d'extrader ses ressortissants et à la promesse sans cesse renouvelée de les juger en droit interne, fût décidé par la communauté internationale de négocier avec Tripoli la levée de l'embargo imposé contre un procès dans un Etat tiers, les Pays-Bas, selon le droit pénal écossais, applicable à Lockerbie. La Libye qui était pénalement compétente pour juger des ces actes, au nom de sa compétence personnelle active, a ainsi renoncé d'elle-même à l'exercice de sa souveraineté pénale, au nom de sa survie économique et internationale. Cette renonciation souveraine, indirectement imposée par une résolution du Conseil de sécurité a été par la suite confirmée par la résolution 1192 du 27 août 1998⁴⁷⁵ aux termes de laquelle les gouvernements des Pays-Bas et du Royaume-Uni devront s'assurer de la mise en œuvre efficace et effective

339. Cette compétence personnelle doit ainsi être vue comme une extension de la souveraineté pénale, les Etats devenant compétents pour juger des faits commis à l'extérieur de leurs frontières, à la seule condition qu'un lien de nationalité existe. Chaque législation pénale interne prévoit une extension de souveraineté, au nom de la compétence personnelle. De plus, le droit interne conditionne l'exercice de la compétence personnelle active, à l'appréciation de la nationalité et de la date critique, ainsi qu'à la gravité du crime en cause. Selon le point de vue de la doctrine, « *la compétence personnelle active s'applique aussi bien à ceux qui possèdent la nationalité de l'Etat concerné au moment de l'infraction qu'à eux qui l'ont acquis plus tard* ». ⁴⁷⁶ En effet, force est de constater que, puisque la nationalité est le lien de rattachement primordial, la prise en compte de celle-ci demeure essentielle pour établir la légitimité du titre de compétence. Le débat n'a pas lieu d'être concernant la possession de la nationalité au moment même de la commission de l'infraction. En revanche, considérer que l'obtention de la nationalité postérieurement à la commission de l'infraction ouvre malgré tout droit à la compétence personnelle active apparaît comme le meilleur moyen de lutter contre l'impunité, et viendrait combler les lacunes liées aussi bien au défaut de double incrimination qu'à la non-extradition des nationaux. ⁴⁷⁷

340. Bien évidemment, toute infraction commise par un national à l'étranger n'entraîne pas l'automatisme de la compétence nationale, les crimes rentrant dans le champ d'action de l'Etat étant souverainement décidés par lui, ⁴⁷⁸ mais quoi qu'il en soit le critère de la

du procès, tandis que le gouvernement libyen « *devra assurer la remise des deux accusés aux Pays-Bas aux fins du procès devant le tribunal (...), et qu'il devra assurer que tous les éléments de preuve ou témoins se trouvant en Libye soient rapidement mis à la disposition du tribunal, sur sa demande, aux fins du procès* ».

⁴⁷⁶ Swart (B.), La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux, in Cassese (A.), Delmas-Marty (M.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op. cit.

⁴⁷⁷ La France justifie sa compétence personnelle active sur son refus d'extrader ses nationaux. Pour cela le Code pénal dispose en son article 113-6 que « *la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis. Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé* ». Au Royaume-Uni, qui extrade ses nationaux comme tous les pays de common law, l'*International criminal court Act* de 2001 intègre en droit anglais l'ensemble des crimes et incriminations reconnues par la Cour pénale internationale, sous réserve, soit de territorialité, soit de compétence personnelle active. Le Code pénal russe reconnaît quant à lui que les russes et les apatrides résidant de façon permanente en Russie, s'ils ont commis un crime à l'étranger, seront condamnés selon le droit russe, sous réserve de double incrimination, article 12.1, « *Citizens of the Russian Federation and stateless persons who permanently reside in the Russian Federation and who have committed crimes outside the boundaries of the Russian Federation shall be brought to criminal responsibility under this Code, if their deeds have been recognized as crimes in the State on whose territory they were committed, and unless these persons have been convicted in the foreign State* ».

⁴⁷⁸ Pour cela le législateur français a pris soin d'exclure de la compétence personnelle active les simples contraventions car « *celles-ci sont en effet d'une importance trop faible pour qu'on leur attache une attention*

compétence active est largement confirmé et appliqué en jurisprudence interne, preuve évidente que l'Etat national se refuse à favoriser l'impunité de ses ressortissants par un défaut de jugement. Les juridictions nationales font largement état de la prise en compte de la compétence personnelle active. Les cas de reconnaissance de ce titre de compétence par le juge sont nombreux et multiples, dans des affaires ne concernant pas forcément et exclusivement des crimes internationaux.

341. Pour illustrer ces propos, il est possible de se référer à trois affaires, où les points de vue quant à l'ampleur de la compétence divergent, mais qui, à l'évidence, consacrent la légitimité de l'application extraterritoriale du droit pénal national. La Cour Suprême mexicaine a ainsi reconnu que, bien que la territorialité soit la règle fondamentale posée par le droit international, il n'en demeurerait pas moins que seul le lien d'allégeance qu'est la nationalité peut justifier la compétence d'un Etat autre que celui territorial.⁴⁷⁹ De même, la Cour suprême suédoise a jugé qu'un suédois impliqué dans un accident de la route en Allemagne ressort de la compétence de son juge national puisque, quand bien même le Code de la route suédois n'est pas applicable en dehors du territoire national, il n'en demeure pas moins que le code pénal reconnaît la compétence du juge suédois pour les crimes commis par un national à l'étranger.⁴⁸⁰ Enfin, la Cour de cassation française va opérer un élargissement de la compétence personnelle active à la complicité de commission d'un crime à l'étranger. En effet, un ressortissant belge avait participé à un crime en Belgique, crime commis à titre principal par un ressortissant français. La Cour a reconnu la compétence française puisque, à partir du moment où la France est compétente en ce qui concerne ses nationaux, pour un crime commis à l'étranger, elle le devient en ce qui concerne leurs complices, même, s'ils sont d'une autre nationalité.⁴⁸¹

tatillonne lorsqu'elles sont commises en dehors des frontières nationales », cité in Chilstein (D.), *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, 2003 p. 27.

⁴⁷⁹ Cour Suprême mexicaine, *Re. Gutierrez*, *ILR*, 1957, vol 24.

⁴⁸⁰ Cour Suprême suédoise, *Public Prosecutor v. Antoni*, *ILR*, 1960, vol 32. Ces deux affaires sont citées in Geoff (G.), *Crimes sans frontières : jurisdictional problems in english law*, *BYBIL*, 1992, p. 417-418.

⁴⁸¹ Cass crim, 20 février 1990, *Serre et autre*, « la participation par un étranger à un fait principal commis à l'étranger par un Français ressortit à la compétence des juridictions françaises lorsque cet étranger est en outre poursuivi pour un crime ou un délit commis en France et formant un tout indivisible avec les actes commis à l'étranger », *D*, 1991, p. 395 et s. Concernant la place de la répression de la complicité, il est possible de se référer au point de vue de Alain Fournier. Fournier (A.), *La répression de la complicité et ses avatars en droit pénal international*, *R.S.C*, 2003, pp. 13-31.

B. La mise en œuvre de la compétence personnelle active.

342. Le souci premier du droit pénal international étant de lutter contre l'impunité, le droit conventionnel a largement consacré la règle de la compétence personnelle active, en la rendant obligatoire pour les Etats. (1.) Tout comme la territorialité, il est noté que cette règle est une règle évolutive, susceptible d'aménagements non négligeables, à l'image de la loi du drapeau. (2.)

1. Une consécration par le droit conventionnel.

343. Ce titre de compétence va permettre à l'Etat d'atteindre ses nationaux à l'étranger, au nom de sa souveraineté pénale, tout en respectant la souveraineté territoriale des autres Etats. Au-delà de la simple territorialité, le droit conventionnel va imposer aux Etats de se doter d'une compétence personnelle afin de connaître des violations de la Convention par ses nationaux à l'étranger. D'emblée, il convient de s'interroger sur le fondement d'une telle obligation. Assurément il s'agit de favoriser une mise en œuvre effective des incriminations posées par la Convention et d'éviter que, si l'Etat étranger n'est pas territorialement compétent, un autre titre de compétence nationale vaudra pour éviter l'impunité. Toutes les Conventions pénales ou à vocation pénale, si elles consacrent la territorialité, ne sont pas unanimes quant à la reconnaissance de la compétence personnelle active. Ces Conventions ne font donc qu'appliquer le principe dégagé par le Lotus selon lequel la territorialité n'est pas absolue et qu'elles enjoignent les Etats à établir leur compétence extraterritoriale.

344. Quoiqu'il en soit, deux constats peuvent être apportés. D'une part, le critère de la personnalité active se retrouve dans de nombreux textes répressifs, d'autre part ce titre de compétence s'est imposé à la pénalisation récente de certaines branches du droit. En effet, à l'image de la Convention contre la torture, il est prévu que

*« Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence (...) quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant du dit Etat ».*⁴⁸²

345. L'Etat est donc titulaire d'une réelle obligation d'établissement de compétence à l'égard des auteurs nationaux. En effet, l'Etat partie s'engage à établir, pour les infractions visées par le texte conventionnel, un titre de compétence personnelle active, dans la mesure où il ne peut s'exonérer du contrôle qu'il exerce naturellement sur ses nationaux. De plus, en refusant d'exercer une compétence extraterritoriale, l'Etat risquerait de violer ses obligations conventionnelles.⁴⁸³ L'établissement d'une compétence à l'égard des nationaux devient obligatoire dans les Conventions terroristes, celles qui visent un comportement qui en tant que tel pourrait porter atteinte à l'existence même de la communauté internationale.⁴⁸⁴ Cette obligation va également se retrouver dans les nouvelles conventions qui règlementent les domaines jusqu'ici étrangers ou peu concernés par le droit pénal, tel l'environnement⁴⁸⁵ ou le droit économique.⁴⁸⁶

2. La loi du drapeau.

346. La loi dite du drapeau constitue une extension de la compétence personnelle active des Etats, puisque les armées en campagne demeurent soumises à la juridiction de l'Etat d'envoi. **(a.)** Une telle règle est reprise dans les textes d'alliance militaire, et notamment, de manière caractéristique, dans la *Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces*. **(b.)**

⁴⁸² Article 5.1. b) de la *Convention pour la prévention et la répression de la torture*.

⁴⁸³ Sous réserve que la compétence territoriale ne soit pas exercée par l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise.

⁴⁸⁴ Convention internationale contre la prise d'otages, article 5. 1 .b), Convention sur la protection physique des matières nucléaires, article 8.1.b), Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, article 7.1. c), Convention internationale pour la répression du terrorisme nucléaire, article 9.1. c).

⁴⁸⁵ La Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal dispose en son article 5.1.c) que « *Chaque Partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour établir sa compétence relative aux infractions pénales établies conformément à cette Convention, lorsque l'infraction considérée est commise : c) par un de ses ressortissants si l'infraction est punissable pénalement là où elle a été commise ou si son lieu de commission ne relève d'aucune juridiction.* »

⁴⁸⁶ La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée dispose en son article 15.2.b) « *Chaque Etat Partie adopte les mesures nécessaires pour établir sa, compétence à l'égard des infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention dans les cas suivants : 2. b) lorsque l'infraction est commise par un de ses ressortissants ou par une personne apatride résidant habituellement sur son territoire* ».

a. Une extension de la compétence personnelle active des Etats.

347. La loi du drapeau constitue un aménagement non négligeable de la compétence personnelle active que le droit international impose aux Etats d'établir. Selon cet aménagement, « *une armée opérant sur un territoire étranger est entièrement soustraite à la souveraineté territoriale et possède une juridiction exclusive sur les membres qui la composent* »⁴⁸⁷ et dans une certaine mesure « *toutes les fois que des forces armées se trouvent sur un territoire étranger au service de leur Etat d'origine, elles sont considérées comme bénéficiant du privilège d'extraterritorialité et restent, par conséquent, soumises à la juridiction de l'Etat d'origine. Un crime commis en territoire étranger par un membre de ces forces ne peut être puni par les autorités locales* ». ⁴⁸⁸ Ainsi, de nombreux accords conclus entre Etats prennent acte de la loi du drapeau et reconnaissent la compétence absolue des juridictions militaires nationales sur les individus appartenant à leurs armées.⁴⁸⁹

348. Dans le cadre d'un détachement à l'étranger au sein d'une Alliance de coopération militaire, le droit international reconnaît à l'Etat de nationalité le droit d'étendre sa juridiction et de juger les membres de ses forces armées stationnées sur le territoire d'un autre Etat. En effet, l'Etat d'envoi, en participant à une alliance militaire, conserve une exclusivité de juridiction sur ses militaires nationaux, quand bien même ils seraient stationnés à l'étranger. Règle de courtoisie internationale ou obligation étatique issue du droit conventionnel, il n'en demeure pas moins que les Etats privilégient une application extraterritoriale de leur droit pénal, signe que même au sein d'une Alliance militaire, ils conservent un certain contrôle sur les agissements des troupes envoyées. Cependant, cette loi du drapeau n'est pas absolue et l'Etat d'accueil peut conserver, selon les cas,

⁴⁸⁷ Chalufour (A.), *Le statut juridique des troupes alliées pendant la guerre de 1914-1918*, Paris, Les presses modernes, 1927, p. 45.

⁴⁸⁸ Lazareff (S.), *Le statut des forces de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord et son application en France*, Paris, Pedone, p. 11.

⁴⁸⁹ Tel l'Accord franco-belge du 14 août 1914 qui dispose que « *chaque armée garde sa juridiction quant aux faits susceptibles de lui nuire, quels que soient les territoires où elle se trouve et la nationalité de l'inculpé* », in Chalufour (A.), op. cit, p. 47. L'Accord anglo-égyptien du 26 août 1936 dispose en son article 4 que « *aucun membre des forces britanniques ne sera justiciable de la juridiction criminelle des tribunaux d'Egypte, ni de la juridiction civile de ces tribunaux en aucune matière relevant de ses attributions officielles* », in Lazareff (S.), op. cit, p. 23. L'Accord conclu le 18 juin 1951 entre les Etats-Unis et l'Arabie Saoudite prévoit une juridiction quasi exclusive des Etats-Unis. Pour cela l'article 13 c) ii) dispose que « *en cas d'infraction commise par un membre des forces armées en dehors des limites de la base de Dharan (et dans des limites géographiques établies), les autorités saoudiennes arrêteront le délinquant et, après avoir rapidement effectué les premières constatations, remettront ledit délinquant à la Mission sur la base de Dharan pour jugement et punition par la juridiction militaire américaine* », *ibid*, p. 45.

compétence pour connaître des crimes de droit commun commis par les soldats étrangers.⁴⁹⁰

b. L'application de la règle par la Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces.

349. La *Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces* du 19 juin 1951, règlemente la survenance d'éventuels conflits de juridiction entre d'une part l'Etat d'origine et d'autre part l'Etat de séjour, dans lequel une infraction ou un crime ont été commis, car il n'est pas question d'immuniser un crime ou une infraction de droit commun au motif que l'individu fait partie d'une force militaire internationale, donc en principe dégagé d'un lien de rattachement national. Pour cela, la Convention organise un régime très complet réglementant les compétences concurrentes. A ce titre, il oblige les Etats d'origine à exercer, sous conditions, leur compétence pénale, militaire, pour assurer la répression de toutes les infractions susceptibles d'être commises sur le territoire d'un Etat de séjour par les membres d'une force armée, d'un élément civil ou d'une personne à charge. Les autorités militaires de l'Etat d'origine peuvent donc exercer leur juridiction en faisant prévaloir une application extraterritoriale de leur droit national,⁴⁹¹ ce que le droit national reprendra d'ailleurs à son compte.⁴⁹²

350. Selon que l'on se trouve face à une infraction de droit commun ou à un crime plus grave en rapport avec l'exercice des fonctions militaires, cette juridiction pourra être de droit commun⁴⁹³ ou militaire et exclusive.⁴⁹⁴ Il est évident qu'un conflit positif de

⁴⁹⁰ Dans l'affaire Girard, il était question d'un soldat américain stationné au Japon qui tua accidentellement une femme. Le soldat Girard fut inculpé et condamné par la justice japonaise pour coups et blessures portés par imprudence, alors qu'il avait tiré en l'air avec un lance grenade afin d'effrayer des civils stationnant à proximité de véhicules militaires dont il avait la charge. Voir, Vignes (D.), *L'affaire Girard et le statut des forces américaines stationnées en territoire étranger*, *A.F.D.I.*, 1957, pp. 304-314.

⁴⁹¹ Il est à noter que la Convention prévoit également les cas dans lesquels l'Etat de séjour sera compétent.

⁴⁹² Il en est ainsi du droit français puisque le *Code de justice militaire* dispose en son article 59 que « *sous réserve des engagements internationaux, le tribunal aux armées connaît des infractions de toute nature commises hors du territoire de la République par les membres des forces armées ou les personnes à la suite de l'armée en vertu d'une autorisation* ». L'actualité récente fait état de l'application de cette règle par les Etats-Unis qui ont jugés et condamnés devant une Cour martiale ses soldats coupables de sévices dans la prison irakienne d'Abou Ghraïb.

⁴⁹³ Article VII.1 a) « *Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer sur le territoire de l'Etat de séjour les pouvoirs de juridiction pénale et disciplinaire que leur confère la législation de l'Etat d'origine sur toutes personnes sujettes à la loi militaire de cet Etat* ».

⁴⁹⁴ Article VII. 2 a) « *Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer une juridiction exclusive sur les personnes soumises aux lois militaires de cet Etat, en ce qui concerne les infractions punies par la législation de l'Etat d'origine, notamment les infractions portant atteinte à la sûreté de cet Etat, mais ne tombant pas sous le coup de la législation de l'Etat de séjour* ».

juridiction peut survenir entre l'Etat d'origine, personnellement compétent et l'Etat de séjour, territorialement compétent. Afin d'éviter l'impunité, la Convention prévoit ainsi la compétence de l'Etat d'origine lorsque les infractions en cause, notamment celle portant atteinte à la sécurité de cet Etat⁴⁹⁵, ne sont pas punies par la législation de l'Etat de séjour.⁴⁹⁶

351. Cependant, la grande singularité de cette Convention réside dans le fait que le droit international reconnaît également que la juridiction de l'Etat d'origine est prioritaire sur celle de l'Etat d'accueil, lorsque l'infraction porte atteinte à ses biens, à son personnel, ou personnes rattachées, ou lorsque l'infraction a été commise dans l'exécution du service.⁴⁹⁷ En effet, il est logique que l'Etat d'origine conserve sa juridiction dans une affaire où l'Etat de séjour n'a pas d'intérêts propres et directs, ne justifiant pas d'un lien de rattachement quelconque. A défaut, la compétence restera territoriale. Ainsi, pour reprendre l'exemple cité par Serge Lazareff, « *si un militaire tue sa femme, l'Etat d'origine bénéficie d'une compétence prioritaire, même si la victime possède la nationalité de l'Etat de séjour. Par contre, si ce militaire tue sa belle-mère française, l'Etat de séjour est prioritaire, ladite belle-mère ne rentrant pas dans la définition des personnes à charge telle que donnée à l'article 1^{er} de la Convention* ». ⁴⁹⁸

SECTION 2 : L'HABILITATION DONNEE AUX ETATS DE SE DOTER D'UNE COMPETENCE PENALE.

352. L'étude du droit international a permis d'isoler des cas dans lesquels les Etats ne sont plus obligés mais simplement habilités à se doter, souverainement, d'une compétence pénale. Les intérêts en cause ne semblent plus aussi fondamentaux que ceux précédemment étudiés, ce qui laisse croire à une plus grande discrétionnarité de l'action des Etats. En effet, le droit international reconnaît aux Etats une faculté d'exercer ponctuellement leurs

⁴⁹⁵ A savoir, la trahison, le sabotage, l'espionnage ou la violation de la législation relative aux secrets d'Etat ou de défense nationale.

⁴⁹⁶ Comme précisé précédemment, la compétence exclusive de l'Etat de séjour est reconnue, dans les mêmes fondements, si la législation de l'Etat d'origine n'incrimine pas les faits en cause.

⁴⁹⁷ Article VII. 3 a) « *Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer par priorité leur juridiction sur le membre d'une force ou d'un élément civil en ce qui concerne : i) les infractions portant atteinte uniquement à la sûreté ou à la propriété de cet Etat ou les infractions portant atteinte uniquement à la personne ou à la propriété d'un membre de la force, ou d'un membre civil de cet Etat, ainsi que d'une personne à charge ; ii) les infractions résultant de tout acte ou négligence accomplis dans l'exercice du service* ».

⁴⁹⁸ Lazareff (S.), op. cit, p. 188.

compétences pénales (§ I.) et leur laisse une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation du choix du titre pertinent. (§ II.)

§. I. La reconnaissance de compétences ponctuelles.

353. En habilitant les Etats à se doter d'une compétence pénale, le droit international les encourage à se reconnaître compétent pour connaître des crimes dont leurs ressortissants peuvent être victimes, au nom de la compétence personnelle passive (A.) ou bien encore des crimes pouvant porter atteinte à leurs intérêts supérieurs, au nom de la compétence réelle. (B.)

A. La compétence personnelle passive.

354. Comme son alter ego active, la compétence personnelle passive est basée sur la nationalité et suppose donc un lien de rattachement clair et effectif entre l'Etat et l'individu. Dans cette optique l'Etat établit sa compétence pénale quand un de ses ressortissants a été victime d'un crime. (1.) Or, malgré l'apparent intérêt que pourrait susciter ce titre de compétence, sa mise en œuvre reste négligée, voire limitée.(2.)

1. Le recours à un lien de rattachement national : la qualité de victime.

355. Dans cette hypothèse, l'individu est une victime de la nationalité de l'Etat qui serait susceptible d'établir sa compétence. La raison d'être de cette compétence s'expliquerait par la nécessité pour l'Etat national de prendre fait et cause pour son ressortissant. (a.) Or, il semble que l'on puisse qualifier ce titre de compétence d'incertain, dans la mesure où il ne rencontre pas le succès escompté. (b.)

a. La victime nationale.

356. A l'image de la compétence personnelle active, la compétence personnelle passive se base sur le lien de rattachement national. Mais là où la compétence peut s'établir à l'encontre de l'auteur de l'infraction, cette fois ci, l'Etat peut se déclarer compétent à

raison de la nationalité de la victime de l'infraction. Autre différence essentielle, alors que la compétence active est un titre de compétence pénale largement repris en droit interne et international, la compétence personnelle passive se fait plus discrète, ce qui a fait dire à la doctrine qu'« *il est moins courant que la nationalité de la victime soit prise en considération pour fixer la compétence du juge dont elle est un ressortissant* ». ⁴⁹⁹ Ce sera donc la nationalité de la victime qui justifiera l'intervention d'un Etat dans les affaires internes d'un autre. Ce démembrement de la compétence personnelle, interprète une fois de plus le lien de rattachement qu'est la nationalité et donne tout son sens à la notion de juge naturel. N'est-il pas légitime que la victime se tourne vers son Etat de nationalité afin d'obtenir justice ? En effet, il est logique de considérer que la nationalité confère une sorte de protectorat pénal à l'individu qui peut souhaiter, à l'image des théories de la protection diplomatique, que son Etat prenne fait et cause pour lui, quand il se trouve être la victime d'une infraction à l'étranger. Or, rien n'oblige l'Etat à établir sa compétence à l'égard de sa victime nationale. Le droit international ne fait qu'habiliter l'Etat à se doter, éventuellement, d'une telle compétence. ⁵⁰⁰

357. Le droit interne interprète très restrictivement cette approche de la nationalité. Ainsi, le droit pénal français conditionne l'exercice de ce titre de compétence à une double appréciation de la nationalité, celle de la victime mais aussi celle de l'auteur. En ce sens, le Code pénal énonce que,

« la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ». ⁵⁰¹

358. En application de ceci, la Cour de cassation a admis une éventuelle reconnaissance de la compétence des juridictions françaises en ce qui concerne les ressortissants français emprisonnés à Guantanamo, victimes de mauvais traitements, de détention arbitraire et de séquestration illégale. La Chambre criminelle s'est ainsi déclarée compétente pour

⁴⁹⁹ Donnedieu de Vabres (H.), Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux, *R.I.D.P.*, 1950, p. 511.

⁵⁰⁰ La question de la compétence personnelle passive était au cœur de l'affaire du Lotus. En effet, même si le principe posé est purement celui de l'extension de la territorialité, il n'en demeure pas moins que la Cour vient affirmer la compétence personnelle de la Turquie en raison du préjudice subi par ses nationaux.

⁵⁰¹ Article 113-7.

connaître de l'affaire en raison du lien de rattachement national existant entre les prisonniers et la France.⁵⁰² Encore faut-il préciser que le droit interne va interpréter de façon très restrictive la notion de victime, puisque seule la victime directe peut être concernée par une éventuelle mise en œuvre de la compétence personnelle passive.⁵⁰³

b. Un titre de compétence improbable ?

359. La doctrine qualifie ce titre de compétence de titre improbable.⁵⁰⁴ Force est de constater que la reconnaissance de la compétence personnelle passive, tant en droit interne qu'en droit international est restreinte et limitée. En effet, le peu d'intérêt que la pratique porte à ce titre de compétence est flagrant. Comment expliquer un tel désaveu ? Ce titre de compétence est en effet largement présenté comme un simple titre subsidiaire par rapport à la territorialité et à la compétence active. En fait de quoi, à partir du moment où les Etats reconnaissent unanimement la territorialité, mais aussi le principe de la nationalité des auteurs de crimes, un titre supplémentaire lié à la nationalité semblerait superflu. Cette position s'expliquerait par le fait que l'Etat, au nom du principe de non-ingérence, ne peut intervenir dans les affaires internes d'un autre Etat. Ceci a fait dire à Henri Donnedieu de Vabres qu'« *un tel régime se justifierait peut être si la répression avait pour but la protection d'intérêts privés, la réparation du tort causé à la victime* ». ⁵⁰⁵

⁵⁰² La Haute juridiction a reconnu en l'espèce que « *aux termes des articles 113-7 du Code pénal et 689-1 et suivants du Code de procédure pénale, les juridictions françaises, appelées à connaître des infractions criminelles commises hors du territoire de la République à l'encontre de victimes françaises, doivent appliquer les conventions internationales et les dispositions répressives internes protégeant ses ressortissants, en sorte que les juges d'appel ne pouvaient refuser de se prononcer sur le refus d'application des stipulations de la troisième Convention de Genève sur le statut des prisonniers de guerre, sur celles du Pacte de New-York et sur les dispositions de droit interne, sans violer les textes susvisés et priver leur décision de base légale* », Cass, crim, 4 janvier 2005, *Bull crim*, 2005, pp. 2 et s. Voir le commentaire de Georges Vermelle, *R.S.C.*, 2005, p. 297.

⁵⁰³ La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté la requête des ayants droit français d'une victime non française. En l'espèce, il s'agissait de la famille du Président Baré, président assassiné du Niger, qui invoquaient le bénéfice des règles françaises de compétence personnelle passive. La Cour rejette cette argumentation au motif que « *l'assassinat du président de la République du Niger, de nationalité nigérienne, a été commis hors du territoire de la République française, par un ou des auteurs étrangers de sorte que la loi pénale française n'est pas applicable, la victime étant dépourvue de la nationalité française, sa femme et ses enfants, parties civiles, n'ayant pas la qualité de victime, au sens de l'article 113-7 du Code pénal* », Cass, crim, 31 janvier 2001, *Bull crim*, n° 31.

⁵⁰⁴ Koering-Joulin (R.), Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive, in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 517. Il est possible de se référer à la contribution du même auteur au colloque de Rennes de la SFDI. Koering-Joulin (R.), La conception française de la compétence personnelle passive, S.F.D.I., Colloque de Rennes, *Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 151-157.

⁵⁰⁵ Donnedieu de Vabres (H.), op. cit, p. 517.

360. Lorsqu'il reconnaît ce titre, le droit interne vient généralement préciser les infractions et crimes susceptibles de rentrer dans le domaine de la compétence personnelle passive. Au vu du cas français, il ne fait aucun doute que si compétence personnelle passive il doit y avoir, celle-ci ne portera que sur des crimes ou infractions graves. Afin d'éviter la survenance d'éventuels conflits de compétences ou d'intérêt, le législateur a conditionné l'exercice de la compétence passive aux crimes et infractions passibles d'une peine d'emprisonnement, ceci dans le but de d'éviter aux juridictions nationales une trop grande ingérence dans les affaires internes de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise. Le droit belge se veut plus restrictif en conditionnant l'exercice de la compétence passive à la nationalité et à la gravité du crime en cause. En cela, la loi belge est moins lacunaire que la loi française dans la mesure où des crimes bien précis sont listés pour rentrer, en rapport bien évidemment avec la nationalité belge, dans le cadre de la compétence nationale.⁵⁰⁶

2. Une application difficile de la compétence personnelle passive.

361. L'intérêt de la compétence personnelle passive est qu'elle porte sur la défense d'intérêts strictement individuels. Or, à l'image de la place de l'individu en droit international, et comparativement à la défense des stricts intérêts étatiques, la seule défense des intérêts individuels apparaîtrait mineure. (a.) Preuve en est, le peu de considération du droit conventionnel, pour ce titre de compétence en ce qui concerne les crimes internationaux. (b.)

a. La défense d'intérêts strictement individuels.

362. Alors que la compétence active se veut indirectement protectrice des intérêts de l'Etat, la raison d'être de la compétence personnelle passive réside dans la défense même des intérêts individuels de la victime. En effet, force est de constater que les intérêts propres de la victime ne priment pas sur le respect de l'ordre public national et que, le droit interne préfère laisser compétence à l'Etat territorial pour connaître de l'infraction en

⁵⁰⁶ Le Code de procédure pénale belge prévoit deux cas d'ouverture de compétence personnelle passive, article 10-5 « lorsqu'il s'agit d'un crime contre un ressortissant belge, si le fait est punissable, en vertu de la législation du pays où il a été commis, d'une peine dont le maximum dépasse cinq ans de privation de liberté » et article 10-4 « lorsqu'il s'agit d'une infraction d'homicide ou de lésion corporelle volontaire, de viol, d'attentat à la pudeur ou de dénonciation commis, en temps de guerre, contre un Belge (...) ».

cause. En ce qui concerne le droit international, la victime apparaît finalement peu sous l'optique de la compétence passive. Quoiqu'il en soit, ce principe ne peut s'appliquer que pour des infractions qui protègent des intérêts individuels et non des intérêts collectifs, en somme ne concerner que la survie ou la protection de droits subjectifs individuels. L'Institut de droit international a pris acte de cette relation entre l'Etat et les intérêts propres de la victime, en proposant une définition, à ce jour la plus achevée. Celle-ci énonce la nécessaire protection des intérêts du national, mais aussi, de manière sous-jacente, elle consacre le caractère subsidiaire de ce titre de compétence par rapport à la territorialité. Il a ainsi été retenu que

« 1. La compétence personnelle passive est la compétence à l'égard de personnes sur le territoire d'un autre Etat, basée sur le seul fait qu'ils ont porté préjudice aux droits ou intérêts légaux d'un ressortissant de l'Etat se réclamant de ce chef de compétence.

*2. La compétence personnelle passive doit, en tout état de cause, s'exercer dans des limites étroites. Elle ne peut être exercée que dans l'hypothèse où l'administration de la justice se trouverait autrement entravée ».*⁵⁰⁷

363. Cependant, le droit international n'oblige pas d'établir cette compétence pénale. Ceci se retrouve dans certaines Conventions terroristes, celles qui incriminent expressément des comportements pouvant porter atteinte directement à l'individu, à l'image de la Convention contre les prises d'otages qui enjoint les Etats à établir leur compétence personnelle passive.⁵⁰⁸ L'établissement de la compétence personnelle passive demeurera alors une simple faculté à la charge des Etats. Pourquoi une telle habilitation ? Vraisemblablement car les intérêts individuels apparaissent mineurs comparativement aux stricts intérêts étatiques. Le lien de rattachement de la territorialité ou de la nationalité de l'auteur semble plus probant que le lien qui unit l'Etat à sa victime nationale car, au risque d'ingérence, l'Etat de nationalité empièterait sur le domaine de la souveraineté pénale de l'Etat territorial. En conséquence, la terminologie employée par les conventions demeure

⁵⁰⁷ *Ann. I.D.I.*, Session de Milan, op. cit, p. 138.

⁵⁰⁸ La Convention contre la prise d'otages dispose, de manière obligatoire, en son article 5 § 1 d) que « *tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins des infractions qui sont commises (...) à l'encontre d'un otage qui est ressortissant de cet Etat, lorsque ce dernier le juge approprié* ».

vague et hypothétique. La *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire* est en ce sens symbolique du peu de considération que rencontre en droit international la compétence personnelle passive, puisque après avoir rappelé l'obligation faite aux Etats parties d'établir leur compétence territoriale et personnelle active, elle les habilite simplement à établir, souverainement, une éventuelle compétence concernant ses victimes nationales.⁵⁰⁹

b. Compétence personnelle passive et crimes de droit international.

364. Le droit interne ne semble conditionner la reconnaissance de la compétence personnelle passive qu'à la survenance de crimes graves, à l'image du droit américain puisque « *d'une manière générale, le principe n'a pas été accepté pour les délits et crimes ordinaires, mais il est de mieux en mieux accepté dans son application aux attaques terroristes ou autres, organisées sur une personne en raison de sa nationalité, ou pour les assassinats de diplomates ou autres représentants officiels d'un Etat* ». ⁵¹⁰ Quant au droit conventionnel il ne l'ignore pas complètement.⁵¹¹ Cependant, les Conventions réglementant la répression des grands crimes de droit international sont obscures quant à la mise en place d'un titre de compétence personnelle passive. Il s'avère que ce titre reste

⁵⁰⁹ Article 9 § 2 a) « *Chaque Etat Partie peut également établir sa compétence à l'égard de telles infractions lorsque (...) l'infraction est commise contre l'un de ses ressortissants* ».

⁵¹⁰ Commentaire du *Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States*, § 402, commentaire f, cité in, Cafritz (E.), Tene (O), Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français, *R.S.C.*, 2003, p. 734. Le droit fédéral américain est assez exigeant en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme et fera application de ce titre de compétence uniquement en la matière, l'excluant pour tout crime de droit commun. C'est pourquoi, en 1994, dans l'affaire *United States c/ Vasquez-Velasco*, le juge a reconnu que le simple meurtre d'un ressortissant américain à l'étranger ne constituait pas un attentat terroriste ou une attaque organisée, et ne justifiait pas le recours au titre de compétence personnelle passive.

⁵¹¹ Les Conventions de Genève réglementant le droit de la guerre ne sont pas explicites quant aux règles d'établissement des compétences pénales des Etats. Certes, la répression du droit de la guerre suppose la mise en œuvre d'un titre universel de compétence, mais ne serait-il pas légitime de considérer comme viable le recours à la compétence personnelle passive dans la répression de crimes de guerre ? L'ampleur du crime de guerre justifiant le recours à la compétence universelle, il aurait été certainement intéressant d'associer au titre principal de compétence un titre subsidiaire donnant compétence à l'Etat de nationalité de la victime. En effet, comme le droit de Genève porte expressément sur le sort de la victime, il aurait été logique d'y associer un titre de compétence dont le mérite est de connaître exclusivement de la victime. A défaut de reconnaissance conventionnelle, le système de la compétence personnelle passive a cependant été mis en œuvre au lendemain de la seconde guerre mondiale, en droit interne, dans le but de poursuivre les auteurs de pareils crimes, commis à l'étranger, contre les nationaux d'un Etat. Voir par exemple l'Ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre, *JO*, 30 août 1944, pp. 780-781. Cette dernière prévoit notamment en son article 1 que « *sont poursuivis devant les tribunaux militaires français et jugés conformément aux lois françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance, les nationaux ennemis ou agents non français au service de l'administration ou des intérêts ennemis, coupables de crimes ou de délits commis depuis l'ouverture des hostilités (...) à l'encontre d'un national ou d'un protégé français (...)* ».

largement secondaire. Ceci est d'autant plus flagrant dans les Conventions protectrices des droits fondamentaux, à propos desquelles on s'attendrait à une prise en compte beaucoup plus large des droits de la victime.

365. Pour preuve, la Convention contre la torture dispose que

*« tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées (...) quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié ».*⁵¹²

Etrangement, la Convention n'impose pas à l'Etat de nationalité d'établir sa compétence pénale à l'encontre de son ressortissant, victime de torture. Il laisse souverainement à l'Etat territorial toute la latitude pour en connaître. Le schéma général de la Convention impose à l'Etat de prévoir à l'avance des bases de compétences, mais lui laisse souverainement le choix de la base adéquate. L'emploi des termes est non équivoque. La récente *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* est bâtie sur un modèle strictement similaire. Elle prévoit plusieurs titres de compétences, mais n'impose pas à l'Etat d'établir une compétence particulière. En revanche, elle privilégie expressément la compétence territoriale ou personnelle active, au détriment de la compétence passive.⁵¹³ Une telle approche est surprenante quand on sait que le crime de disparitions forcées, à grande échelle, est un crime contre l'humanité. Ces Conventions illustrent la place ambiguë et accessoire que tient la victime en droit international puisque *« la victime n'a pas droit à la protection de son Etat de nationalité parce qu'elle a sa nationalité, mais elle a droit à la protection de celui sous la juridiction duquel elle est placée au moment où elle devient victime ».*⁵¹⁴

⁵¹² Article 5 § 1 c) de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

⁵¹³ Article 9 « 1. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée : a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous sa juridiction ou

à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État;

b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est l'un de ses ressortissants;

c) Quand la personne disparue est l'un de ses ressortissants et que cet État partie le juge approprié.

2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée quand l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction, sauf si ledit État l'extrade, ou le remet à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence ».

⁵¹⁴ Tigroudja (H.), op. cit, p. 396.

B. La compétence réelle.

366. Dernière habilitation du droit international en matière de titres de compétence pénale, la compétence réelle. Celle-ci permet aux Etats d'établir leur compétence pénale lorsque les intérêts supérieurs des Etats sont en jeu. (1.) Cependant, les cas d'ouverture de ce titre de compétence demeurent extrêmement restreints. (2.)

1. La défense des intérêts supérieurs de l'Etat.

367. Le titre de compétence réelle « *permet à un Etat de réprimer des infractions commises hors de son territoire si ces infractions portent atteinte aux intérêts nationaux collectifs considérés comme fondamentaux* ». ⁵¹⁵ La nature de certaines infractions justifie la naissance d'une compétence pour l'Etat, même en dehors des règles de compétence territoriale ou personnelle. Le lien de rattachement entre l'Etat et l'infraction n'apparaît plus comme territorial ou personnel. Il dépasse le simple cadre des critères classiques de compétences car l'Etat lui-même devient la victime et s'il est atteint dans ses intérêts souverains supérieurs, lui seul est en mesure d'y répondre, souverainement, en établissant lui-même et uniquement, sa compétence pénale nationale.

368. Emanation explicite de la souveraineté nationale, ce titre de compétence s'identifie à un droit purement étatique à l'autodéfense, sorte de droit à la légitime défense, quand les prérogatives de puissance publique de l'Etat sont atteintes. En fait de quoi, les Etats se réservent le droit d'établir une compétence exclusive en ce qui concerne les infractions attentatoires à sa souveraineté régaliennne et à ses intérêts fondamentaux. Mais, à l'image de la compétence personnelle passive, le droit international n'impose pas à l'Etat de se doter d'une compétence réelle, tout au plus il l'y habilite simplement, au mieux il l'y encourage. Cependant, vu les intérêts en cause, même si simple habilitation il y a, il ne fait aucun doute que l'Etat ne refusera jamais d'exercer cette compétence pénale.

⁵¹⁵ Swart (B.), op. cit, p. 573.

2. Une application limitée de la compétence réelle.

369. La compétence réelle ne couvre pas les crimes qui pourtant pourraient directement porter atteinte aux intérêts les plus intimes de l'Etat tels les crimes de guerre, l'agression, le génocide ou le crime contre l'humanité. Elle ne concerne que les infractions aux droits propres de l'autorité étatique. Il a ainsi été reconnu à l'Etat « *un droit de conservation personnelle qui lui permet de défendre son intégrité, son patrimoine* ». ⁵¹⁶ Le problème fondamental de cette compétence réside dans le fait qu'il n'y a pas une définition unique des intérêts à protéger, puisque seul l'Etat est à même de définir ses propres intérêts nationaux. ⁵¹⁷ L'Institut de droit international propose à cet effet d'inclure dans les cas d'ouverture de la compétence réelle

« la sécurité nationale, le monopole national d'émission de monnaie et de billets de banque, l'emploi non abusif des emblèmes, sceaux et timbres nationaux, la délivrance et l'authenticité des documents officiels, tels que passeports et visas, et l'emploi non abusif du drapeau national ». ⁵¹⁸

370. Outre les cas expressément prévus par le droit interne, les conventions internationales prévoient quelques cas de compétence réelle, traduction de l'avarice du droit international en la matière. Il semblerait que ce domaine relève d'avantage du strict droit interne que du droit conventionnel. Le droit international identifie très partiellement ces intérêts supérieurs à protéger. Il s'agit principalement de défendre l'Etat contre des actes terroristes ou de protéger ses agents diplomatiques. ⁵¹⁹ De par leur statut et leurs fonctions, il est logique que le droit international reconnaisse à l'Etat une compétence

⁵¹⁶ Donnedieu de Vabres (H.), op. cit., . 94.

⁵¹⁷ Le Code pénal français dispose en son article 113-10 que « *la loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et réprimés par le titre Ier du livre IV, à la falsification et à la contrefaçon du sceau de l'Etat, de pièces de monnaie, de billets de banque ou d'effets publics réprimés par les articles 442-1, 442-2, 442-5, 442-15, 443-1 et 444-1 et à tout crime ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français, commis hors du territoire de la République* », l'article 5 du Code pénal iranien adjoint à ces cas d'ouverture ceux de falsification des décrets et actes officiels émanant de la présidence de la république, tandis que le Code pénal suédois, en son Chapitre 2, section 3, point 4, se contente de préciser la compétence du juge interne pour atteinte à l'Etat ou à ses démembrements, en des termes généraux, « *crimes committed outside the Realm shall be adjudged according to Swedish law and by a Swedish court: (...) if the crime committed was a crime against the Swedish nation, a Swedish municipal authority or other assembly, or against a Swedish public institution* ».

⁵¹⁸ Ann.I.D.I, Session de Milan, op. cit, p. 138.

⁵¹⁹ Bien que dans les cas de compétence réelle rentre les questions de falsification de la monnaie nationale, il est surprenant de constater que la Convention sur la répression du faux monnayage de 1929 soit totalement muette quant aux règles de compétences pénales.

pénale quant à toute infraction dont ont été victimes diplomates ou représentants officiels. Pour cela, la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, reconnaît officiellement une compétence réelle de l'Etat accréditaire puisque

*« Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence (...) lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'une personne jouissant d'une protection internationale (...), qui jouit de ce statut en vertu même des fonctions qu'elle exerce au nom dudit Etat ».*⁵²⁰

371. En matière de lutte contre le terrorisme, le droit international se veut protecteur des intérêts étatiques contre des actes terroristes. Bien que rien ne semble l'y obliger, au nom de sa survie et de sa pérennité, l'Etat victime a tout intérêt d'établir sa compétence pénale contre tout individu ayant tenté ou réussi de déstabiliser l'appareil étatique, mais aussi les représentations diplomatiques. Pour cela, les Conventions anti-terroristes, telle la *Convention internationale pour la prévention et la répression des attentats terroristes à l'explosif*, dispose que

*« Chaque Etat peut établir sa compétence lorsque l'infraction est commise contre une installation publique dudit Etat située en dehors de son territoire, y compris une ambassade ou des locaux diplomatiques ou consulaires dudit Etat,⁵²¹ (...) l'infraction est commise avec pour objectif de contraindre ledit Etat à accomplir un acte quelconque ou à s'en abstenir ».*⁵²²

⁵²⁰ Article 3 § 1 c) de la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*.

⁵²¹ Article 6 § 2 b) de la *Convention internationale pour la prévention et la répression des attentats terroristes à l'explosif*.

⁵²² Ibid, article 6 § 2 d). La *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire* est construite de manière identique dans son article 9 § 2 b) et d).

§. II. La non exclusion des compétences pénales.

372. A osciller entre habilitation et obligation, le droit international ne définit finalement pas un titre de compétence précis adapté à une situation donnée. Tout au plus, la seule exigence requise obligatoirement, dès qu'il y a commission d'un crime présentant un degré d'extranéité, serait celle d'établir nécessairement une compétence pénale. (A.) Or, une telle exigence peut constituer à elle seule la porte ouverte à la survenance de conflits de compétence. (B.)

A. De la nécessité d'établir une compétence pénale.

373. L'exigence de la nécessité d'établir une compétence pénale n'en est pas moins encadrée, dans la mesure où le droit international n'oublie pas qu'il doit être le garant de la souveraineté pénale nationale et doit assurer qu'établissement de compétence ne rime pas avec ingérence. (1.) Au nom de la protection de cette souveraineté, le droit conventionnel reconnaît notamment la légitimité de réserves dite de compétence nationale. (2.)

1. Souveraineté et non-ingérence.

374. Le respect de la souveraineté nationale est au centre des questions de partage de compétences pénales. Le droit international est le garant de la souveraineté pénale étatique et se veut le censeur de la non-ingérence. En effet, dès lors qu'une Convention répressive oblige ou habilite un Etat à exercer sa compétence pénale, elle le fait en ayant à l'esprit de lui défendre de s'immiscer dans les affaires de l'Etat qui pourrait être subsidiairement compétent. De même, à ce principe de souveraineté, s'applique la théorie du domaine réservé, selon laquelle, « *le domaine réservé est celui des activités étatiques où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international [mais] (...) varie selon son développement* ». ⁵²³ Cette notion de domaine réservé s'assimile donc à la compétence discrétionnaire de l'Etat, telle qu'elle est prévue par l'article 2§7 de la Charte des Nations

⁵²³ *Ann.I.D.I.*, 1954, vol 45. II, p. 292.

Unies.⁵²⁴ Puisque le droit international va venir déterminer l'étendue des compétences discrétionnaires des Etats, l'étendue du domaine réservé dépendra de la portée des engagements internationaux conclus par chaque Etat. La Cour permanente de justice internationale, dans son Avis relatif aux *décrets de nationalité*, a estimé que,

*« les mots « compétence exclusive » semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un Etat, ne sont pas, en principe, réglés par le droit international. En ce qui concerne ces matières, chaque Etat est seul maître de ces décisions ».*⁵²⁵

375. Chaque Etat est ainsi libre d'agir dans tout domaine relevant de sa compétence nationale, d'adopter souverainement son propre système pénal et notamment d'établir ses propres règles de compétence pénale.⁵²⁶ La Cour Permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*, a d'ailleurs précisé ce principe de non-ingérence en matière de compétences pénales, en considérant que,

*« loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables ».*⁵²⁷

376. Au-delà de ces règles prohibitives, le droit international exclut du champ des compétences extraterritoriales toute tentative d'ingérence au nom d'intérêts supérieurs de

⁵²⁴ Article 2§7 « Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat (...) ». Cette notion de domaine réservé fait place à celle de *compétence exclusive* prévue à l'article 15§8 du Pacte de la S.D.N, dans le cadre du règlement des différends. La rédaction de cette disposition de la Charte est ainsi plus large que celle de l'article du Pacte et permet ainsi une interprétation extensive de la notion de domaine réservé.

⁵²⁵ *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, C.P.J.I, A.C, 7 février 1923, série B, n° 4, pp. 23-24. Cette théorie du domaine réservé a été reprise en jurisprudence internationale, notamment par la Cour internationale de justice, entre autre dans les affaires relatives à l'octroi discrétionnaire de la nationalité. Ce fut le cas dans les affaires *Nottebohm* ou *Interhandel*.

⁵²⁶ Voir à ce propos, Bougartchev (K.), Lutran (D.), La compétence internationale du juge répressif français, *P.A.*, 15 mars 2007, pp. 14-15.

⁵²⁷ Affaire du *Lotus*, op. cit, p. 19.

justice.⁵²⁸ C'est la raison pour laquelle le droit conventionnel va tenter d'éviter, au mieux, les tentatives d'ingérences dans les sphères de souverainetés nationales. Ainsi, à l'image de la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes*, le droit international peut prévoir, au niveau conventionnel, une clause de protection de la souveraineté et de non-ingérence, selon laquelle,

*« la présente Convention n'habilite aucun Etat partie à exercer sa compétence sur le territoire d'un autre Etat, ni les fonctions réservées exclusivement aux autorités de l'autre Etat partie conformément à sa législation interne ».*⁵²⁹

2. La reconnaissance de réserves de compétence nationale.

377. Ces réserves de compétence nationale sont une garantie supplémentaire que le droit international se veut protecteur de la souveraineté pénale des Etats. Une telle reconnaissance permet de lutter efficacement contre l'impunité, car, quelle que soit la situation, il est prévu qu'un titre de compétence sera toujours retenu. **(a.)** Le recours à cette pratique est notamment confirmé par le droit conventionnel. **(b.)**

a. L'apport des réserves de compétence nationale.

378. Le droit conventionnel, lorsqu'il oblige ou habilite les Etats à exercer une compétence pénale, prévoit très souvent une disposition selon laquelle la Convention n'écarte aucune compétence nationale exercée selon les lois nationales. Aussi obscure soit-elle, cette clause, que l'on peut qualifier de réserve de compétence nationale, n'en demeure pas moins fondamentale puisqu'elle est garante de la souveraineté pénale des Etats et qu'elle constitue un gage efficace de lutte contre l'impunité. En effet, à l'image de la Convention de Tokyo de 1963, il est prévu dans un certain nombre de textes que

⁵²⁸ La Résolution de Milan de l'Institut du droit international est à ce sujet assez explicite, puisqu'elle dispose qu'en matière de compétences extraterritoriales, « aucune disposition de la présente résolution ne peut être interprétée comme autorisant un Etat à s'immiscer dans les affaires intérieures d'autres Etats », *Ann IDI*, op. cit., p. 137.

⁵²⁹ Article IV de la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes*.

*« la présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales ».*⁵³⁰

379. L'objet premier des conventions est d'éviter l'impunité et de mettre en œuvre une répression efficace de certaines infractions. De telles clauses sont donc prévues pour favoriser l'établissement d'une compétence sur tout fondement juridique, aussi bien territorial, que personnel ou, si tel est prévu par le droit interne, universel. En effet, ces réserves de compétence nationale, au-delà de toute question de conflits de compétence, ont vocation à assurer qu'un Etat au moins demeurera compétent pour connaître du crime en cause. Pareille clause de liberté juridictionnelle se retrouve dans de nombreuses conventions répressives, selon ce schéma qu'« *un Etat peut théoriquement prévoir dans sa législation nationale des principes de juridiction ordinaire, tels ceux de la territorialité ou de la personnalité active* ». ⁵³¹ Une telle reconnaissance est donc double, d'une part pour combler les éventuels vides juridictionnels dont souffrirait le droit interne en matière d'établissement de compétences, et d'autre part pour s'assurer que les crimes visés seront toujours poursuivis. ⁵³²

b. Le développement de la pratique.

380. Initiée par la Convention de Tokyo, cette réserve de compétence nationale se retrouve dans les Conventions postérieures, avec de plus en plus de précision. ⁵³³ Plus spécifiquement, il a été remarqué, à propos de la Convention contre la torture que la réserve de compétence nationale prévue à l'article 5 § 3 ⁵³⁴ « *s'applique surtout aux Etats*

⁵³⁰ Article 3 § 3 de la *Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*.

⁵³¹ Henzelin (M.), *Le principe de l'universalité en droit pénal international, droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, op. cit., p. 297.

⁵³² Au-delà de ceci, les clauses de réserves de compétence nationale viendraient légitimer, pour l'infraction en cause, le recours à la compétence universelle, lorsqu'elle est prévue en droit interne.

⁵³³ *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, article 4§ 3, *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, article 5 § 3, *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, article 3§ 3, *Convention internationale contre la prise d'otages*, article 6§3, *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, 6§5, *Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosifs*, 6§5, *Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal*, article 5 § 3, *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*, article 9 § 5. L'article 9§ 2 de la *Convention internationale pour la protection des personnes contre les disparitions forcées* connaît une rédaction quelque peu différente puisque « *la présente Convention n'écarte aucune compétence pénale supplémentaire exercée conformément aux lois nationales* ».

⁵³⁴ « *La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales* ».

parties dont le droit interne prévoit d'autres cas d'ouverture, y compris l'universalité au sens le plus large (...)». ⁵³⁵ En d'autres termes, la Convention privilégie une application extensive de la notion de compétence pénale, faisant en quelque sorte primer l'obligation de poursuite pénale sur le strict choix du titre de compétence.

381. Les Conventions les plus récentes disposent autrement. En effet, selon un modèle initié par la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*,

« sans préjudice des normes du droit international général, la présente Convention n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État Partie conformément à son droit interne ». ⁵³⁶

382. La référence explicite aux règles du droit international vient ici contraindre la souveraineté pénale des Etats, dans la mesure où la reconnaissance en droit interne, d'autres titres de compétence, n'est valable que, si et seulement si, elle ne s'oppose pas à des règles supérieures de droit international. Un tel principe se veut plus restrictif et couvre les cas dans lesquels le droit interne reconnaît aux juridictions nationales une compétence universelle, pour un crime donné. Quelles normes de droit international général rentrent dans cette catégorie ? Assurément, la multiplication des titres de compétence et l'extranéité des crimes supposent une atteinte à la souveraineté des Etats. Le grand principe à respecter serait donc celui de la non-ingérence dans les affaires internes de l'Etat. Il semble cependant que cette référence au respect des normes de droit international général ne soit, à l'heure actuelle, que l'apanage des Conventions internationales à vocation économique, puisqu'on ne la retrouve que dans la *Convention des Nations Unies contre la corruption* ⁵³⁷ ainsi que dans la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*. ⁵³⁸

⁵³⁵ Gaeta (P.), op. cit, p. 200.

⁵³⁶ Article 7 § 6 de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*.

⁵³⁷ Article 42 § 6 de la *Convention des Nations Unies contre la corruption*.

⁵³⁸ Article 15 § 6 de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*.

B. La survenance de compétences concurrentes.

383. Lorsqu'il s'avère nécessaire d'établir un titre de compétence pénale, du fait de l'extranéité du crime, les compétences pénales peuvent se concurrencer et aboutir à un conflit. Le choix de ce titre s'avère donc primordial et difficile, (1.) d'autant qu'aucune hiérarchie n'a été établie afin d'éclairer et de favoriser le choix des Etats. (2.)

1. L'ambiguïté du choix du titre de compétence.

384. Réprimer un comportement délictueux en droit interne ne sera pas sans poser problème quand rentrera en jeu un élément d'extranéité. Dès lors qu'une infraction revêt un caractère transnational, un conflit de compétence peut voir le jour puisqu'il est évident qu'une infraction extraterritoriale peut avoir des conséquences, à un moment ou à un autre, quant à différents Etats qui peuvent se déclarer compétents à engager des poursuites. L'Etat se caractérise par sa « *compétence exclusive en ce qui concerne son territoire* »⁵³⁹ et par extension, sur tout individu se trouvant sur celui-ci. Les Etats ont de ce fait une compétence traditionnelle pour édicter sur leur territoire l'ensemble des normes pénales, dont l'inobservation sera sanctionnée par leurs tribunaux. Face à un crime international, il est finalement peu fréquent que la territorialité soit uniquement et prioritairement retenue. C'est pour cela que « *quelle que soit la motivation profonde des Etats, souveraineté ou solidarité, qui les incite à étendre le nombre de leurs chefs de compétence, les arguments invoqués se réclament toujours des exigences de la répression : l'Etat ne manquera pas de prétexter que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, sa compétence doit être reconnue soit parce qu'il a le meilleur droit applicable, soit parce que ses juridictions sont les mieux placées pour connaître de l'infraction* ».⁵⁴⁰

385. Bien que les Conventions répressives récentes présentent, selon les cas, l'avantage d'enjoindre aux Etats l'établissement de leur compétence pénale, elles présentent surtout l'inconvénient d'engranger des conflits de compétence, lorsqu'un élément d'extranéité fait que, compétence territoriale et compétence personnelle, l'une principale, l'autre subsidiaire, coexistent et sont toutes deux légitimes. Il a été remarqué à ce propos que « *en*

⁵³⁹ S.A Max Hubert, *Affaire de l'île de Palmas*, 4 avril 1928, R.S.A, Tome II, p. 831.

⁵⁴⁰ Bonnard (H.), Ligneul (C.), Les compétences pénales en matière de « piraterie aérienne », *Gaz. Pal.*, 23 août 1977, p. 400.

vertu du principe de territorialité de la loi pénale et de la théorie de l'ubiquité, il est fréquent que les lois pénales de plusieurs États aient vocation à s'appliquer à une infraction (...) à caractère international. Dans cette hypothèse, le principe de la souveraineté nationale en matière pénale conduit chaque État à ne pas tenir compte du pouvoir répressif des autres États. Le caractère exclusif qui est ainsi attaché à la compétence pénale d'un État produit diverses conséquences fâcheuses ». ⁵⁴¹ Or, il s'avère que cette multiplication des titres de compétence concurrente, vient inévitablement poser le problème des condamnations multiples, puisque l'auteur présumé pourrait être poursuivi dans plusieurs États, sur des bases légales multiples. ⁵⁴²

386. De manière générale, les États semblent cependant conditionner l'exercice de leur compétence pénale à la présence de l'auteur présumé d'une infraction sur leur territoire national « lorsqu'il s'agit de l'exécution dans le droit national d'une convention multilatérale internationale leur conférant compétence lorsque cette personne se trouve sur le territoire et n'est pas extradée ». ⁵⁴³ En effet, certaines Conventions répressives reprennent à leur compte, sous condition, cette question de la présence obligatoire. ⁵⁴⁴ Cependant, la condition de présence ne justifie en rien le défaut de compétence de l'État national et ne fait pas l'unanimité. Selon la doctrine, la présence de l'auteur présumé ne serait qu'un complément de la territorialité, ne reposant que sur « des considérations unilatérales d'opportunité et de politique criminelle » ⁵⁴⁵ puisque « la nationalité de l'auteur présumé (...) crée un lien suffisant entre l'État concerné et le crime ». ⁵⁴⁶ Comme chaque système répressif fixe ses propres règles, ce sera la loi qui donnera au juge les directives de sa compétence criminelle internationale.

⁵⁴¹ Rontchevsky (N.), Mondialisation et droit pénal économique, *RIDE*, 2002, tome XVI, p. 525.

⁵⁴² Ce point sera abordé dans la suite des développements.

⁵⁴³ Swart (B.), op. cit, p. 582.

⁵⁴⁴ Le droit conventionnel, pour établir la compétence de l'État, subordonne la présence de l'auteur présumé à l'absence d'extradition ou de transfert vers une juridiction internationale. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement. Notons cependant pour l'instant que, à l'image de la récente *Convention internationale pour la protection des personnes contre les disparitions forcées*, « tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée quand l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction, sauf si ledit État l'extrade, ou le remet à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence ».

⁵⁴⁵ Ibid, p. 583.

⁵⁴⁶ Ibid.

2. Une hiérarchie des compétences pénales ?

387. Le droit international s'est toujours refusé à établir des règles spécifiques, propres à définir le partage des compétences pénales afin d'éviter la survenance de compétences concurrentes. (a.) Seulement, il ressort de la pratique que la compétence territoriale demeure, pour les Etats, leur titre de prédilection. (b.)

a. L'absence de règle internationale réglementant le partage des compétences pénales.

388. Il n'existe pas en droit international de règle générale propre à réglementer le partage des compétences pénales et à résoudre les éventuels conflits. Le droit international est lui-même ambiguë, ne traçant que très partiellement la frontière entre obligation et habilitation d'établir une compétence pénale pour un crime donné.⁵⁴⁷ Force est de constater qu'en ne disposant pas de règles précises et établies de répartitions explicites des compétences, risquent de se développer des situations de non-droit favorisant l'impunité. Or le but antinomique de la multiplication des titres de compétence est de favoriser la lutte contre l'impunité. Sir Gérald Fitzmaurice résume bien cette ambiguïté dans son opinion individuelle à l'affaire de la *Barcelona Traction*, puisqu'il retient que « à l'heure actuelle le droit international n'impose aux Etats aucune règle rigide délimitant le domaine de leur compétence nationale (...) mais il leur laisse à cet égard une grande latitude. Néanmoins a) il postule l'existence de limites, même si dans tout cas d'espèce c'est au tribunal qu'il incombe éventuellement de les définir aux fins de l'affaire dont il s'agit, b) il impose à tout Etat l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la compétence d'un autre Etat quand celle-ci

⁵⁴⁷ Une partie de la doctrine a d'ailleurs reconnu à ce propos que « le droit international coutumier permet aux Etats d'établir leur compétence sur le fondement de leur choix ». En effet, puisque certains crimes sont interdits en droit international coutumier, on pourrait en déduire une obligation coutumière d'établir une compétence pénale. Une telle affirmation ne sera pas sans poser problème puisque, autant le droit conventionnel permet, par nature, de clarifier les choses, autant le droit coutumier est par nature incertain. Or reconnaître que l'établissement des compétences repose avant tout sur une base coutumière, c'est reconnaître qu'un domaine vague du droit international serait issu d'un ensemble de règles tout aussi vagues. Si le droit coutumier doit établir un titre de compétence pénale particulier, tout au plus estimons qu'il s'agirait de la compétence universelle. Voir en cela Gaeta (P.), Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux, in Cassese (A.), Delmas-Marty (M.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op. cit, p. 209.

est mieux fondée ou peut être exercée de façon plus appropriée ». ⁵⁴⁸ De même, toujours au sein de la Cour internationale de justice, dans le cas spécifique de l'affaire de Lockerbie, il a été reconnu, par les parties en présence, que la Convention de Montréal, en cause, n'établissait ni hiérarchie, ni priorité, dans la répartition des titres de compétence pénale. ⁵⁴⁹

389. Le mutisme du droit international quant à la répartition des compétences entre Etats explique les risques d'ingérence et de violation dans le domaine de la souveraineté pénale des Etats. En fait de quoi, la doctrine constate la nécessité d'un partage raisonnable et de bonne foi, des titres de compétence. Ainsi, « *les Etats ne doivent pas commettre d'abus dans l'usage de leurs compétences qui les conduiraient à empiéter sur la souveraineté d'un autre Etat* ». ⁵⁵⁰ Des conflits de compétences extraterritoriales étant inévitables, il est évident que les Etats doivent se mettre d'accord quant au partage des compétences si un élément d'extranéité rentre en jeu. L'application extraterritoriale du droit pénal suppose l'établissement de règles procédurales traduisant cet impératif selon lequel « *tout exercice de compétence extraterritoriale doit être fondé sur un rattachement raisonnable de la situation avec l'Etat* ». ⁵⁵¹ La recherche d'un critère de rattachement raisonnable et effectif constitue le meilleur remède afin d'éviter la mise en danger de la souveraineté des Etats. Un seul critère de rattachement doit être établi afin de favoriser une mise en marche effective et rationnelle de l'appareil judiciaire pénal national. Les Etats doivent garder à l'esprit que l'objectif principal demeure la lutte contre l'impunité. Il leur reste à prendre leurs responsabilités et à se mettre d'accord pour que la compétence pénale soit établie sans conflits, en mettant en balance tous les intérêts juridiques en cause dans l'affaire.

390. L'Union européenne a tranché ces problèmes éventuels de répartition de compétences, toujours susceptibles de survenir dans un ordre juridique composé de 25 Etats. Le *Livre Vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénale* propose en effet d'établir, sous contrôle d'Eurojust, un mécanisme d'attribution des affaires, en tenant compte des éléments d'extranéité en présence, afin d'attribuer les affaires à un seul Etat membre, à savoir celui le mieux placé

⁵⁴⁸ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, Rec 1970, p. 105.

⁵⁴⁹ L'exposé oral des Etats-Unis du 14 octobre 1997 retient à ce propos que « *Libya itself has conceded that the Montreal Convention does not establish a prioritization of jurisdiction and that Libya "cannot claim any priority or exclusivity whatsoever for the purposes of prosecution"* », § 2.36, in www.icj-cij.org.

⁵⁵⁰ Stern (B.), *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit*, A.F.D.I., 1986, p. 45.

⁵⁵¹ Ibid.

pour assurer pleinement et efficacement les poursuites.⁵⁵² Cette procédure, aussi innovante soit-elle, se trouve facilitée car applicable dans un ordre juridique intégré, somme toute géographiquement limité, caractérisé par des transferts consentis de souveraineté. Or, imposer une telle solution à un niveau supra européen reste difficilement applicable, toujours pour des raisons de protection de la souveraineté pénale, face à des ordres juridiques parfois trop disparates, ou du moins souffrant d'un défaut d'intégration. Au besoin les Etats s'engagent à conclure des accords internationaux spécialement consacrés au règlement de ces conflits de compétence.⁵⁵³

b. La préférence de territorialité.

391. Il est inenvisageable d'opérer un classement et une hiérarchie entre les différents titres de compétence pénale, puisque, tous se valent, et tous sont reconnus tant par le droit interne que par le droit international. Le rattachement d'une infraction à un ordre juridique précis dépendra de sa stricte localisation, et légitimera l'intervention du juge. Or, au vu de la pratique et du droit conventionnel, il apparaît que certains titres de compétence sont préférentiels, non pas quant à leur primauté sur les autres, mais quant à leur facilité de mise en œuvre et de reconnaissance. Compétence territoriale et compétence personnelle active apparaissent donc comme prépondérante par rapport à d'autres titres, annexes et subsidiaires.

392. Cependant, en raison de la facilité de localisation, de la logique répressive, et souvent de l'urgence à réprimer, il est préféré à tout autre critère de rattachement la « *force exécutoire irrésistible de la loi territoriale* ». ⁵⁵⁴ En somme, il convient de privilégier la territorialité de la loi pénale afin d'éviter la survenance de conflits de compétence, ou du moins, afin de les régler. La territorialité reste perçue, à juste titre, comme l'expression par excellence, de la souveraineté pénale nationale, la garantie d'une bonne administration de la justice, au plus près du lieu de commission du crime. L'engouement porté à la

⁵⁵² Livre Vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales, 23 décembre 2005, COM/2005/0696 final.

⁵⁵³ Voir par exemple la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, du 27 septembre 1968, qui dans les domaines qu'elle couvre, précise les cas relevant de la compétence territoriale (article 4) et les cas relevant de compétences extraterritoriales (article 5 et 6). Cette Convention fût reprise et complétée par le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO*, L12, 16 janvier 2001.

⁵⁵⁴ Stern (B.), *op. cit* p. 44.

compétence territoriale s'explique par « *des considérations systématiques de droit pénal matériel et des raisons se fondant sur le droit procédural, en première ligne la facilité d'apporter les preuves* ». ⁵⁵⁵ Quand bien même un Etat ne se doterait pas de ce type de compétence pénale, le droit international conventionnel vient le lui imposer. C'est pour ces raisons que la *Convention pour la prévention et la répression du génocide* privilégie explicitement et uniquement, du moins dans le texte, le seul rattachement territorial ou bien que le droit de la mer impose la loi du pavillon.

393. Tant la doctrine que la pratique privilégient à leur tour le recours prioritaire à la compétence territoriale. En effet, il a, été remarqué « *un retour décidé au principe de la territorialité* » ⁵⁵⁶, ce qui a conduit certains auteurs à plaider pour un critère unique de compétence construit autour de la territorialité, le choix de la compétence territoriale devant se faire « *à la fois sur la question de la facilité de ce critère à annihiler la zone de non droit mais aussi, car cela ne doit pas être oublié, sur le bien-fondé de la répression en tant que telle par le jeu unique du critère choisi* ». ⁵⁵⁷

394. Le projet précité de l'Institut de droit international, a pris acte de ce retour à la compétence territoriale. Pour pallier aux éventuels conflits est privilégiée la reconnaissance, à titre principal, de la territorialité, puisque,

« en cas d'injonction contradictoires émanant de deux Etats qui exercent simultanément la compétence législative, le Tribunal saisi, en assurant le respect de l'équilibre des intérêts (...) prendra en considération les liens territoriaux les plus étroits du destinataire ». ⁵⁵⁸

395. Lorsqu'il s'agit d'établir une compétence pénale, le droit international favorise l'ensemble des titres classiquement reconnus. Le droit international oscille entre obligation et habilitation de se doter d'un titre de compétence pénale. En effet, compétence territoriale

⁵⁵⁵ Schultz (H.), op. cit, p. 333. Dans son opinion individuelle dans l'affaire du mandat d'arrêt le Président Guillaume a tenu à préciser que « *c'est sur [le] territoire que peuvent le plus souvent être rassemblées les preuves de l'infraction* » et que « *c'est [sur ce territoire] que la peine prononcée peut le plus naturellement servir d'exemple* », in *Rec*, 2002, p. 36, § 4.

⁵⁵⁶ Ibid, p. 332.

⁵⁵⁷ Thiel (D.), *Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international*, Thèse dactylographiée, 2000, p. 315.

⁵⁵⁸ *Ann.I.D.I.*, session de Milan, op. cit, p. 139.

et compétence personnelle active relèveraient de la catégorie de l'obligation, car il est logique que l'Etat soit maître de son territoire ou qu'il soustraie l'auteur national d'un crime à une juridiction étrangère. En revanche, le droit international n'imposera pas aux Etats de se doter des autres titres de compétence classiques, l'Etat restera souverainement libre de décider de se saisir de l'affaire. En posant qu'un crime peut rentrer dans le cadre de la compétence territoriale, personnelle voire réelle, il protégerait les intérêts souverains des Etats, mais favoriserait indirectement la survenance des conflits de compétence. En effet, l'extraterritorialité du crime entraîne une multiplication des titres possibles. C'est la raison pour laquelle la pratique privilégie le recours à la compétence territoriale comme titre principal de compétence pénale.

CHAPITRE II : ENTRE OBLIGATION ET HABILITATION D'ETABLIR UNE COMPETENCE PENALE : LA COMPETENCE UNIVERSELLE.

396. La compétence universelle fait référence à un idéal de justice internationale, dans lequel, pour les crimes les plus graves, aucun criminel ne pourrait bénéficier d'une quelconque impunité. En tant que tel, on se trouve dans le cadre de la non-exclusion des titres de compétence prévue par le droit conventionnel. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a d'ailleurs bien résumé cette problématique de la compétence universelle puisque,

*« les crimes internationaux étant universellement condamnés quel que soit l'endroit où ils ont été commis, chaque Etat a le droit de poursuivre et de punir les auteurs de ces crimes. Comme le dit de façon générale la Cour suprême d'Israël dans l'affaire Eichmann, de même qu'une juridiction des Etats-Unis dans l'affaire Demjanjuk, c'est le caractère universel des crimes en question (c'est à dire des crimes internationaux) qui confère à chaque Etat le pouvoir de traduire en justice et de punir ceux qui y ont pris part ».*⁵⁵⁹

397. Le titre de compétence universelle reste cependant un titre de compétence subsidiaire, oscillant également entre obligation et habilitation, et dont la reconnaissance s'est petit à petit imposée en droit international. (**Section 1.**). Sa spécificité même fait que sa mise en œuvre est encadrée de conditions procédurales bien précises. (**Section 2.**)

SECTION 1 : DE LA RECONNAISSANCE D'UNE UNIVERSALITE DU DROIT DE PUNIR.

398. L'extension d'une reconnaissance de la compétence universelle répond à une réelle « implication croissante des tribunaux répressifs nationaux dans la poursuite et le

⁵⁵⁹ TPIY, 10 décembre 1998, *Procureur c. Anto Furundzija*, op. cit, § 156.

jugement des infractions commises hors de leurs frontières »⁵⁶⁰, dans la mesure où « *la volonté et la nécessité de s'unir contre l'impunité d'actes gravement attentatoires à la dignité humaine ont naturellement ébranlé le principe de souveraineté nationale* ». ⁵⁶¹ Bien que le recours à la compétence universelle semble à l'heure actuelle courant, il n'en demeure pas moins qu'une telle pratique n'est pas pour les Etats une nouveauté (§ I.), car de tout temps, certains crimes ont été associés à l'universalité, laissant envisager son caractère obligatoire. (§ II.)

§. I. Aux origines de l'universalité.

399. Recourir à un titre de compétence universelle répond à la nécessité faite aux Etats de s'unir afin de défendre des intérêts supérieurs, communs à la communauté internationale. (A.) En ce sens, les Etats ont rapidement pris conscience qu'il était nécessaire de combattre par ce biais, certains fléaux criminels, à l'image de la piraterie ou de l'esclavage. (B.)

A. La défense d'intérêts supérieurs.

400. Un tel concept de compétence universelle permet d'englober « *tous les mécanismes juridiques en vertu desquels la définition, la poursuite et le jugement d'une infraction ne sont plus considérés comme une affaire proprement interne, mais au contraire, sont perçus comme une préoccupation commune à l'ensemble de l'humanité* ». ⁵⁶² En tant que tel, la compétence universelle constitue l'idéal de la compétence pénale, (1.) au nom d'une certaine idée de la solidarité humaine. (2.)

1. Un idéal de compétence pénale.

401. Punir doit-il ressortir de la compétence pénale de la société internationale ? Autrement dit, à la compétence pénale dont sont titulaires les Etats peut-on substituer une

⁵⁶⁰ Gogorza (A.), Répression universelle et concurrence des compétences pénales, *P.A.*, 11 juillet 2007, n° 138, p. 3. (3-9).

⁵⁶¹ Ibid.

⁵⁶² Ibid.

compétence plus générale, dont cette fois, tous les Etats seraient aptes à connaître ? Telle est la problématique de la compétence universelle. Selon une conception absolue et idéaliste de ce titre de compétence, un crime commis dans un quelconque endroit du monde pourrait être puni dans n'importe quel pays, sans lien de rattachement nécessaire, pour la simple raison que ce crime porterait atteinte à l'ensemble de la communauté internationale. Ce que le Professeur Donnedieu de Vabres qualifiait en son temps d'universalité du droit de punir, donne « *vocation aux tribunaux répressifs de tous les Etats pour connaître d'un crime commis par un individu quelconque, en quelque pays que ce soit* ». ⁵⁶³ Mme Stern retient quant à elle que la reconnaissance d'une compétence universelle autorise tout Etat à « (...) *poursuivre des crimes commis par des étrangers à l'étranger, si ces crimes sont reconnus par la communauté internationale comme des actes commis par des ennemis du genre humain* ». ⁵⁶⁴ Tout comme pour Gilbert Guillaume qui prône une véritable répression universelle fondée sur une reconnaissance de plus en plus large de ce titre de compétence ⁵⁶⁵, Angelos Yokaris lui, estime que la juridiction universelle trouve son fondement « *dans la réprobation universelle que suscite une infraction de par ses éléments constitutifs* » ⁵⁶⁶ puisqu'elle présente « (...) *une gravité et un intérêt qui dépassent les frontières nationales* ». ⁵⁶⁷ Damien Vandermeersch se place quant à lui sous un double aspect, celui du juge et des Etats, dès lors que « *la compétence universelle consiste en l'aptitude d'un juge à connaître d'une infraction indépendamment du lieu où elle a été commise et quelles que soient la nationalité de l'auteur et celle de la victime* » ⁵⁶⁸ dans la mesure où se doivent d'être protégés « *un intérêt ou une valeur à caractère universel dont le respect relève de la responsabilité commune de l'ensemble des Etats* ». ⁵⁶⁹

402. Quoi qu'il en soit, cette compétence universelle se détache des critères traditionnels de compétence pénale puisqu'elle fait abstraction des traditionnelles territorialité et personnalité, et qu'elle se justifie par l'intérêt général de la communauté internationale, en raison de la perpétration d'un crime d'une telle gravité que la communauté dans son

⁵⁶³ Donnedieu de Vabres (H.), *Les principes modernes du droit pénal international*, op. cit, p. 135.

⁵⁶⁴ Stern (B.), A propos de la compétence universelle..., in *Liber amicorum Mohammed Bedjaoui*, Yakpo (E.), Boumedra (T.), The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1999, p. 735.

⁵⁶⁵ Guillaume (G.), La compétence universelle formes anciennes et nouvelles, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur, droit pénal droit européen*, Gazette du Palais, Litec, 1992 pp. 23-36.

⁵⁶⁶ Yokaris (A.), op. cit, p. 47.

⁵⁶⁷ Ibid, p. 48.

⁵⁶⁸ Vandermeersch (D.), La compétence universelle, in Cassese (A.), Delmas-Marty (M.), sous la direction de..., *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Puf, 2002, p. 589.

⁵⁶⁹ Ibid.

ensemble en devient victime et que tous les Etats la composant ont dès lors un intérêt certain à la répression.

2. A la recherche d'une solidarité humaine.

403. L'insertion d'une compétence extraterritoriale universelle dans la pratique des Etats n'est pas une nouveauté. Le recours à ce titre de compétence présente l'avantage de transcender toute question de souveraineté et de dégager l'Etat de ses velléités pénales indépendantistes et générales puisqu'il « *intervient, à défaut de tout autre Etat, pour éviter, dans un intérêt humain, une impunité scandaleuse* ». ⁵⁷⁰ Il semblerait que la première apparition de la compétence universelle remonte à un Chapitre du Code Justinien qui reconnaissait, de manière cependant limitée, une double compétence, en matière pénale, à la fois au tribunal du lieu de commission de l'infraction ainsi qu'au tribunal du lieu d'arrestation du coupable. ⁵⁷¹ Les ébauches de sa forme contemporaine se retrouvent cependant dans la doctrine des statuts, doctrine italienne qui, dès le XIII^{ème} siècle, fut instaurée en raison de morcellement de la péninsule en royaumes, principautés et cités indépendantes. Ainsi, la simple présence du criminel, vagabond, banni, voleur et assassin, sur le territoire de la cité suffisait à donner compétence à son ordre juridique pénal pour connaître de l'affaire, en dehors de tout lien de nationalité, dans le seul souci d'empêcher d'éventuels troubles à l'ordre public, puisqu'il était reconnu que le criminel transportait et poursuivait son forfait sur le territoire de la cité. Comme le remarque Gilbert Guillaume « *les auteurs de l'école italienne se sont ainsi élevés jusqu'à l'idée d'une répression universelle qui atteint en quelque lieu que ce soit certains ennemis de l'ordre social (...) grâce à des fictions juridiques touchant certaines catégories exceptionnelles de malfaiteurs* ». ⁵⁷² Cette théorie présentait cependant l'inconvénient d'être partielle étant donné qu'elle ne touchait que des catégories prédéfinies de malfaiteurs, laissant les autres impunis. Malgré cela, c'est avec cette lointaine théorie des statuts que la doctrine

⁵⁷⁰Donnedieu de Vabres (H.), op. cit, p. 135.

⁵⁷¹ Code Justinien C.III, 15, *Ubi de criminibus agi oportet*, selon la formule suivante « *Quaestiones eorum criminum quae legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissae vel inchoatae sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse prohibentur criminis perfici debere satis notum est* ».

⁵⁷² Guillaume (G.), La compétence universelle formes anciennes et nouvelles, op. cit, p. 25.

contemporaine donnera naissance à la compétence universelle, même si la territorialité de la compétence pénale demeure très souvent la règle.⁵⁷³

404. Grotius va être un des premiers à théoriser cette compétence universelle au nom d'une certaine solidarité humaine. En effet, pour lui, « *si liés les uns aux autres, unissant nos forces et regardant ce qui est fait à autrui comme nous étant personnel, nous tirons chacun vengeance de ceux qui se rendent coupables d'injustice, l'audace des méchants ne prévaudrait pas sur l'innocence. Surveillés de toutes parts, obligés de subir un châtement mérité, ils disparaîtraient complètement ou leur nombre diminuerait beaucoup* ». ⁵⁷⁴Grotius conscient de la nécessité de lutter contre l'impunité criminelle fait appel à une certaine solidarité pénale supra-étatique en préconisant, sous réserve de l'extradition, d'établir et de reconnaître la compétence du juge du lieu d'arrestation, puisqu'il est de l'intérêt commun des Etats d'éradiquer la criminalité, interne ou transnationale. Ainsi se théorise pleinement l'idée d'une justice universelle, subordonnée à un certain intérêt à agir.⁵⁷⁵

405. La prise en considération d'une solidarité interétatique a fait renaître le concept d'une universalité du droit de punir, au nom d'intérêts supérieurs. En effet, « *la commission de certains délits spectaculaires (...) oblige [les Etats] à dresser contre ces infractions un front commun. La nature de ces infractions (...) provoque une coalition d'intérêts publics* »⁵⁷⁶, dont le tronc commun s'avère être l'obligation de répression.

B. La première prise en compte de la compétence universelle.

406. Le premier grand cas de compétence universelle reconnu aux Etats l'a été en matière de piraterie. En effet, la piraterie (1.) et les pratiques analogues (2.), ont longtemps été considérées comme des crimes portant atteinte aux intérêts de l'ensemble des Etats, justifiant à elles seules, une universalité obligatoire. Par extension, une argumentation similaire a pu être retenue à propos de la traite des êtres humains. (3.)

⁵⁷³ Ainsi, en 1632, le Parlement de Paris réaffirma son déclin de compétence lorsque « *le crime a été commis hors du Royaume en pays étranger et par des étrangers, sur qui les gens du Roi n'ont point de juridiction, ni d'intérêt, le Roi ni ses sujets n'ayant point été offensés* », arrêt du Parlement de Paris-Tourelle rendu par le Président Séguier, in Guillaume (G.), op. cit, p. 26.

⁵⁷⁴ Grotius (H.), *De jure belli ac paci*, livre I, chap V.

⁵⁷⁵ Théorie de l'intérêt à agir que l'on retrouvera sous un aspect quelque peu différent, réaffirmé en jurisprudence internationale.

⁵⁷⁶ Donnedieu de Vabres (H.), De la piraterie au génocide...les nouvelles modalités de la répression universelle, in *Le droit privé français au milieu du XX ème siècle, études offertes à Georges Ripert*, Tome I, LGDJ, 1950, p. 228.

1. La répression de la piraterie.

407. Lorsque la liberté des mers ainsi que l'extraterritorialité de la haute mer ont commencé à s'ancrer dans le droit international, il est devenu « *impossible de continuer d'affirmer une compétence territoriale pour des actes de piraterie commis en haute mer* »⁵⁷⁷, dès lors le crime de piraterie risquait de tomber dans un « *désert juridique* »⁵⁷⁸ favorisant l'impunité. En effet, pour améliorer les échanges et les communications entre l'Europe et le reste du monde, les Etats ont petit à petit, d'un commun accord, décidé de lutter, en haute mer, contre la piraterie, laissant à l'Etat de capture du navire pirate le soin de la répression pénale. Cette répression « *ne saurait dès lors être confiée de manière trop limitative au seul Etat du pavillon, si tant est qu'un pavillon national puisse se reconnaître catégoriquement compétent puisque les pirates n'arborent pas toujours un pavillon* ». ⁵⁷⁹

408. La justification de pareille reconnaissance de compétence résidait dans le fait que le pirate était alors considéré comme *hostis humani generis*, autrement dit, ennemi du genre humain, plaie de l'humanité mettant en danger la liberté de navigation et du commerce. De plus, la haute mer était de tout temps considérée comme une zone extraterritoriale, insusceptible d'appropriation souveraine. L'universalité de la haute mer ainsi que le caractère *hostis humani generis* du pirate entraînait une sorte de dénationalisation du pirate et de son bâtiment, et c'est ce défaut de rattachement national qui justifiait l'intervention pénale de tout Etat. Les Etats ont ainsi opté pour une entente publique universelle en matière de répression de la piraterie, au nom de considérations élémentaires d'humanité. La répression de la piraterie constitue ainsi, en droit international, le premier cas dans lequel les Etats ont accepté que d'autres Etats répriment cette infraction, au nom de l'universalité.

409. Cette pratique internationale de compétence universelle reconnue par les Etats et devenue norme coutumière, a été confirmée et codifiée par les deux Conventions des Nations Unies sur le droit de la mer, celle de Genève sur la haute mer du 29 décembre

⁵⁷⁷ Henzelin (M.), *Le principe de l'universalité en droit pénal international-Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de droit de Genève, Bruylant, 2000, p. 264.

⁵⁷⁸ Ibid.

⁵⁷⁹ Touret (C.), *La piraterie au vingtième siècle – Piraterie maritime et aérienne*, LGDJ, 1992, p. 148. Voir également Pella (V.), *La répression de la piraterie*, *R.C.A.D.I.*, 1925, tome 15, pp. 149-295.

1958⁵⁸⁰ et celle de Montego Bay du 10 décembre 1982. Cette dernière énonce en son article 105 que,

« tout Etat peut, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat, saisir un navire ou un aéronef pirate ou un navire ou un aéronef capturé à la suite d'un acte de piraterie et aux mains de pirates, et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord. Les tribunaux de l'Etat qui a opéré la saisie peuvent se prononcer sur les peines à infliger, ainsi que sur les mesures à prendre en ce qui concerne le navire, l'aéronef ou les biens (...) ».

410. Outre le fait qu'elle énonce une compétence universelle, l'intérêt de cette disposition et de cette pratique est triple. D'une part, en tant que norme coutumière codifiée elle lie tous les Etats en dehors du lien conventionnel. Un Etat ne peut donc se prévaloir d'un défaut de signature ou de ratification pour méconnaître son obligation d'établir, en présence d'actes de piraterie, sa compétence pénale en haute mer. D'autre part, en reconnaissant l'existence d'intérêts communs aux Etats, il a été fait de cette compétence une compétence absolue et obligatoire, non conditionnée à une éventuelle demande d'extradition. Enfin ce caractère se trouve accentué par le fait que, puisque l'on se trouve en haute mer, zone par définition échappant à toute appropriation souveraine, tous les Etats ont un véritable intérêt commun à lutter contre la piraterie et peuvent de ce fait méconnaître la loi du pavillon et établir leur compétence pénale universelle⁵⁸¹, sans risquer ni de conflits de juridiction, ni d'interventions diplomatiques. Ainsi, pour résumer ces propos, *« la qualification d'acte de piraterie (...) permet à n'importe quel navire militaire ou affecté à un service public et autorisé à cet effet, quel que soit son pavillon, d'arraisonner un navire pirate en confiant aux tribunaux du navire capteur compétence de juridiction »*.⁵⁸²

⁵⁸⁰ L'article 19 de la Convention du 20 avril 1958 sera repris intégralement dans l'article 105 de la Convention de Montego Bay.

⁵⁸¹ Déjà, dans son projet sur les principes de juridiction de 1935, L'American Society of international law reconnaissait que *« the competence is (...) justified at the present time upon the ground that the punishable acts are committed upon the seas where all have an interest in the safety of commerce and where no State has territorial jurisdiction »*, A.J.I.L, 1935, op. cit.

⁵⁸² Pelletier (B.), De la piraterie maritime, *Annuaire de droit maritime et aéro-spatial*, Tome IX, 1987, p. 224.

411. La *Convention pour la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, consacrée notamment à la piraterie maritime, vient approfondir la reconnaissance de la compétence universelle obligatoire, en la conditionnant à la non-extradition, puisque,

*« l'Etat partie sur le territoire duquel l'auteur ou l'auteur présumé de l'infraction est découvert est tenu, (...) s'il ne l'extrade pas, de soumettre l'affaire, sans retard et sans aucune exception, que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale selon une procédure conforme à la législation de l'Etat. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que toute autre infraction de caractère grave aux lois de cet Etat ».*⁵⁸³

2. L'extension de la notion de piraterie.

412. La reconnaissance d'une compétence universelle en matière de répression de la piraterie a entraîné l'assimilation de certains comportements commis en haute mer ou non et en violation du droit conventionnel et des considérations élémentaires d'humanité, à des actes de piraterie. Pour en faciliter la répression, les actes incriminés sont assimilés à des actes de piraterie, soumis, par analogie, à la compétence universelle. Il en est ainsi du Traité de Washington du 6 février 1922 relatif à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre, qui, en son article III, dispose que,

« les Puissances signataires, désireuses d'assurer l'exécution des lois d'humanité déjà reconnues et confirmées par elles relativement à l'attaque, à la saisie et à la destruction des navires de commerce, déclarent en outre que tout individu (...) qui violera l'une ou l'autre desdites règles, sera réputé avoir violé les lois de la guerre et sera susceptible d'être jugé et puni comme s'il avait commis un acte de piraterie. Il

⁵⁸³ Article 10 de la *Convention pour la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*.

*pourra être mis en jugement devant les autorités civiles et militaires de toute Puissance dans le ressort de l'autorité de laquelle il sera trouvé ».*⁵⁸⁴

413. Dans le même état d'esprit, l'Arrangement de Nyon du 14 septembre 1937, relatif aux attaques de navires de commerce par des sous-marins en mer Méditerranée, dans le cadre de la guerre civile espagnole énonce dès son Préambule que,

« considérant qu'à l'occasion du conflit espagnol des attaques répétées ont été commises dans la Méditerranée par des sous-marins, à l'encontre des navires de commerce n'appartenant à aucun des partis en lutte en Espagne; Que ces actes constituent des violations des règles de droit international énoncées dans la partie IV du Traité de Londres du 22 avril 1930 au sujet de la destruction des navires de commerce, qu'ils sont contraires aux principes d'humanité les plus élémentaires et qu'ils doivent être à juste titre qualifiés d'actes de piraterie ».

414. Le Code *Bustamente* prévoit quant à lui une compétence universelle pour la répression de la piraterie et par analogie la généralise à une liste d'autres infractions non limitatives, sous condition qu'elles soient contraires au droit international et commises en zone extraterritoriale. Ainsi en son article 308 dispose-t-il que,

*« la piraterie, la traite des noirs, le trafic d'esclaves, la traite des blanches, la destruction ou l'endommagement de câbles sous-marins, et toute autre infraction de nature similaire contre le droit international, commis en haute mer, dans les airs ou sur le territoire d'Etats non organisés, doivent être punis par l'Etat de capture en accord avec les lois pénales de ce dernier ».*⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ Il convient de noter que le Traité de Washington, bien qu'il ne soit jamais entré en vigueur, faute d'instruments de ratification nécessaires, fût le premier acte conventionnel à prévoir une compétence universelle pour la répression des infractions aux coutumes et aux lois de la guerre.

⁵⁸⁵ Article 308 « *Piracy, trade in Negroes and slave traffic, white slavery, the destruction or injury to submarines cables, and all others offences of similar nature against international law committed on the high*

3. *Compétence universelle et traite des êtres humains.*

415. La lutte contre la traite des être humains et l'esclavage a constitué la première prise en considération, en droit international, de la nécessité d'établir un système efficace et effectif de lutte contre la propagation de ce crime. L'esclavage et ses pratiques analogues sont internationalement réprouvés et condamnés et à ce titre, l'interdiction de l'esclavage fait partie du droit coutumier international. Il est donc logique d'associer à la plus ancienne incrimination en droit international un régime de compétence universelle, dans la mesure où le marchand d'esclave est considéré comme « *hosti humani generis* ». A ce titre, le caractère particulièrement odieux du commerce des esclaves justifie l'intérêt à agir de tout Etat, au nom d'intérêts supérieurs d'humanité.

416. Compétence universelle et esclavage firent leur apparition en jurisprudence au cours du XIXème siècle, dans une affaire mettant en cause un navire français se livrant au commerce des esclaves, arraisonné en haute mer par un navire américain. Bien que les Etats Unis n'aient aucun intérêt particulier à agir en raison d'un défaut de rattachement territorial et personnel, le juge américain se déclara compétent pour connaître de l'affaire, en raison du fait que l'individu se livrant au trafic d'esclaves devait être, comme le pirate, considéré comme un ennemi de l'humanité toute entière. Et d'ajouter que,

*« the slave trade is a trade prohibited by universal law and by the law of France, and that, therefore, the claim of the asserted French owners must be rejected ».*⁵⁸⁶

§. II. De la compétence universelle obligatoire ?

417. Selon le schéma précédemment établi, le droit international oscille entre obligation et habilitation lorsqu'il est question de la compétence universelle. On se trouve dans le domaine de l'obligation de punir lorsque les crimes en cause sont issus de la coutume internationale qui, par définition s'applique à tous les Etats. Il est donc logique de privilégier, en raison de l'origine et l'extrême gravité des crimes, une compétence

sea, in the open air, and on the territory not yet organized into a State, shall be punished by the captor in accordance with the penal laws of the latter».

⁵⁸⁶ Affaire *United States c. Lajeune Eugénie*, 1822.

universelle. Un tel titre de compétence universelle obligatoire est reconnu par le droit conventionnel pour les crimes de guerre (A.) mais aussi par la coutume pour le génocide et les crimes contre l'humanité. (B.)

A. Une obligation conventionnelle : les Conventions de Genève.

418. Reconnaître une compétence universelle pour les crimes de guerre fait partie du mouvement de rationalisation de la répression initié par les Conventions de Genève. D'origine coutumière, cette obligation, qui est devenue un des éléments centraux des Conventions et du système de répression, (1.) s'assimile à une réelle obligation de résultat à la charge des Etats. (2.)

1. Une universalité de la répression des crimes de guerre.

419. En matière de compétence universelle, exception faite de la piraterie, la pratique des Etats demeurait fort restreinte. Force est de reconnaître que ce titre de compétence n'était « *utilisé qu'avec parcimonie* »⁵⁸⁷ et que des pans entiers d'infractions internationales, dont le caractère inhumain et universellement répréhensible ne faisait pourtant aucun doute, n'étaient pas concernés par le recours à la compétence pénale universelle. Il aura fallu attendre la fin de la seconde guerre mondiale et ses atrocités pour voir la société internationale doter les Etats d'une compétence universelle et pour que les Etats acceptent un titre universel et exceptionnel de compétence pour des crimes d'une telle gravité, qui ne pouvaient rester impunis. C'est ainsi que la compétence universelle fut introduite par les quatre Conventions de Genève, dans le cadre de la répression des crimes de guerre et des violations du droit humanitaire. Ce que le Professeur de la Pradelle qualifie d' « *étape essentielle* »⁵⁸⁸ était en fait latent dans les textes et pratiques antérieures et s'inscrit dans le mouvement de codification internationale des règles et coutumes de guerre. Dès lors que les Etats s'accordent à reconnaître et à appliquer, quasi universellement des pratiques séculaires en matière de guerre, il devenait logique

⁵⁸⁷ Pradelle de la (G.), La compétence universelle, in Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, p. 907.

⁵⁸⁸ Ibid.

d'attacher à leur sanction un titre universel de répression.⁵⁸⁹ Un véritable « *consensus s'est clairement dégagé dans la communauté internationale, sur la nécessité de poursuivre et de punir, en tant que criminels, les auteurs des graves infractions au droit des conflits armés* »⁵⁹⁰ et a confirmé la nécessité d'une véritable répression universelle des crimes de guerre.

420. Les quatre Conventions de Genève reconnaissent ainsi que les Etats ont une réelle obligation de réprimer de manière universelle les infractions graves au droit humanitaire. Selon une formulation identique à l'ensemble des textes,

«chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes ».⁵⁹¹

421. De prime abord, en matière de répression des crimes de guerre, dès lors que « *tout Etat a un intérêt juridique (...) à exiger que les autres Etats s'acquittent de leurs obligations humanitaires* »⁵⁹², la doctrine s'accorde à reconnaître de manière unanime que « *les Conventions de Genève instituent les juridictions internes en organes d'une répression internationale des crimes de guerre* ».⁵⁹³

⁵⁸⁹ Pour rappel, les règles codifiées à Genève sont issues de nombreux textes et pratiques issus entre autre du Code Lieber, de la Déclaration de Bruxelles de 1874, des Conventions de La Haye de 1899 et 1907, du Traité de Versailles, des Conventions de Genève de 1864, 1906 et 1929 ou bien encore des principes dégagés lors des procès de Nuremberg et de Tokyo.

⁵⁹⁰ Djiena Wembou (M.C.), La répression des crimes de guerre et des autres violations graves du droit humanitaire, in *Le droit international dans un monde en mutation: essais écrits au fil des ans*, L'Harmattan, 2003, p. 265.

⁵⁹¹ Article 49.2 de la Convention I, 50.2 de la Convention II, 129.2 de la Convention III, 146.2 de la Convention IV. Par analogie et interprétation, ce principe est également posé à l'article 85 du Protocole additionnel du 8 juin 1977.

⁵⁹² Condorelli (L.), Boisson de Chazournes (L.), Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances, op. cit, p. 29.

⁵⁹³ Maison (R.), Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes, *E.J.I.L.*, 1995, vol 6, p. 268.

2. Une réelle obligation de résultat à la charge des Etats.

422. Des règles du droit de la guerre se déduit une réelle obligation à la charge des Etats de se doter d'une compétence universelle. En effet, vu les intérêts en cause, les Etats seraient tous titulaires d'un intérêt certain à agir. Ceci est doublement confirmé. D'un côté les Conventions de Genève privilégient une réelle obligation de résultat à destination des Etats. (a.) De l'autre, la jurisprudence se base à la fois sur la coutume internationale et sur les Conventions, pour justifier du caractère obligatoire du recours à la compétence universelle. (b.)

a. Une obligation issue du texte même des Conventions.

423. Les Etats sont titulaires d'une véritable obligation de résultat, celle de mener, en accord avec leurs droits internes respectifs et le droit international, une répression effective et efficace des crimes de guerre, passant par la compétence universelle. A l'image de la répression de la piraterie, l'instauration d'une compétence universelle se fait par l'intermédiaire du seul canal étatique, le caractère internationalement répréhensible des crimes en cause donnant à chaque Etat un droit souverain à leur répression. Mais de manière beaucoup plus poussée et précise, l'exercice de cette compétence universelle est conditionné à la mise en œuvre de l'alternative extraditionnelle *aut dedere aut judicare*.

424. En revanche, la rédaction de ces dispositions demeure, comme en ce qui concerne la définition des infractions graves, relativement vague, puisque le titre universel de compétence ne vaut que pour ces infractions précises et est ignoré pour les infractions mineures. De ce fait, il faut constater que cette différenciation amène à instaurer une hiérarchie dans les titres de compétence, avec d'un côté une répression universelle pour les infractions graves et de l'autre une répression territoriale ou personnelle pour les autres infractions. De même, à la simple lecture des dispositions conventionnelles, les Conventions « *ne requièrent pas de façon spécifique l'établissement de la compétence universelle pour les infractions concernées* ». ⁵⁹⁴ En effet, rien n'indique explicitement que les Etats ont l'obligation de se doter d'une telle compétence pour la poursuite et la

⁵⁹⁴ Yokaris (A.), op cit, pp. 58-59.

répression des crimes de guerre. Cependant, deux séries d'arguments laissent à penser que les Etats sont titulaires de cette obligation, de surcroît impérative.

425. Première série, selon l'article premier, commun aux quatre Conventions, « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances* ». De cette disposition découle un ensemble d'obligations étatiques, dont la plus générale est celle de respecter et faire respecter, en toutes circonstances, le droit humanitaire. Reconnaître le caractère inconditionnel et universel de ces obligations entraîne, par analogie, qu'il est envisageable de les classer parmi la catégorie des obligations *erga omnes* initiées par le célèbre *obiter dictum* de l'affaire de la *Barcelona Traction*. Or, une obligation valant à l'égard de l'ensemble de la communauté internationale, même en dehors de tout lien conventionnel, ne peut être sanctionnée, en cas de violation grave, que par un titre universel de compétence pénale. Au caractère universel de ces dispositions, s'ajoute leur valeur coutumière ; l'ensemble ayant ainsi permis à la doctrine de faire de cette obligation générale « *une norme attributive de compétences* »⁵⁹⁵ qui justifierait l'universalité de la répression des violations des Conventions. La Cour internationale de justice est allée plus loin en conférant à cette obligation de respecter et de faire respecter les Conventions en toutes circonstances, une valeur de principe général du droit humanitaire, donc constitutif d'une obligation réelle à la charge des Etats.⁵⁹⁶ Il est logique que découle de cette valeur la reconnaissance de la compétence universelle.

426. Deuxième série d'arguments, un faisceau d'indices à triple branches viendrait confirmer cette position. Le premier s'inscrit dans le défaut de rattachement national, puisque aucun titre de nationalité, aucun lien de rattachement étatique n'est requis. Le second se déduit de l'obligation faite aux Etats, sous forme de choix souverain, de poursuivre ou d'extrader. Enfin, le troisième indice réside dans la pratique conventionnelle ultérieure qui conditionnera l'exercice de la compétence universelle à la mise en œuvre de

⁵⁹⁵ Levrat (N.), Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes parties contractantes de « faire respecter » les Conventions humanitaires, in Kalshoven (F.), Sandoz (Y.), sous la direction de..., *Implementation of international humanitarian law, Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Martinus Nijhoff, 1989, p. 283.

⁵⁹⁶ Les juges de La Haye ont reconnu que les Etats « *ont l'obligation, selon le termes de l'article premier des quatre Conventions de Genève de « respecter » et même « faire respecter » ces Conventions « en toutes circonstances », car une telle obligation ne découle pas seulement des Conventions elles-mêmes, mais des principes généraux de droit humanitaire dont les Conventions ne sont que l'expression concrète* », C.I.J., 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec, 1986, § 220, p. 114.

cette alternative souveraine. Ce faisceau d'indices, inutilité d'un lien de rattachement national, recours à l'alternative extraditionnelle et pratique ultérieure du droit conventionnel, suffit à confirmer la réelle reconnaissance d'une compétence universelle obligatoire, à la charge des Etats, pour réprimer ces infractions graves.

b. La consécration jurisprudentielle : entre affirmation d'une obligation coutumière et d'une obligation conventionnelle.

427. La jurisprudence vient consacrer, bien avant la codification générale des Conventions de Genève, la portée des lois et des coutumes de la guerre ainsi que l'universalité de la compétence pénale qui y est associée. En effet, la répression des crimes de guerre s'est longtemps basée sur des coutumes internationales, au premier rang desquelles se situe la compétence universelle. Celle-ci a été relayée en droit conventionnel et se trouvera confirmée à son tour par la jurisprudence, notamment par les affaires *Eisentrager* (α) et *Saric*. (β)

a. L'affaire « Eisentrager ».

428. L'affaire *Eisentrager* constitue un bon exemple de la reconnaissance de la compétence universelle en matière de crimes de guerre. Jugée du 3 octobre 1946 au 14 janvier 1947 par une Cour militaire américaine siégeant à Shanghai, cette affaire concernait des citoyens allemands qui s'étaient battus, aux côtés du Japon, en territoire chinois, contre les Etats-Unis, après la reddition de l'Allemagne. Les accusés soulevèrent la question de la compétence de la Cour arguant du fait qu'en tant que ressortissants allemands ayant agi en Chine, seul cet Etat pouvait être compétent, et non pas une juridiction militaire américaine. On se trouve ici face à une obligation d'origine coutumière puisque la codification des règles du droit de la guerre n'avait pas encore eu lieu.

429. Le Tribunal se déclara doublement compétent, au motif que la Chine avait délégué sa compétence souveraine territoriale aux Etats-Unis, ce qui ne fut pas démenti par Pékin, et ensuite au motif que l'affaire relevait de l'universalité, puisque

« a war crime (...) is not a crime against the law or criminal code of any individual nation, but a crime against the jus gentium. The laws and usages of war are of universal

*application, and do not depend for their existence upon national laws and frontiers. Arguments to the effect that only a sovereign of the locus criminis has jurisdiction and that only the lex loci can be applied, are therefore without any foundation ».*⁵⁹⁷

β. L'affaire « Saric ».

430. Le recours à la compétence universelle pour réprimer la violation des lois et coutumes de la guerre est longtemps resté hypothétique. En effet, l'ambiguïté et le flou entourant le système de répression des infractions graves aux Conventions de Genève a longtemps fait hésiter les Etats quant aux modalités d'établissement de leur compétence pénale et d'organisation des poursuites. L'affaire Refik Saric, jugée par la Haute Cour danoise vient cependant, pour la première fois en droit prétorien, lier compétence universelle et crimes de guerre, en application des Conventions de Genève.⁵⁹⁸ Cette affaire est caractéristique des situations de guerre où la victime originelle devient le bourreau. Refik Saric, musulman de Bosnie, fut emprisonné du 1^{er} juillet au 20 août 1993 au camp croate de Dretrlj. Rapidement, il se voit reconnaître un statut de prisonnier supérieur et assistera volontairement les gardes du camp dans des sévices graves contre treize détenus, dont trois décédèrent. Réfugié au Danemark, il fut arrêté et condamné pour crimes de guerre.

431. La Haute Cour danoise l'a en effet reconnu coupable de violations des lois et coutumes de guerre, en raison d'actes de violences commis à l'encontre de treize détenus. Il a été condamné à 8 ans d'emprisonnement et à l'expulsion du territoire. En effet, la Haute Cour s'est déclarée compétente sur une base de compétence universelle, autorisant les juges nationaux à réprimer les violations graves au droit de Genève, quand bien même les crimes reprochés n'avaient pas eu lieu au Danemark et qu'aucun national danois n'était à compter parmi les victimes. En l'espèce, la Cour a établi sa compétence sur la base des articles 245 et 246 du Code pénal qui incrimine les mauvais traitements des articles 129 et 130 de la troisième Convention et 146 et 147 de la quatrième.⁵⁹⁹ Il a été reconnu à propos

⁵⁹⁷ US Military Commission, Affaire *Eisentragger*, in UN war crimes Commission, 1949, vol XIV, p. 8, cité in Henzelin (M.), *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, op. cit, p. 411.

⁵⁹⁸ Haute Cour du Danemark, 25 novembre 1994, *The Prosecution c. Saric*.

⁵⁹⁹ Articles consacrés aux infractions graves, op. cit.

de cette affaire que « *la peine est déterminée par les dispositions du droit danois tandis que les Conventions de Genève permettent au juge interne de se déclarer compétent, en vertu d'un principe exceptionnel de compétence universelle* ». ⁶⁰⁰

B. Une obligation coutumière de se doter d'une compétence universelle.

432. Il est admis qu'en vertu de la coutume internationale les États peuvent exercer leur compétence universelle à l'égard des personnes soupçonnées de génocide ou de crimes contre l'humanité. Imposer à l'Etat de se doter d'une telle compétence en dehors de tout lien conventionnel pourrait porter atteinte à la souveraineté des Etats et négligerait les critères de compétence traditionnelle. Or, malgré une Convention spécifique consacrant la territorialité, il a été reconnu une compétence universelle obligatoire d'origine coutumière à propos de la répression du génocide. (1.) En revanche, ce sera l'absence de référent conventionnel ainsi que l'extrême gravité du crime qui viendront justifier le recours à une compétence identique en ce qui concerne la répression des crimes contre l'humanité. (2.)

1. La reconnaissance d'une compétence universelle pour le génocide.

433. La difficulté de reconnaître aux Etats une compétence universelle obligatoire et coutumière pour la répression du génocide s'explique par le fait que les règles en la matière sont à cheval entre droit coutumier et droit conventionnel, entre universalité et territorialité. (a.) En prenant en considération la nature et l'ampleur du crime, la pratique a cependant reconnu une réelle compétence universelle aux Etats. (b.)

a. L'ambiguïté de la répression du génocide.

434. La Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide est un texte qui peut poser problème en matière de reconnaissance d'une éventuelle compétence universelle des Etats. En effet, en accord avec son article VI,

⁶⁰⁰ Maison (R.), Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes, op. cit, p. 262.

« les personnes accusées de génocide (...) seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la Cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ».

435. Selon ce point de vue, le titre de compétence pénale retenu en matière de répression du génocide est la territorialité. De prime abord, il faut s'étonner que, face à la gravité et l'ampleur de l'infraction en cause, il n'ait pas été retenu explicitement, au mieux une compétence universelle, au pire une compétence personnelle. En effet, il est universellement reconnu que le « *le génocide constitue l'attentat le plus grave contre la paix et la sécurité de la communauté internationale* »⁶⁰¹ or, face à cette réalité, comment expliquer que la territorialité ait été préférée ? Simplement à l'époque, le droit pénal international, tout comme la compétence universelle, n'en étaient qu'à leurs balbutiements. Avant 1948, le crime de génocide n'avait pas été considéré. En effet, il a fallu attendre les lendemains de Nuremberg pour que les Nations Unies incriminent cette nouvelle catégorie de crime. Dans sa résolution du 11 décembre 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies va condamner, pour la première fois, le crime de génocide, en insistant sur cette réalité selon laquelle

*« le génocide est un crime du droit des gens que le monde civilisé condamne et pour lequel les auteurs principaux et leurs complices, qu'ils soient des personnes privées, des fonctionnaires ou des hommes d'Etat, doivent être punis ».*⁶⁰²

De plus, les travaux préparatoires de la Convention montrent que les délégués préférèrent refuser l'extension des critères de compétence des Etats au-delà de la territorialité. Pour d'obscures raisons de bienséance internationale et diplomatique, plusieurs Etats, à l'image des Etats Unis, de l'Egypte ou de l'Union soviétique, invoquèrent la protection de la souveraineté et du droit national pour récuser l'universalité.⁶⁰³

⁶⁰¹ Tomuschat (C.), La cristallisation coutumière, in Ascencio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), op. cit, p. 31.

⁶⁰² Résolution, 96 (I), du 11 décembre 1946, *le crime de génocide*.

⁶⁰³ En ce sens, le délégué soviétique précisa que « *no exception should be made in the case of genocide to the principle of the territorial jurisdiction of states, which alone was compatible with the principle of national sovereignty* ».

436. Tant de nouveautés pouvait-il justifier la préférence donnée à la territorialité ? Certainement. En effet, d'un point de vue strictement juridique, il était logique de reconnaître en la matière le titre de compétence pénale traditionnellement admis et appliqué par les Etats. De plus, les Etats ne s'étaient-ils pas engagés conventionnellement à la création d'une Cour criminelle internationale apte à connaître du crime de génocide ? Mais en raison de l'absence persistante d'une telle juridiction, pareille disposition favorisait l'impunité des auteurs de crime de génocide. C'est la raison pour laquelle, d'un principe conventionnel de compétence territoriale, est née une exception coutumière de compétence universelle.

b. Une obligation confirmée par la pratique internationale.

437. Tant la jurisprudence de la Cour internationale de justice (α) que les rapports de la Commission du droit international (β) sont venus confirmer qu'en dépit de l'existence d'un lien conventionnel fort, la territorialité n'était pas un critère exclusif et que la répression du crime de génocide passait également par le recours à la compétence universelle.

a. Une confirmation par la Cour internationale de justice.

438. La jurisprudence de la Cour internationale de justice est venue donner aux règles de la Convention un caractère coutumier non négligeable. S'inspirant de la qualification onusienne de crime de droit des gens dont la répression doit être « *une affaire d'intérêt international* »⁶⁰⁴ la Cour estime que,

« les origines de la convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme «un crime de droit des gens» impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies. Cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les

⁶⁰⁴ Résolution du 11 décembre 1946, op. cit.

*nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux»».*⁶⁰⁵

De même, en reconnaissant que certaines obligations internationales entraînent que

*« tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés [comme] la mise hors la loi (...) du génocide »*⁶⁰⁶,

et que *« les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations erga omnes »*⁶⁰⁷ la Cour internationale de justice déduira en ce sens que

*« l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention ».*⁶⁰⁸

439. En conséquence de ceci, eu égard à la nature du crime, à l'ampleur des valeurs universelles en cause, à l'intention des rédacteurs, la Cour va ériger les dispositions de la dite Convention en normes obligatoires de caractère coutumier. De ce caractère coutumier se déduisent des règles pénales. Plus spécifiquement, les juges de La Haye vont implicitement reconnaître une compétence universelle aux Etats, en matière de répression du crime de génocide, par la mise en exergue de la non exclusivité de la territorialité.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ CIJ, AC. *Réserves à la Convention génocide*, op. cit, p. 23.

⁶⁰⁶ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, op. cit, §§ 33 et 34

⁶⁰⁷ C.I.J., *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, op. cit, § 33.

⁶⁰⁸ Ibid

⁶⁰⁹ Une telle approche a été récemment confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges de Strasbourg ont reconnu que génocide et compétence universelle allaient de paire, au-delà du lien conventionnel puisque *« in many Contracting States of the Convention, the prosecution of genocide is subject to the principle of universal jurisdiction, that is, jurisdiction for crimes committed outside the State's territory by non-nationals against non-nationals of that State and which are not directed against the State's own national interests, at least if the defendant was found to be present on its territory (e.g. Spain, France, Belgium (at least until 2003), Finland, Italy, Latvia, Luxembourg, the Netherlands (since 2003), Russia, the Slovak Republic, the Czech Republic and Hungary) »*, Cour edh, 12 juillet 2007, *Jorgic c. Allemagne*, § 53.

β. Une confirmation par la Commission du droit international.

440. Dans sa mission de codification des règles coutumières du droit international, il ne fait aucun doute que la Commission du droit international s'est inspirée de la jurisprudence de la Cour internationale et de la pratique des Etats. En effet, dans son projet de *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* de 1996, la Commission qualifie de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité le génocide, la répression de ces crimes pouvant se faire par le biais de la compétence universelle. Ainsi, à l'inverse de la Convention de 1948, sans référence aucune à la territorialité, la Commission estime en son article 8 que,

« sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, chaque Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des crimes visés aux articles 17, 18, 19 et 20 quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes. La compétence aux fins de connaître du crime visé à l'article 16 ⁶¹⁰ appartient à une cour criminelle internationale. Néanmoins, il n'est pas interdit à un Etat mentionné à l'article 16 de juger ses ressortissants pour le crime visé à cet article ».

441. L'avantage d'une telle disposition réside dans le fait que le génocide, comme d'ailleurs les autres crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, est répréhensible sur une double base : une base nationale et une base universelle, celle-ci étant construite autour de l'existence d'une cour criminelle internationale et d'une compétence universelle. La concurrence évidente des titres de compétence s'explique par le souci de lutter efficacement et effectivement contre l'impunité. C'est ce point de vue que l'on peut retrouver dans le commentaire de l'article 8 du projet.⁶¹¹

⁶¹⁰ Article 16, crime d'agression, article 17 crime de génocide, article 18 crime contre l'humanité, article 19 crime contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, article 20 crime de guerre.

⁶¹¹ Commentaire de l'article 8 du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, alinéa 5 « La Commission a estimé que l'application effective du présent Code exigeait, en matière de compétence, une approche conjuguant la plus large compétence des juridictions nationales avec la compétence possible d'une cour criminelle internationale. C'est pourquoi le présent article établit, pour connaître des crimes énoncés aux articles 17 à 20 de la deuxième partie, le principe de la compétence concurrente des tribunaux nationaux de tous les Etats partie au présent code, sur la base de la compétence universelle et d'une cour criminelle internationale ».

2. La reconnaissance d'une compétence universelle pour les crimes contre l'humanité.

442. L'absence de référant conventionnel relativement au crime contre l'humanité laisse à la coutume une place importante lorsqu'il est question de s'interroger sur l'origine et l'ampleur de l'obligation d'établir une compétence pénale. Or, une telle lacune n'empêche pas de reconnaître à chaque Etat un intérêt à agir, puisque l'inhumanité du crime justifie à elle seule le recours à la compétence universelle. (a.) Une telle position est d'ailleurs confirmée par la jurisprudence. (b.)

a. L'inhumanité du crime justifiant le recours à la compétence universelle.

443. Il est évident que la reconnaissance d'une compétence universelle concernant la répression des crimes contre l'humanité ne se fera que par voie coutumière, dans la mesure où la notion même de crime contre l'humanité souffre du défaut de définition conventionnelle, unanime et autonome. Il est largement admis en droit international que ce principe découle de la coutume ainsi que de la jurisprudence internationale. En effet, cette dernière consacre le principe de compétence universelle à l'égard du crime contre l'humanité, y compris en l'absence de dispositions internes attribuant expressément une telle compétence aux juridictions nationales. A la différence de la répression du génocide, qui somme toute se fonde sur une base préexistante, jusqu'à la création des juridictions pénales internationales, seuls les Principes de Nuremberg pouvaient justifier un éventuel recours à la compétence universelle pour la poursuite des crimes contre l'humanité.

444. Une telle compétence se fonde sur la gravité et l'importance des droits en cause. Il ne fait aucun doute que, vu la gravité des crimes commis et vu leur ampleur, la communauté internationale se doit de réagir. Or il est inenvisageable d'invoquer le défaut conventionnel pour justifier un défaut de compétence, l'inhumanité du crime légitimant la reconnaissance d'une compétence universelle. Comme le crime contre l'humanité, par définition, suppose porter atteinte à l'ensemble des Etats, dans l'absolu, ceux-ci devraient tous se voir reconnaître une compétence universelle coutumière, obligatoire.

445. Si l'on s'en tient à la stricte notion de crime contre l'humanité, telle qu'initée à Nuremberg, force est de constater que sa définition lacunaire entraîne une interrogation croissante quant à l'ampleur des compétences à mettre en œuvre. Comme l'a remarqué la doctrine « *les crimes contre l'humanité ne font pas l'objet d'une Convention. Même si des définitions ont été données dans certains Traités à titre accessoire (...) il n'empêche que celles-ci demeurent floues et que l'incorporation de nouveaux crimes dans cette catégorie ne cesse de croître (...). Par conséquent, les Etats (...) reconnaissent rarement une compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité* » stricto sensu.⁶¹² Cependant, il est vrai que de la nature même du crime se déduit une compétence universelle, dans la mesure où seule une compétence universelle est à même d'assurer « *la nécessité de la protection d'un intérêt ou d'une valeur à caractère universel dont le respect relève de la responsabilité commune de l'ensemble des Etats* ». ⁶¹³ Il reviendra donc au droit pénal interne de définir la notion de crime contre l'humanité, à partir du droit coutumier, et d'en tirer les conséquences en mettant en œuvre la compétence universelle.

b. Une confirmation jurisprudentielle.

446. La reconnaissance de la compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité s'est faite par la jurisprudence. En effet, seule la jurisprudence viendra éclairer ou préciser une notion, par nature obscure. La jurisprudence résume parfaitement le principe de l'universalité tiré de la nature même de l'infraction : caractère international de l'infraction, effet international de l'infraction, mise en danger de l'ordre public international, compétence déléguée de juger tout crime de droit international octroyée à tout Etat par la communauté internationale. Mais à l'image de l'obscurité de la notion, la pratique visant à reconnaître une compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité s'avère restreinte. Ainsi, compétence universelle et crimes contre l'humanité se retrouvent dans les affaires *Eichmann* (**α**), *Demjanjuk* (**β**), *Artukovic* (**γ**) et *Finta* (**δ**).

a. L'affaire « Eichmann ».

447. L'affaire Eichmann est l'archétype du cas de répression des atrocités commises par le régime nazi. Elle est la preuve que la lutte contre les criminels de guerre, et

⁶¹² Peyro Llopis (A.), op. cit, p. 128.

⁶¹³ Vandermeersch (D.), La compétence universelle, op. cit, p. 589.

particulièrement ceux ayant collaboré avec le IIIème Reich, est intemporelle et ne connaît pas les limites géographiques d'une souveraineté étatique. Adolf Eichmann au terme de la loi israélienne relative au Châtiment des nazis et de leurs collaborateurs⁶¹⁴, fut condamné à mort pour crimes contre le peuple juif, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et participation à une organisation criminelle, en tant que responsable de la solution finale et de la déportation de centaines de milliers de juifs allemands, polonais et hongrois vers les camps de concentration.

448. Eichmann fut jugé en Israël. Au delà des tergiversations autour de la légalité de sa capture, la défense invoqua l'incompétence d'Israël pour connaître des faits, dans la mesure où, l'Etat israélien n'existait pas au moment de la commission des crimes. De ce fait, aucun lien de rattachement national ne pouvait être retenu entre l'Etat et les victimes. En revanche, pour le Procureur, la loi israélienne sur les nazis et les collaborateurs nazis de 1950 était pleinement applicable, car illustrative de la reconnaissance de la compétence universelle en droit interne. A ce propos, le Tribunal de district, affirma qu'il appliquait non pas le droit pénal national mais bien le droit international incorporé par le droit israélien.

449. D'emblée, les juges justifient leur compétence au nom des intérêts collectifs de la communauté internationale à connaître de crimes si odieux qu'ils ne peuvent rester impunis. C'est la raison pour laquelle le Tribunal énonce que,

« the abhorrent crimes defined in this law are not crimes under Israel law alone. These crimes, which struck at the whole of mankind and shocked the conscience of nations, are grave offences against the law of nations itself (delicta juris gentium). Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, international law is, in the absence of an international Court, in need of the judicial and legislative organs of every country to give effect to its criminal interdictions and to bring the criminals to trial. The

⁶¹⁴ Loi 5710-1950 du 1^{er} août 1950 relative au châtement des nazis et de leurs collaborateurs.

jurisdiction to try crimes under international law is universal ». ⁶¹⁵

450. Les juges justifient leur compétence universelle en tenant compte de l'ampleur et de la gravité des crimes en cause. En effet, ils rappellent que le crime contre l'humanité autorise une intervention de tout Etat, même en l'absence d'un quelconque lien de rattachement, du simple fait qu'il constitue un crime si odieux que chaque Etat a légitimement un intérêt certain à en connaître. ⁶¹⁶ Cette position est d'ailleurs confirmée par la Cour suprême israélienne. ⁶¹⁷ En jugeant Eichmann pour crime contre l'humanité et contre le peuple juif, Israël a pleinement fait usage de la faculté qu'offre le droit international aux Etats de se doter d'une réelle compétence universelle. En l'espèce, il a été reconnu que « *Israël pouvait se poser en justicier des crimes commis contre le peuple juif mais aussi clairement en justicier du genre humain* ». ⁶¹⁸

β. L'affaire « John Demjanjuk ».

451. John Demjanjuk, ayant émigré aux Etats-Unis, dont il avait obtenu la nationalité, était accusé d'être « Ivan le terrible », un des gardes du camp de concentration de Treblinka. Israël sollicita son extradition pour le juger pour crimes contre le peuple juif, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, en violation du droit coutumier international.

⁶¹⁵ *Attorney General of Israel c. Eichmann*, District Court, Jérusalem, 12 décembre 1961, *ILR*, 1968, vol 36, p. 26.

⁶¹⁶ Les juges ont ainsi estimé que « *The state of Israel's right to punish the accused derives (...) from two cumulative sources: a universal source (pertaining to the whole of mankind) which vests the right to prosecute and punish crimes of this order in every State within the family of nations (...) The jurisdiction to try crimes under international law is universal (...) the abhorrent crimes defined in this law are crimes not under Israel law alone. These crimes, which afflicted the whole of mankind and shocked the conscience of nations, are grave offences against the law of nations itself. Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, in the absence of an International Court, the international law is in need of the judicial and legislative authorities of every country, to give effect to its penal injunctions and to bring criminals to trials* », *ibid*, p. 57.

⁶¹⁷ La Cour suprême jugea en effet que « *there is full justification for applying here the principle of universal jurisdiction since the international character of crimes against humanity (...) dealt with in this case is no longer in doubt (...) the basic reason for which international law recognizes the right of each state to exercise such jurisdiction in piracy offences - notwithstanding the fact that its own sovereignty does not extend to the scene of the commission of the offence (...) and the offender is a national of another state or is stateless - applies with even greater force to the abovementioned crimes* », *Eichmann c. Attorney General of Israel*, Supreme Court of Israel, 29 mai 1962, *ILR*, 1968, vol 36, p. 49. Et d'ajouter que « *there is full justification for applying here the principle of universal jurisdiction since the international character of crimes against humanity (...) dealt with in this case is no longer in doubt (...) the basic reason for which international law recognizes the right of each state to exercise such jurisdiction in piracy offences - notwithstanding the fact that its own sovereignty does not extend to the scene of the commission of the offence (...) and the offender is a national of another state or is stateless - applies with even greater force to the abovementioned crimes* », *ibid*, p. 304.

⁶¹⁸ Henzelin (M.), *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, op. cit, p. 414.

Les arguments de la défense furent identiques à ceux du procès Eichmann, notamment le fait que l'Etat d'Israël n'existait pas lors de la commission des faits, déniait ainsi sa compétence.

452. Par cette affaire, les Etats Unis ont consacré la reconnaissance d'une compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité. En effet, le juge américain a admis la compétence israélienne et a accordé l'extradition au motif que les crimes dont on accusait Demjanjuk avaient un caractère universellement répréhensible et qu'Israël, « *en poursuivant et en jugeant ce type de crimes le faisait non pas pour exercer sa souveraineté mais pour exercer la justice au nom de tous les pays* ». ⁶¹⁹ Ainsi, pour confirmer le recours à la compétence universelle, les juridictions américaines ont dénoncé la réprobation générale associée à ce crime, puisque,

«this universality principle is based on the assumption that some crimes are so universally condemned that the perpetrators are the enemies of all people. Therefore any nation which has custody of the perpetrators may punish them according to its law applicable to such offences ». ⁶²⁰

γ. L'affaire « Andrija Artukovic ».

453. Andrija Artukovic, ministre de l'Intérieur de la Croatie lors de l'occupation allemande, était accusé d'avoir participé au meurtre et à la spoliation des juifs de Yougoslavie et d'avoir ordonné l'exécution de 750 000 serbes et de 20 000 juifs. Celui que l'on appelait le « *boucher des Balkans* » se réfugia après la guerre aux Etats-Unis. Il fut reconnu et le bureau d'immigration ordonna son expulsion du territoire américain en tant que criminel de guerre. Cependant, il obtint une dérogation à l'ordre d'expulsion, au motif que cette dernière entraînerait, à son encontre, de graves persécutions en Yougoslavie. En 1978 la loi américaine d'immigration fut modifiée et pareille dérogation fut désormais interdite, pour les individus qui avaient été membres d'un gouvernement nazi. Cependant l'extradition de ce dernier ne pu avoir lieu pour des raisons procédurales. En revanche, des

⁶¹⁹ Henzelin (M.), *ibid*, p. 416.

⁶²⁰ *Demjanjuk v. Petrovsky*, Unites States Court of Appeals, Sixth Circuit, 31 octobre 1985, *ILR*, vol 79, 1989, pp535-547. Cependant la présence de l'accusé au camp de Treblinka n'a pas pu être matériellement établie et il repartit pour les Etats Unis, son extradition ne valant spécialement que pour les crimes commis dans ce camp.

anciens membres des familles persécutées, ayant acquis la nationalité américaine, décidèrent de porter plainte contre l'ancien ministre, pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

454. La défense invoqua que les Conventions de la Haye de 1907 et de Genève de 1929, soulevées par les plaignants, ainsi que les règles coutumières prohibant le crime contre l'humanité, n'étaient pas d'effet direct. De plus, la loi américaine n'autorisait pas les plaignants à invoquer des violations des règles coutumières internationales de prohibition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Enfin, et de manière plus hasardeuse, les crimes en question étaient couverts par la prescription.

455. Dans un tournant purement juridique, la requête fut cependant déclarée irrecevable pour défaut de bases légales, au motif que le juge ne devait pas appliquer la Section 1350⁶²¹, titre 28 du Code américain, *L'Alien Tort Claims Act*, tel qu'invoquée par les requérants, mais la section 1331⁶²², l'une concernant les requêtes déposées par les étrangers, l'autre par les citoyens américains.⁶²³ Il a été reconnu, en application de ces dispositions que les étrangers étaient titulaires d'un droit d'invocation de la violation de la norme coutumière internationale, faculté, en revanche, non reconnue aux citoyens américains, puisque, même si les infractions ont été commises à l'étranger par un étranger, contre des étrangers, la plainte déposée l'a été par des citoyens américains. En conséquence, il est apparu que « *the district court's holding in Handel v. Artukovic appears to mean that US federal courts have jurisdiction to hear the claims of aliens more readily than they do the claims of US citizens* ». ⁶²⁴

456. Cependant, la doctrine s'accorde à reconnaître que pareille conclusion n'est autre qu'une reconnaissance d'universalité de juridiction pour les requêtes déposées par les étrangers dès lors que pour invoquer la section 1350 de l'Alien Tort Claims Act, une violation de la coutume, telle l'interdiction du crime contre l'humanité, suffit.⁶²⁵ En revanche, une violation du droit coutumier entraîne une reconnaissance d'universalité si, et

⁶²¹ Section 1350, « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* »

⁶²² Section 1331, « *The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions arising under the Constitution, laws, or treaties of the United States* »

⁶²³ *Handel and others v. Artukovic*, United States District Court, Central District, California, 31 janvier 1985, *ILR*, vol 79, 1989, pp. 397-412.

⁶²⁴ Nash Leich (M.), *Contemporary practice of the United States relating to international law*, *AJIL* 1985, p. 1069.

⁶²⁵ *Ibid.*

seulement si, les requérants sont étrangers. Pour les nationaux, invoquer la violation du droit coutumier est impossible dès lors qu'il est intégré en droit interne. Les nationaux requérants doivent donc invoquer une violation du droit fédéral. Or dans ce cas, la compétence universelle devra céder le pas à la compétence territoriale ou bien personnelle.

δ. L'affaire « Imre Finta ».

457. Capitaine de la gendarmerie royale hongroise, Imre Finta était commandant d'une division d'enquêtes lorsque furent enlevés, dépossédés de leurs biens et déportés dans des camps de concentrations 8617 juifs hongrois. Réfugié au Canada dont il avait acquis la nationalité, il fut accusé en 1988 de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. La Cour Suprême canadienne rendit le 24 mars 1994 un arrêt dans lequel elle se prononça sur la compétence des tribunaux nationaux. Les juges ont reconnu leur compétence en raison de la gravité et de l'ampleur des crimes en cause. L'inhumanité des crimes perpétrés justifie un intérêt certain à agir, concrétisé par une reconnaissance de la compétence universelle. C'est pour cela que,

*« les tribunaux canadiens (...) sont compétents pour juger des personnes qui vivent au Canada relativement à des crimes qu'ils auraient commis en pays étranger si les conditions précisées au par. 7(3.71)⁶²⁶ sont remplies. La plus importante de ces conditions pour les fins de la présente affaire est que le crime reproché doit constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité qui, comparé à une infraction commise au pays, met en cause d'autres éléments fondamentalement importants ».*⁶²⁷

⁶²⁶ Compétence : crimes de guerre et crimes contre l'humanité. (3.71) « Nonobstant les autres dispositions de la présente loi et par dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait – acte ou omission – commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque si l'une des conditions suivantes est remplie : a) à l'époque : i) soit lui-même est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire, ii) soit lui-même est citoyen d'un Etat participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel Etat à titre civil ou militaire, iii) soit la victime est citoyen canadien ou ressortissant d'un Etat allié du Canada dans un conflit armé : b) à l'époque le Canada pouvait, en conformité avec le droit international, exercer sa compétence à cet égard à l'encontre de l'auteur, du fait de sa présence au Canada, et après la perpétration, celui-ci se trouve au Canada ».

⁶²⁷ Cour suprême du Canada, 24 mars 1994, R. c. Finta.

458. Ces « *éléments fondamentalement importants* », bien qu'ils ne soient pas précisés s'apparentent à l'inhumanité avérée entourant les crimes contre l'humanité, étant entendu que l'on a affaire à des crimes qui « *choqueraient la conscience de tous les gens sensés* ». ⁶²⁸ Certains juges dissidents ont de même tenu à préciser l'ampleur de l'application de l'universalité en énonçant que

« la disposition relative aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité constitue une exception à la règle générale de la portée territoriale du droit criminel ». ⁶²⁹

SECTION II : LES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE.

459. Outre les cas précédemment étudiés d'obligation de se doter d'une compétence universelle, ce titre demeure, dans la majorité des cas, conditionné à un formalisme procédural certain. Ceci s'explique notamment par le fait que le droit international habilite les Etats à se doter d'une compétence universelle. Or, une telle habilitation suppose le respect de conditions précises et pré-établies. (§ I.). Parmi ces conditions, l'une d'elles occupe une position centrale et semble indérogeable: la présence de l'auteur du crime sur le territoire de l'Etat. Ne serait-il cependant pas envisageable de renoncer à cette dernière pour revenir à la lettre de l'universalité, à savoir une compétence universelle absolue, ou *in abstentia*. (§ II.)

§. I. Une compétence universelle conditionnée.

460. Le recours à un titre de compétence universelle est conditionné au respect d'un certain subjectivisme et d'un certain formalisme. En effet, la compétence universelle est exclue du champ de répression des crimes de droit commun et ne s'applique donc qu'aux

⁶²⁸ Peyro Llopis (A.), *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, op. cit, p. 163.

⁶²⁹ Opinion dissidente des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin. En l'espèce, les juges se sont inspirés de la position de la Cour de cassation française dans l'affaire Barbie. La Haute juridiction a en effet reconnu « *qu'en raison de leur nature, les crimes contre l'humanité dont Klaus Barbie, de nationalité allemande selon sa propre revendication, est inculqué en France où ils auraient été commis, ne relèvent pas seulement du droit pénal interne français, mais encore d'un ordre répressif international auquel la notion de frontière et les règles extraditionnelles qui en découlent, sont fondamentalement étrangères*», Cass, crim, Barbie, 6 octobre 1983, *Bull crim*, n° 239.

crimes présentant un degré certain de gravité. (A.) De plus les Etats qui se sont dotés d'une législation universelle auront à respecter tout un formalisme de mise en œuvre bien précis. (B.)

A. Une compétence universelle conditionnée à la gravité du crime.

461. Au-delà des cas de compétence universelle obligatoire, il faut noter que toutes les Conventions répressives multilatérales ne consacrent pas expressément une compétence universelle pour les crimes qu'elles dénoncent. Il est cependant intéressant de constater la multiplication des cas de compétence universelle en raison de la multiplication des crimes lésant les intérêts des Etats ou ceux des individus. C'est la raison pour laquelle il a été reconnu aux Etats une possibilité de se doter d'une telle compétence, dans les cas où la gravité des atteintes aux droits protégés caractérise le crime (1.), et plus précisément dans le cadre de la répression du terrorisme. (2.)

1. Compétence universelle et crimes graves.

462. La gravité du crime en cause justifie le recours à un titre universel de compétence. En fonction de ce critère, les Etats pourront se déclarer compétents pour connaître des crimes les plus graves que réprouve le droit international. Ce critère de la gravité permet d'effectuer le partage nécessaire entre les crimes en cause, dans la mesure où il est évident que les simples crimes de droit commun ne relèvent pas de ce titre car ils ne portent pas atteinte aux intérêts supérieurs des Etats et de la communauté internationale. En effet, il est évident que la compétence universelle permettra aux Etats de « réagir à l'impunité d'actes dont la nature et la gravité attentent à l'ensemble de l'humanité et qu'aucun Etat, en conséquence, n'a le droit d'ignorer ». ⁶³⁰ C'est la raison pour laquelle l'universalité se retrouvera lorsqu'il sera question de réprimer les atteintes aux droits fondamentaux (a.), mais aussi pour réprimer un ensemble de crimes de plus en plus importants. (b.)

⁶³⁰ Gogorza (A.), op.cit, p. 4.

a. La reconnaissance conventionnelle de la compétence universelle pour les atteintes graves aux droits fondamentaux.

463. Avoir recours à la compétence universelle permet aux Etats de se déclarer compétents pour connaître des crimes portant atteinte aux droits fondamentaux les plus élémentaires. C'est la raison pour laquelle, en plus des critères classiques de compétence, une compétence universelle est reconnue lorsqu'il est question de réprimer l'apartheid, (α) la torture (β) ou les disparitions forcées. (γ)

a. La convention apartheid.

464. Il convient de s'intéresser de prime abord à une Convention tout à fait particulière, dans la mesure où elle ne porte que sur le cas particulier de la politique raciale menée en Afrique du Sud, l'apartheid. Le but de cette Convention est de « *supprimer une conduite à l'intérieur d'un Etat qui n'est pas partie en mobilisant l'opposition à la conduite en question chez les Etats parties qui ne sont pas eux même menacés* ». ⁶³¹ En effet, désirant condamner un régime politique ouvertement raciste, la *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid* du 30 novembre 1973, qualifie le crime d'apartheid de crime contre l'humanité, puisque,

« les Etats parties à la présente Convention déclarent que l'apartheid est un crime contre l'humanité et que les actes inhumains résultant des politiques et pratiques d'apartheid et autres politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, définis à l'article II de la Convention, sont des crimes qui vont à l'encontre des normes du droit international, en particulier des buts et des principes de la Charte des Nations Unies, et qu'ils constituent une menace sérieuse pour la paix et la sécurité internationales ». ⁶³²

⁶³¹ Dugard (J.), L'apartheid, in Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), op. cit, p. 349.

⁶³² Article 1^{er}. Pour rappel, les crimes en cause sont prévus à l'article II, selon lequel « Aux fins de la présente Convention, l'expression « crime d'apartheid », qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe, désigne les actes

465. Or, la qualification du crime d'apartheid comme crime contre l'humanité, mais surtout, le fait de considérer que les pratiques inhumaines qui en découlent, constituent une menace sérieuse pour la paix et la sécurité internationales et s'avèrent être la porte ouverte à la reconnaissance d'une compétence universelle. En effet, à y regarder de plus près, les éléments constitutifs de l'universalité sont présents : un crime considéré comme crime contre l'humanité, l'élément de gravité et enfin l'atteinte aux intérêts supérieurs de la communauté internationale. En fait de quoi, le crime d'apartheid est intrinsèquement un crime soumis à la compétence universelle. Il en découle logiquement que la compétence universelle semble être retenue, à titre principal, puisque,

*« les personnes accusées des actes énumérés à l'article II de la présente Convention peuvent être jugées par un tribunal compétent de tout Etat partie à la Convention qui pourrait avoir juridiction sur lesdites personnes, ou par un tribunal pénal international qui serait compétent à l'égard de ceux des Etats parties qui auront accepté sa compétence ».*⁶³³

β. La lutte contre la torture

466. La torture, sous ses différentes formes, constitue le crime international le plus courant, en constante évolution. Chaque Etat, y compris parmi les plus démocratiques, s'est déjà retrouvé confronté à des actes de ce type. Chaque Etat a donc un intérêt certain à promouvoir et à favoriser la répression de la torture. Au-delà des titres classiques de compétence pénale, le droit international reconnaît aux Etats l'exercice de la compétence universelle pour sanctionner les actes de torture.

467. En effet, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* dispose que,

« l'Etat partie sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction (...) est découvert, s'il n'extrade pas ce

inhumains (...) commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci ».

⁶³³ Article V de la *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*.

*dernier, soumet l'affaire (...) à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale ».*⁶³⁴

468. Dans le même ordre d'idées, mais cette fois au niveau régional, la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, associe le crime de torture à la compétence pénale universelle, puisque,

*« tout Etat partie prend en outre les mesures nécessaires pour affirmer sa juridiction sur le crime décrit dans la présente Convention lorsque le délinquant présumé se trouve dans sa juridiction et que l'extradition n'est pas accordée selon les dispositions de l'article 11 ».*⁶³⁵

469. Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie va aller plus loin en interprétant ces textes et en dégageant du caractère de *jus cogens* de la prohibition de la torture, la légitimité du recours à la compétence universelle. En effet, il ressort de la jurisprudence *Furundzija* que

*« l'une des conséquences de la valeur de jus cogens reconnue à l'interdiction de la torture par la communauté internationale fait que tout État est en droit d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader les individus accusés de torture, présents sur son territoire. En effet, il serait contradictoire, d'une part, de restreindre, en interdisant la torture, le pouvoir absolu qu'ont normalement les États souverains de conclure des traités et, d'autre part, d'empêcher les États de poursuivre et de punir ceux qui la pratiquent à l'étranger. Ce fondement juridique de la compétence universelle des États en matière de torture confirme et renforce celui qui, de l'avis d'autres juridictions, découle du caractère par essence universel du crime ».*⁶³⁶

⁶³⁴ Article 7 § 1 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

⁶³⁵ Article 12 de la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*.

⁶³⁶ TPIY, *Procureur c. Anto Furundzija*, op cit, § 156.

γ. La lutte contre les disparitions forcées.

470. La *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes* consacre le recours à la compétence universelle, parmi les autres titres de compétence. En effet, il est prévu que,

*« tout Etat partie prendra en outre des mesures pour établir sa juridiction sur le délit décrit dans la présente Convention lorsque le délinquant présumé se trouve sur son territoire et qu'il ne prend pas les mesures en vue de son extradition ».*⁶³⁷

471. La *Convention internationale pour la protection des personnes contre les disparitions forcées*, à l'image de la Convention apartheid, qualifie la pratique systématique et généralisée de disparitions forcées de crime contre l'humanité.⁶³⁸ Il est donc logique d'y associer une compétence pénale universelle. La Convention prévoit ainsi, en plus des titres classiques de compétence pénale, l'universalité puisque,

*« l'État partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'un crime de disparition forcée est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, ou ne le remet pas à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence, soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale ».*⁶³⁹

b. L'extension de la reconnaissance de la compétence universelle en droit conventionnel.

472. La compétence universelle n'est pas uniquement circonscrite aux grands crimes internationaux. En effet, le droit international s'est adapté à la criminalisation de certains comportements et a retenu un titre universel de compétence, dans la mesure où les comportements en cause peuvent également porter atteinte aux intérêts des Etats et de la communauté internationale. Ceci concerne la lutte contre les stupéfiants (**α**), contre la

⁶³⁷ Article IV de la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes*.

⁶³⁸ Article 5 de la *Convention internationale pour la protection des personnes contre les disparitions forcées*.

⁶³⁹ Ibid, article 11 § 1.

pratique du mercenariat, (β) contre la criminalité organisée (γ) ou bien les atteintes à l'environnement. (δ)

a. La Convention contre le trafic illicite de stupéfiants.

473. Sous l'égide des Nations Unies, fut conclue la *Convention internationale contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*. Le trafic de drogue est rarement un trafic purement interne, dépourvu de connexité avec les Etats étrangers. La lutte contre ces trafics fait l'objet d'un développement normatif incessant au sein de certaines organisations internationales, afin de les éradiquer, en les pénalisant. Chaque Etat, pris individuellement, se voit ainsi contraint de lutter contre la prolifération des trafics de drogue, pour des raisons, aussi bien de santé publique que de protection économique. C'est pourquoi la Convention autorise le recours à la compétence universelle puisque,

*« sans préjudice de l'exercice de la compétence pénale établie conformément à son droit interne, une Partie sur le territoire de laquelle se trouve l'auteur présumé d'une infraction doit (...) si elle ne l'extrade pas pour une telle infraction et qu'elle a établi sa compétence en ce qui concerne cette infraction (...) soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, à moins que la Partie requérante ne demande qu'il en soit autrement afin de préserver sa compétence légitime ».*⁶⁴⁰

\beta. La lutte contre le mercenariat

474. La lutte contre le mercenariat a fait l'objet d'un régime conventionnel répressif à la fois régional et international. La pratique du mercenariat porte directement atteinte à la souveraineté et à l'intégrité des Etats et bénéficie d'une reconnaissance de compétence universelle. La *Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat* en Afrique établit un régime de compétence pénale tout à fait particulier. Eu égard à la nature d'un crime dépourvu de tout rattachement national, et vu les intérêts étatiques en cause, la Convention

⁶⁴⁰ Article 6 § 9, b) de la *Convention internationale contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*.

associe la répression du mercenariat à l'exercice de la compétence universelle, mais aussi de la compétence réelle. C'est pourquoi la Convention dispose que,

*«chaque Etat contractant s'engage à prendre les mesures nécessaires pour punir (...) tout individu trouvé sur son territoire et qui aurait commis l'infraction définie à l'article 1er de la présente convention, s'il ne l'extrade pas vers l'Etat contre lequel l'infraction a été commise ».*⁶⁴¹

475. La Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires prévoit, en plus des titres traditionnels de compétence pénale, le recours à la compétence universelle, selon une formule classique :

*« l'Etat partie sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, est tenu, sans aucune exception, et que l'infraction dont il s'agit ait été ou non commise sur son territoire, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, selon une procédure conforme à la législation de cet Etat. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction de nature grave conformément à la législation de ce Etat ».*⁶⁴²

γ. La Convention sur la criminalité transnationale organisée.

476. Comme la Convention de Palerme porte sur la criminalité transnationale organisée, sa dénomination parle d'elle-même. Il est logique d'y retrouver une reconnaissance de la compétence universelle. En effet, la criminalité transnationale organisée suppose la mise en place de réseaux et de mécanismes criminels au sein de plusieurs pays, donc une démultiplication des intérêts à agir. De plus, au vu des différents domaines et incriminations couverts par la Convention, au-delà de la reconnaissance des critères

⁶⁴¹ Article 8 de la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat.

⁶⁴² Article 12 de la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires.

traditionnels de compétence, il n'est pas superflu d'envisager un recours à la compétence universelle. Pour cela, la Convention dispose que,

*« chaque État Partie peut également adopter les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées par la présente Convention lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas ».*⁶⁴³

δ. La Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal.

477. Dernier domaine qu'il est possible d'aborder, celui de l'environnement. Les atteintes à l'environnement ne sont pas toujours circonscrites au seul territoire étatique. Vu les conséquences qu'elles peuvent avoir sur la planète, le Conseil de l'Europe a décidé d'en promouvoir la pénalisation. Il semblait inévitable que la compétence universelle soit envisagée comme titre de compétence pénale. En fait de quoi, la *Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal* dispose que,

*« chaque Partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaires pour établir sa compétence relative aux infractions pénales, établies conformément à cette Convention, lorsque l'auteur présumé de l'infraction est présent sur son territoire et ne peut être extradé vers une autre Partie après une demande d'extradition ».*⁶⁴⁴

⁶⁴³ Article 15 § 4 de la Convention de Palerme.

⁶⁴⁴ Article 5 § 2. La reconnaissance d'une compétence universelle en ce qui concerne les atteintes à l'environnement est relativement nouvelle, mais illustre l'ampleur que prend la criminalisation des atteintes massives à l'environnement. En ce sens, les Principes du Caire et d'Arusha sur la compétence universelle en raison des violations massives des droits fondamentaux élargissent les domaines traditionnels de recours à la compétence universelle aux crimes graves contre l'environnement. Le Principe 4 dispose à cet effet que *« in addition to the crimes that are currently recognised under international law as being subject to universal jurisdiction, certain other crimes that have major adverse economic, social or cultural consequences -- such as acts of plunder and gross misappropriation of public resources, trafficking in human beings and serious environmental crimes -- should also be granted this status »*, Africa Legal Aid, *The Cairo Arusha principles on universal jurisdiction in respect of gross human rights offences: an african perspective*, 21 octobre 2002.

2. La lutte contre le terrorisme : un laboratoire de la compétence universelle.

478. La lutte contre le terrorisme constitue le laboratoire de la compétence universelle car là, plus que jamais, les intérêts et la sûreté même des Etats sont directement en jeu. On l'a vu, un acte terroriste peut avoir de graves conséquences internationales en ce qui concerne la sauvegarde de la paix et de la sécurité internationales. La compétence universelle se trouve donc pleinement légitimée en raison de la sauvegarde des intérêts supérieurs et de la survie de la communauté internationale. A ce titre, répression du terrorisme et compétence universelle vont de paire.

479. A partir de la Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, force est de constater que la compétence universelle devient la règle de référence pour toute répression d'actes de terrorisme international. En effet, la formule selon laquelle,

*« tout Etat contractant prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de l'infraction dans le cas où l'auteur présumé de celle-ci se trouve sur son territoire et où ledit Etat ne l'extrade pas »,*⁶⁴⁵

va devenir le centre d'un mécanisme de « *répression universelle fondée sur la compétence universelle* ». ⁶⁴⁶ En effet, le droit conventionnel en matière de lutte contre le terrorisme va prendre acte de la reconnaissance de la compétence universelle. Que les Conventions soient universelles ou régionales, elles font vraiment de cette compétence le fondement de la répression universelle. Dans la suite logique de la précédente, la Convention de Montréal de 1971 consacre le recours à la compétence universelle puisque

« tout Etat contractant prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions prévues (...) dans le cas où l'auteur présumé

⁶⁴⁵ Article 4 § 2 de la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*.

⁶⁴⁶ Guillaume (G.), *La compétence universelle formes anciennes et nouvelles*, op. cit., p. 23.

*de l'une d'elle se trouvent sur son territoire et où le dit Etat ne l'extrade pas ».*⁶⁴⁷

Dès lors, et au-delà du droit aérien, le recours à la compétence universelle va se généraliser à toute activité terroriste conventionnellement prohibée.⁶⁴⁸

B. Une mise en œuvre étatique conditionnée.

480. En se dotant d'un titre universel, les Etats s'engagent à attribuer compétence à leurs juridictions pour connaître des crimes visés. La mise en œuvre de la compétence universelle n'en est pas moins encadrée par le droit international, puisque sont exigés le respect de conditions touchant à l'accusé, **(1.)** ainsi qu'une loi nationale d'application. **(2.)**

1. Conditions quant à l'accusé.

481. Pour que l'Etat soit reconnu universellement compétent, deux conditions relatives à l'accusé doivent être remplies. Tout d'abord, ce dernier doit être présent sur le territoire de cet Etat. **(a.)** Ensuite, aucune procédure d'extradition ne doit avoir été, au préalable engagée. **(b.)**

a. La présence effective.

482. Au vu des exemples précédents, la compétence universelle ne devient obligatoire, ou du moins envisageable, que lorsque l'auteur présumé de l'infraction en cause est présent sur le territoire de l'Etat qui se prévaut de ce titre de compétence. En effet, il apparaît idéal de conditionner l'exercice de cette compétence à une présence effective, qui rend la justice

⁶⁴⁷ Article 5 § 2 de la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*.

⁶⁴⁸ *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, article 3 § 2, *Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et le personnel associé*, article 14., *Convention européenne pour la répression du terrorisme*, article 6, *Convention internationale contre la prise d'otages*, article 5 § 2, *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de la navigation maritime*, article 6 § 4, *Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, article 8 § 1, *Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme*, article 6 § 4, *Convention SAARC sur la suppression du terrorisme*, article 4, *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, article 7 § 4, *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*, article 9 § 4.

la plus efficace possible, mais aussi la plus rapide, car l'arrestation du délinquant vient d'avoir lieu. La présence est une condition générale qui annihile la nationalité et qui sous entend aussi bien simple présence physique, qu'arrestation ou atterrissage. Cela a fait dire à Henri Donnedieu de Vabres que l'Etat d'arrestation « *intervient, à défaut de tout autre, pour éviter, dans un intérêt humain, une impunité scandaleuse. Il suit delà que son intervention a un caractère très subsidiaire. Elle ne se manifeste que si l'Etat qui juge a le délinquant en sa possession* ». ⁶⁴⁹ Ainsi, en droit aérien, il a été reconnu que « *c'est effectivement la compétence de l'Etat d'arrestation, au sens le plus large, le plus général, que les conventions et les législations nationales récentes, systématisant la solution résultant déjà de la compétence de l'Etat d'atterrissage, ont consacré* ». ⁶⁵⁰

483. La jurisprudence interne est venue préciser la question de la présence sur le territoire national, en exigeant une présence effective. Dans l'affaire *Javor*, des ressortissants bosniaques résidants en France ont porté plainte, contre des personnes non dénommées, pour les crimes dont ils auraient été victimes dans les camps de concentration serbes. Ils invoquent la compétence universelle des juridictions françaises, telle que prévue, par la coutume internationale, mais aussi par les Conventions de Genève et par la Convention contre la torture, pour crimes de guerre, torture, génocide, crimes contre l'humanité. Or, les juges français ont décliné leur compétence en rappelant que pour fonder la compétence universelle des juges, la présence effective de l'auteur des crimes, est un élément de rattachement primordial. La Cour de Cassation, estime ainsi que,

« (...) la compétence des juridictions françaises (...) résulte d'un élément objectif et matériel de rattachement, consistant en la présence des auteurs présumés sur le territoire français (...) la présence des victimes ne saurait à elle seule justifier la mise en mouvement de l'action publique, dès lors que, comme en l'espèce, les auteurs ou complices soupçonnés de

⁶⁴⁹ Donnedieu de Vabres (H.), *Les principes modernes du droit pénal international*, op. cit, p. 135. Au-delà de ceci, il ne fait aucun doute que pour qu'il y ait mise en œuvre de la compétence universelle, la présence de l'individu doit être une présence volontaire, c'est-à-dire dépourvue de toute ambiguïté quant aux modalités d'entrée sur le territoire national. L'illégalité de la présence pourrait entraîner un vice de forme pour le déroulement de l'instance, ce point a d'ailleurs constitué un des arguments de la défense d'Adolphe Eichmann, puisqu'il est évident qu'un enlèvement ne s'apparente pas à une présence voulue et volontaire.

⁶⁵⁰ Bonnar (H.), Ligneul (C.), op. cit, p. 404.

ces infractions n'ont pas été découverts sur le territoire français ». ⁶⁵¹

En l'espèce, seules les victimes se trouvaient en France, les auteurs n'ayant jamais été identifiés.

b. L'absence d'extradition.

484. L'absence d'extradition constitue la seconde condition procédurale d'établissement de la compétence universelle. En effet, le choix de ne pas procéder à l'extradition est un choix éminemment fondamental, preuve de la souveraineté entière de l'Etat d'arrestation. Il s'en suit que le recours à la compétence universelle, tel que prévu par le droit conventionnel, est conditionné à l'application de l'adage *aut dedere aut judicare*. Quoiqu'il en soit, l'absence d'extradition suppose la mise en marche de l'appareil judiciaire interne, qui permettra la bonne application de la convention internationale en cause, mais aussi qui favorisera la lutte contre l'impunité. Cette condition rend la compétence subsidiaire, dans la mesure où l'on se trouve face à « *une compétence universelle obligatoire (commandée par la seule présence de l'auteur de l'acte sur le territoire de l'Etat concerné) mais subsidiaire (conditionnée par l'absence d'extradition)* ». ⁶⁵²

485. La compétence universelle est considérée comme subsidiaire par rapport à la territoriale ou à la personnelle, car il est logique de considérer que « *ce sont les Etats intéressés à établir leur compétence pénale à titre principal qui peuvent requérir l'extradition de l'auteur présumé de l'infraction. Il est conforme à une bonne administration de la justice qu'un délit soit jugé le plus près possible des lieux où il a été commis* ». ⁶⁵³ De plus, « *l'Etat national de l'auteur présumé de l'infraction peut aussi demander son extradition en raison de la nationalité du délinquant* ». ⁶⁵⁴ Le droit international n'a jamais établi de priorité quant aux titres de compétences préférentiels en matière d'extradition, mais il semble que la territorialité soit préférée. En revanche, dès

⁶⁵¹ Cass Crim, *Javor*, 26 mars 1996.

⁶⁵² Guillaume (G.), *Terrorisme et droit international*, op. cit, p. 351. Henri Donnedieu de Vabres va même jusqu'à qualifier la compétence universelle comme une compétence « *très subsidiaire* », lui préférant la compétence territoriale, plus à même de rendre compte de la répression du crime, in *Les principes modernes du droit pénal international*, op. cit, p. 169.

⁶⁵³ Biguma (N.F.), *La reconnaissance conventionnelle de la compétence universelle des tribunaux internes à l'égard de certains crimes et délits*, Septentrion, 2002, p. 32.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

lors que l'Etat d'arrestation a refusé souverainement d'extrader l'auteur présumé, celui-ci s'engage, en établissant sa compétence universelle, à juger du crime en cause en tenant compte de sa gravité. A défaut, il violerait ses obligations conventionnelles et engagerait sa responsabilité internationale.

2. La nécessité d'une loi interne.

486. La loi nationale constituera le sésame nécessaire pour que les juges nationaux se déclarent pleinement compétents. Le texte législatif constitue cette mesure d'habilitation obligatoire et nécessaire qui garantira la bonne application et la bonne transposition de la Convention. (a.) En revanche, l'Etat restera totalement libre de choisir l'ampleur et la forme de sa loi nationale de compétence universelle. (b.)

a. La nécessité de mesures de transposition.

487. Le droit conventionnel habilite les Etats parties à se doter d'une compétence universelle en rendant ses juridictions compétentes pour connaître des faits commis à l'étranger, par des étrangers. Pour que la compétence universelle devienne effective en droit interne, le relais législatif s'avère nécessaire. Cette loi nationale, à la différence du traité, sera directement invocable par les justiciables. Elle sera le seul moyen d'assurer une mise en œuvre effective de la compétence universelle, qu'elle rendra opposable. Or, si un Etat ne reconnaît pas aux normes d'un Traité un caractère *self executing*, ses dispositions ne seront pas opposables, et de ce fait, la compétence universelle ne sera pas établie.

488. En ce sens, le juge français subordonne l'application des quatre Conventions de Genève à l'existence d'une norme interne spécifique de transposition, permettant d'invoquer notamment, le bénéfice de la compétence universelle. Or, cette norme interne fait défaut, ce qui a fait dire à la Cour d'appel de Paris que les dispositions des Conventions de Genève,

*« revêtent un caractère trop général pour créer directement des règles de compétence extraterritoriale en matière pénale, lesquelles doivent être énoncées avec précision ».*⁶⁵⁵

489. Dans une affaire mettant en cause un prêtre rwandais accusé de génocide et de complicité de génocide, Wenceslas Munyeshyaka, les victimes invoquaient la compétence universelle française telle que prévue notamment par le droit conventionnel et coutumier. La Cour d'Appel de Nîmes réfuta la compétence universelle pour le crime de génocide au motif que,

*« la Convention du 9 décembre 1948 sur le génocide ne prévoit aucune règle de compétence universelle, qu'elle donne compétence aux tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis ».*⁶⁵⁶

490. La Cour de cassation a cependant décidé que les actes commis peuvent être également considérés comme des crimes de torture, pour lesquels l'article 689-2 du Code de procédure pénale français⁶⁵⁷ admet une compétence universelle.⁶⁵⁸ De plus, avec la transposition en droit interne du Statut du Tribunal d'Arusha, la compétence universelle est reconnue en droit français pour les violations graves des Conventions de Genève, le génocide, les crimes contre l'humanité, qui ont eu lieu au Rwanda.⁶⁵⁹ Les poursuites sont reprises. Entre temps, le 16 novembre 2006, Wenceslas Munyeshyaka a été condamné par contumace à la prison à vie, au Rwanda, pour génocide et complicité de génocide.

⁶⁵⁵ CA de Paris, 6 novembre 1995, *RSF v. Mille Collines*. Pour rappel, la France ne connaît pas les crimes de guerre à proprement parler, pas plus qu'elle ne reconnaît le principe de compétence universelle à leur encontre.

⁶⁵⁶ CA de Nîmes, chambre d'accusation, 20 mars 1996, *Munyeshyaka*.

⁶⁵⁷ Article 689-2 : *« pour l'application de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues à l'article 689-1 toute personne coupable de tortures au sens de l'article 1er de la convention »*. NB : article 689-1 : *« en application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable »*.

⁶⁵⁸ Cass, crim, 6 janvier 1998, *Munyeshyaka*, *Bull crim*, p. 3 et s.

⁶⁵⁹ Loi no 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins, J.O n° 119 du 23 mai 1996

491. L'affaire Hissène Habré est symptomatique de la liaison existante entre compétence universelle et loi nationale. L'ancien président tchadien, réfugié au Sénégal, est accusé de torture et de crimes contre l'humanité commis entre 1982 et 1990. Ce dernier aurait pu être légitimement poursuivi, en dépit de son immunité de juridiction, au motif que crimes contre l'humanité et torture ne rentrent pas dans les fonctions traditionnelles d'un chef d'Etat. La Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar a cependant décidé que les tribunaux sénégalais n'étaient pas compétents pour juger au Sénégal des crimes commis à l'étranger, par un étranger. En d'autres termes, le juge sénégalais ne s'est pas reconnu une compétence universelle, et dans une optique strictement souverainiste, a fait prévaloir son droit interne sur la coutume internationale selon laquelle la commission de crimes internationaux invalide les immunités d'un chef d'Etat.⁶⁶⁰ La position de la Cour d'appel fut confirmée par la Cour de Cassation selon laquelle

*« aucun texte de procédure ne reconnaît une compétence universelle aux juridictions sénégalaises en vue de poursuivre et de juger, s'ils sont trouvés sur le territoire de la République, les présumés auteurs ou complices de faits qui entrent dans les prévisions de la loi du 28 août 1996 portant adaptation de la législation sénégalaise aux dispositions de l'article 4 de la Convention lorsque ces faits ont été commis hors du Sénégal par des étrangers ; que la présence au Sénégal d'Hissène Habré ne saurait à elle seule justifier les poursuites intentées contre lui ».*⁶⁶¹

492. Les lenteurs de procédure ont cependant poussé le Comité des Nations Unies contre la torture à reconnaître que le Sénégal avait violé ses obligations internationales en refusant l'extradition ou le jugement d'Hissène Habré, tel que le prévoit la Convention contre la torture. Le Comité a donc enjoint le Sénégal soit de juger, soit d'extrader Hissène Habré vers la Belgique, puisque des plaintes ont été déposées en Belgique, par des victimes de nationalité belge.⁶⁶²

⁶⁶⁰ CA de Dakar, 4 juillet 2000, *Procureur c. Hissène Habré*.

⁶⁶¹ Cour de Cassation du Sénégal, 20 mars 2001, *Souleymane Guenguén et autres c. Hissène Habré*.

⁶⁶² Comité contre la torture, 36^{ème} session, 19 mai 2006, Décision du comité contre la torture en vertu du paragraphe sept de l'article 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Sénégal, §§ 9 et s. La situation serait en train d'évoluer avec l'adoption, par Dakar,

b. La précision de la loi.

493. Il est courant que les Etats aient recours à des mesures générales de transposition du droit conventionnel, mesures, dont se dégage, par une interprétation extensive, l'autorisation de doter les juridictions nationales d'une compétence universelle. En effet, il est fréquent de rencontrer des dispositions nationales selon lesquelles le droit pénal national s'appliquera aux crimes prévus par les Traités ratifiés par l'Etat, ou bien selon lesquelles, le droit pénal s'applique dans la mesure où une Convention, à laquelle l'Etat est partie, prévoit une compétence universelle.⁶⁶³ Il ne fait aucun doute que « *l'existence d'une disposition à caractère générale présente l'avantage de la souplesse et elle permet de faire l'économie d'une nouvelle disposition en droit interne lors de chaque ratification d'une convention introduisant un nouveau chef de compétence universelle* ». ⁶⁶⁴ Le caractère généraliste de ce genre de disposition permet d'avoir un recours beaucoup plus facile et rapide à la compétence universelle. Celle-ci, sujette à une interprétation extensive, devient en effet automatique dès la ratification du Traité. De ce fait, la doctrine a reconnu que « *lorsqu'une compétence universelle est reconnue par le droit international (...) celle-ci peut s'appliquer sans qu'un acte interne le prévoit spécifiquement, à condition, bien sûr qu'existent des peines prévues pour les crimes donnant lieu à compétence universelle* ». ⁶⁶⁵

494. A défaut d'une disposition générale, la compétence universelle pourra être retranscrite en droit interne par le biais d'une disposition spécifique, directement et exclusivement consacrée à l'incorporation d'un Traité et à la reconnaissance de la compétence universelle. Une telle disposition présente l'avantage de faciliter le recours à la compétence universelle dans le cas explicitement prévu. En revanche, elle est aussi éminemment restrictive puisqu'elle n'est pas supposée légitimer la reconnaissance d'une compétence universelle pour d'autres catégories de crimes. ⁶⁶⁶

le 31 janvier 2007, d'une loi de compétence universelle permettant au juge sénégalais de connaître des crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et des actes de torture, y compris s'ils ont été perpétrés à l'étranger.

⁶⁶³ Le Code pénal péruvien dispose, en son article 2 § 5, que « *La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando (...) El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales* ».

⁶⁶⁴ Vandermeersch (D.), La compétence universelle, op. cit, p. 596.

⁶⁶⁵ Stern (B.), A propos de la compétence universelle, op. cit, p. 741

⁶⁶⁶ Au Royaume Uni, il s'agit notamment du *Geneva Convention Act* de 1957 ou bien du *Taking of hostages Act* de 1982. En France, le Code de procédure pénale régit les cas d'ouverture de la compétence universelle qui sont prévus par le droit conventionnel. Il s'agit de la torture (article 689-2), du terrorisme tel que prévu par la Convention européenne contre le terrorisme (article 689-3), de la protection physique des matières nucléaires (article 689-4), de la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation

§. II. Pour une reconnaissance de la compétence universelle *in abstensia*.

495. L'idéal de compétence universelle serait une compétence *in abstensia*, une compétence qui ne tiendrait compte ni de la présence de l'accusé, ni de la souveraineté pénale des Etats, selon l'idée que l'Etat pourrait être compétent pour connaître de tout crime, commis n'importe où dans le monde sans qu'un quelconque lien de rattachement ne soit nécessaire. Une telle pratique de la compétence universelle peut être qualifiée d'absolue. (A.) Cependant, rares sont les cas dans lesquels elle a été mise en œuvre. (B.)

A. Idéologie de la compétence universelle *in abstensia*.

496. Reconnaître une compétence *in abstensia*, c'est reconnaître une compétence universelle dégagée des conditions traditionnellement requises. L'idéologie de la compétence universelle serait pleinement respectée car chaque Etat serait habilité, sans condition, au nom de la société internationale, à connaître de tout crime portant atteinte à ses intérêts ou sa survie. (1.) C'est en ce sens qu'une telle règle a été formulée par la pratique. (2.)

1. Un principe de compétence universelle absolue.

497. Les réserves de compétence nationale étudiées dans le chapitre précédent, constituent la reconnaissance du pouvoir souverain de l'Etat de se doter d'une compétence universelle relativement à certains crimes. Dans cet état d'esprit, est reconnue aux Etats la licéité de se doter, unilatéralement, d'une compétence universelle dépassant le strict cadre conventionnel. Une clause selon laquelle « *la présente convention n'écarte aucune*

maritime et de la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (article 689-5), de la répression de la capture illicite d'aéronefs et de la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (article 689-6), de la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale (article 689-7), de la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne (article 689-8), de la répression des attentats terroristes à l'explosif (article 689-9) et enfin de la répression du financement du terrorisme (article 689-10).

compétence pénale exercée conformément aux lois nationales »⁶⁶⁷ va légitimer l'extension des règles de compétence, y compris universelle, au-delà des obligations étatiques prévues par le seul texte conventionnel. Le droit conventionnel vient donc prôner une interprétation large de la notion de compétence universelle, tendant à un idéal de l'universalité.

498. L'idéal de la compétence universelle serait une compétence universelle *in abstensia*, à savoir, autoriser les Etats à se reconnaître compétents en ce qui concerne les crimes internationaux, quel que soit le lieu de commission, la nationalité de l'auteur ou de la victime, sans qu'une condition de présence n'entre en jeu. En somme, favoriser la reconnaissance d'une compétence universelle absolue, par laquelle chaque Etat deviendrait le garant de la justice internationale, la simple commission du crime entraînant automatiquement la compétence pénale de tout Etat. Dans ce cas, un Etat « *agit en quelque sorte en tant que bras armé d'une entité supérieure aux Etats, d'une civitas maxima* ». ⁶⁶⁸ Le maître mot de cet idéal d'universalité est bien entendu la lutte contre l'impunité et la promotion d'une justice idéale dans laquelle le criminel ne pourrait pas songer à s'exonérer d'une quelconque responsabilité. Les Etats de ce fait n'interviennent plus en tant qu'entité indépendante mais en tant qu'agents de la communauté internationale habilités à assurer une bonne administration de la justice. Le recours à cette forme de compétence universelle trouve alors son fondement dans le fait souverain qu'un Etat « *peut organiser d'initiative et ex officio une compétence universelle et volontaire* ». ⁶⁶⁹

2. Vers une reconnaissance de la compétence universelle in abstensia par la pratique.

499. L'idée d'une compétence universelle *in abstensia* a été formulée et synthétisée au travers des travaux de l'Institut du droit international (a.) ainsi que dans les principes de Princeton. (b.)

⁶⁶⁷ Article 5 § 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

⁶⁶⁸ Henzelin (M.), *La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia*, *R.G.D.I.P.*, 2002, p. 821.

⁶⁶⁹ Vandermeersch (D.), *op. cit.*, p. 600.

a. L'apport de l'Institut du droit international.

500. L'Institut du droit international s'est intéressé aux critères des compétences pénales et, dans sa Résolution finale de la session de Milan, a proposé la reconnaissance internationale de la compétence universelle. Cependant, loin des contingences et des pratiques étatiques, l'Institut propose une approche originale de la compétence universelle, à savoir que, lorsqu'il peut y avoir compétence universelle, celle-ci devrait être absolue. A la lecture de la Résolution, il n'est fait aucune référence aux critères habituellement exigés. Il est ainsi prévu que :

1. La compétence, au titre de du principe d'universalité peut être exercée en vu de la protection de certains intérêts de la communauté internationale dans son ensemble.

2. La compétence au titre du principe de l'universalité s'étend aux personnes indépendamment de leur nationalité et du lieu où elles ont commis leurs actes.

3. Le principe d'universalité s'applique aux délits définis par le droit international conventionnel et coutumier, tels que la piraterie, le détournement d'aéronefs, le terrorisme et le trafic de stupéfiants.

*4. La compétence au titre du paragraphe précédent peut être exercée indépendamment du fait que l'Etat de la nationalité de l'accusé a ou n'a pas signé ou ratifié des conventions internationales en la matière ».*⁶⁷⁰

501. Le projet a pour ambition de synthétiser la pratique et les antécédents de recours à la compétence universelle. Il reprend à son compte les aspects de défense des intérêts de la communauté internationale, l'absence de lien de rattachement national et l'élément de gravité. A l'image de la doctrine de l'universalité absolue, la condition de présence sur le territoire a disparu, venant de ce fait légitimer la compétence de la communauté internationale pour connaître des faits incriminés. En effet, dans les cas d'ouverture de la compétence universelle, les critères de la territorialité et de la nationalité disparaissent au

⁶⁷⁰ Article 8, *Ann IDI*, Session de Milan, op. cit, p. 138-139.

profit d'un intérêt général supérieur, transcendant la stricte souveraineté, ainsi que le droit international, conventionnel ou coutumier.

b. L'apport des principes de Princeton.

502. Dans un même ordre d'idées ont été élaborés les « *Principes de Princeton* » devant servir de guide dans l'utilisation de la compétence universelle en tant qu'instrument de lutte contre l'impunité. Ils apportent une certaine uniformité à la compétence universelle et suggèrent la reconnaissance d'une compétence universelle absolue. En effet, au travers de la définition proposée, il est fait référence à une notion ultra générale, dépourvue explicitement d'un quelconque lien de rattachement, puisque

*« for purposes of these Principles, universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction ».*⁶⁷¹

503. Dans la suite des principes, il est plusieurs fois fait référence à l'extradition, mais la règle *aut dedere aut judicare* ne semble pas être une condition *sine qua non* à la mise en œuvre d'une compétence universelle. Tout au plus, l'extradition est vue comme un moyen facilité d'assurer la coopération internationale dans la lutte contre l'impunité ou comme une garantie du respect des droits de la défense.⁶⁷²

B. Quelle place pour une reconnaissance de la compétence universelle *in abstentia* ?

504. Au-delà d'une reconnaissance doctrinale, la compétence universelle *in abstentia* a été intégrée, avec plus ou moins de succès et de pertinence par deux ordres juridiques nationaux, qui ont voulu pratiquer une justice universelle absolue et sans limites : la Belgique (1.) et l'Espagne. (2.)

⁶⁷¹ Principe 1.

⁶⁷² Principe 1. § 3 et 4, Principe 4.

1. La loi belge de compétence universelle.

505. Au travers de sa *loi sur la répression des violations graves du droit international humanitaire*, la Belgique a instauré un véritable régime innovant de compétence universelle absolue, faisant du juge belge le protecteur de la moralité internationale et le garant de la lutte contre l'impunité. (a.) Or, malgré toute la bonne volonté et l'idéalisme du législateur cette approche de l'universalité s'est rapidement soldée par un échec. (b.)

a. Un principe innovant.

506. Le 16 juin 1993 fut promulguée en Belgique une *loi sur la répression des violations graves au droit international humanitaire*. Cette loi de compétence universelle, première en son genre, avait pour but d'organiser une répression efficace et effective des crimes les plus odieux. Cette loi était révolutionnaire en ce que « *convaincu que les crimes exceptionnels méritaient un traitement hors normes, le législateur belge fit voler en éclats toutes les certitudes du modèle pyramidal kelsenien ; le temps, le territoire et la souveraineté furent littéralement transpercés par cette loi d'un genre nouveau* ». ⁶⁷³ En adoptant cette loi, la Belgique est allée bien au-delà de ses strictes obligations conventionnelles en matière d'établissement d'une compétence universelle. Elle a joué sur la possibilité unilatérale de se doter de titres spécifiques de compétence. La loi, dans sa version modifiée et complétée en 1999, ⁶⁷⁴ donne compétence aux juridictions belges pour connaître des crimes de droit international que sont le génocide, le crime contre l'humanité et les infractions graves au droit de Genève, commis dans le cadre de conflits armés internationaux ou non internationaux. ⁶⁷⁵ Système central et base de l'intervention du juge belge, il est prévu pour cela, une compétence universelle puisque

⁶⁷³ Bailleux (A.), *L'histoire de la loi belge de compétence universelle. Une valse à trois temps : ouverture, étroitesse modeste, Droit et Société*, 2005, p. 109.

⁶⁷⁴ Voir à ce propos Vandermeersch (D.), *La répression en droit belge des crimes de droit international, R.I.D.P.*, 1997, pp. 1093-1135. Dans sa version de 1993, la loi ne donnait compétence aux juridictions belges que pour les crimes de guerre. En 1999, la compétence est étendue au génocide et aux crimes contre l'humanité.

⁶⁷⁵ Article 1^{er}.

« les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu ou celles-ci auront été commises ». ⁶⁷⁶

507. Cette disposition ne semble pas à première vue annoncer une révolution en matière de compétence universelle puisque sa rédaction est somme toute classique. En revanche, c'est l'interprétation du législateur qui fait de la loi belge une innovation sans précédent consacrant la compétence universelle *in abstentia*. En effet, les documents parlementaires associés à cette loi disposent que les juridictions belges seront compétentes « même dans le cas où l'auteur présumé de l'infraction n'est pas trouvé en territoire belge ». ⁶⁷⁷ En excluant tout lien de rattachement territorial ou national, la Belgique a d'office reconnu à ses juridictions une compétence universelle, dans sa forme la plus pure, inconditionnée et dépourvue de toute contingence. La seule survenance d'un comportement incriminé suffit à établir la compétence du juge. Conséquence directe de ceci, tout individu victime d'un crime prévu par la loi, peut porter plainte devant les juridictions belges, même si le crime a eu lieu à l'étranger ou que la victime ou l'auteur n'est pas belge ou que l'auteur ne se trouve pas en Belgique.

b. Un idéal de compétence universelle malmené.

508. Malgré l'intérêt certain que pouvait présenter cette loi au regard de la lutte contre l'impunité, cette loi fut rapidement critiquée et malmenée, notamment indirectement par la Cour internationale de justice, (α) avant une réforme nationale qui lui a fait perdre l'essentiel de sa substance. (β)

a. La déconvenue de l'affaire « Yerodia ».

509. Le 11 avril 2000, un juge d'instruction du Tribunal de première instance de Bruxelles a émis un mandat d'arrêt contre Abdulaye Yerodia Ndongbasi, ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo. Yerodia était accusé de violations graves aux Conventions de Genève et aux protocoles additionnels ainsi que de

⁶⁷⁶ Article 7.

⁶⁷⁷ *Doc. Parl. Sénat*, 1317-1, 1990-91, 16, cité in, Andries (A.), David (E.), Van Den Wyngaert (C.), Verhaegen (J.), Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire, *Rev. Dr. Pén. Crim*, 1994, p. 1173.

crimes contre l'humanité. En effet, des Tutsis congolais réfugiés en Belgique l'accusaient d'incitation à la haine raciale dans le cadre des discours tenus en août 1998 pendant la rébellion tutsie.⁶⁷⁸ Le juge s'est déclaré compétent pour émettre ce mandat en vertu de la loi de 1993 qui reconnaît aux juridictions belges une compétence universelle pour les crimes internationaux et pour les violations graves du droit international humanitaire. Les faits reprochés à Yerodia ont été commis à l'étranger, sans qu'aucun lien physique, géographique ou national ne les rattachent directement à la Belgique.

510. Le Congo invoquait devant la Cour que la compétence universelle que s'est attribuée la Belgique constituait une violation de sa souveraineté et du principe de non-ingérence. Elle demandait à la Cour de dire que la Belgique avait violé « *la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolue des ministres des affaires étrangères en fonction* » et de prononcer, de ce fait, l'invalidité internationale du mandat.⁶⁷⁹

511. Cependant, la Cour est venue préciser les règles gouvernant les immunités de juridictions des ministres des affaires étrangères, allant même jusqu'à les faire primer sur la compétence universelle. En ce sens, la Cour retient que

*« si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des Etats des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un Etat étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions ».*⁶⁸⁰

⁶⁷⁸ Selon la plainte déposée, Yerodia avait traité les rebelles de « *vermines* » et d' « *insectes* » et parlé d'extermination, en appelant au génocide.

⁶⁷⁹ C.I.J., 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Rec., 2002, § 11.

⁶⁸⁰ Ibid, § 59.

512. La doctrine a largement critiqué le fait que la Cour internationale de justice ne se soit pas prononcée sur la question de la compétence universelle. Certes, la question ne lui fut pas posée et statuer *ultra petita* aurait entraîné l'invalidité de l'arrêt.⁶⁸¹ En revanche il ne fait aucun doute que les conditions pour statuer sur l'ampleur de la compétence universelle *in abstensia* étaient réunies. Or il est reproché à la Cour internationale de justice de ne pas avoir tranché définitivement la question de la compétence universelle *in abstensia* car « *si le Congo n'a pas souhaité voir la Cour se prononcer sur la question, c'est en raison de ses craintes de voir la thèse belge consacrée au plan international, ouvrant peut-être là une boîte de Pandore. A l'inverse, la Belgique craignait que sa position soit fragilisée par une censure formelle de sa loi* » de compétence universelle.⁶⁸²

513. Dans son opinion individuelle, le Président Guillaume déplore que la Cour n'ait pas tranché cette question, pourtant fondamentale. En effet, selon lui, la condition de la présence de l'auteur présumé s'avère primordiale puisque aucune convention internationale « *n'a envisagé l'établissement d'une compétence juridictionnelle pour connaître d'infractions commises à l'étranger par des étrangers, à l'encontre d'étrangers, lorsque l'auteur de ces infractions ne se trouve pas sur le territoire de l'Etat intéressé. La compétence universelle par défaut est inconnue du droit international conventionnel* ». ⁶⁸³ A l'appui de différentes pratiques nationales, il estime que « *procéder de la sorte risquerait (...) de créer le chaos juridictionnel le plus total* ». ⁶⁸⁴

514. Les juges ont cependant pris acte de l'importance des principes en cause, dans la mesure où leurs opinions divergent largement. En effet, Mme Van Den Wyngaert estime que, d'une interprétation large du droit international, on peut reconnaître l'existence d'une conception extensive de la compétence universelle, puisque « *aucune règle de droit international (...) ne vise à interdire l'exercice d'une compétence universelle in abstensia. S'agissant de la compétence universelle à l'égard des crimes de guerre, la principale base juridique est constituée par l'article 146 de la quatrième Convention de Genève de 1949,*

⁶⁸¹ Voir par exemple, Quéneudec (J.P.), Un arrêt de principe : l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002, *www.ridi.org* mai 2002, Sassoli (M.), L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international, *R.G.D.I.P.*, 2002, pp. 791-817.

⁶⁸² Prouvèze (R.), L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) : quelle contribution de la Cour internationale de justice au droit international pénal, *L'observateur des Nations Unies*, n° 12, 2002, p. 294. (285-309).

⁶⁸³ Opinion individuelle de Gilbert Guillaume, § 9.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, § 15.

qui énonce le principe aut dedere aut judicare ». ⁶⁸⁵ De même, le droit coutumier prendrait en compte cette évolution, en ne conditionnant pas l'exercice de la compétence universelle à la présence de l'accusé. ⁶⁸⁶

515. D'un point de vue strictement pratique, il est clair que violation de la souveraineté et non-ingérence vont entrer en ligne de compte, si mise en œuvre d'une compétence *in abstentia* il doit y avoir. En revanche, au-delà de cet aspect, ne serait-il pas légitime de considérer cette forme de compétence universelle comme le meilleur moyen de lutter pleinement contre l'impunité criminelle ? En effet, il ne fait aucun doute que les Etats, en se dotant d'une compétence universelle, gardent à l'esprit qu'ils se posent en protecteurs de la communauté internationale. Or, l'idéal d'une répression universelle consisterait à reconnaître une telle compétence pénale absolue, une sorte d'intérêt étatique à agir. Il faut garder à l'esprit que, tant la pratique que la jurisprudence, reconnaissent que la compétence universelle vaut pour les crimes les plus graves, ceux qui provoquent une répulsion universelle. De ce critère se déduit une intervention légitime de tout Etat à se déclarer compétent pour connaître des crimes les plus graves. Ce faisant, les conditions de présence et de non-extradition deviendraient inutiles. Cette compétence universelle, dépassant alors le strict cadre souverain, ferait appel à une certaine moralité internationale, basée sur la coopération interétatique et sur la confiance légitime, dans le but d'une bonne administration de la justice.

β. Dérives de la loi de belge.

516. A force de vouloir lutter de manière absolue et inconditionnée contre l'impunité, la loi de compétence universelle fut victime de son succès inattendu. Le recours unilatéral à la compétence universelle a été présenté comme faisant de la Belgique le gendarme du monde libre, usant d'une certaine forme d'impérialisme juridique, se posant comme garant exclusif de la moralité internationale. ⁶⁸⁷ De ce fait, les plaintes se sont multipliées, à

⁶⁸⁵ Opinion dissidente de Mme C. Van Den Wyngaert, § 54.

⁶⁸⁶ « *Le fait qu'une législation nationale exige la présence de l'accusé ne reflète pas nécessairement l'existence d'une opinio juris selon laquelle cette présence serait requise en droit international* », Ibid, § 55.

⁶⁸⁷ Le juge Rezek, dans son opinion individuelle dans l'affaire Yerodia fustige même la justice belge et son magistrat symbole de la compétence universelle : Damien Vandermeersch. Pour Francisco Rezek, « *il y a bien des juges dans l'hémisphère Sud, non moins qualifiés que M. Vandermeersch et comme lui imbus de bonne foi et d'un amour profond des droits de l'homme et des droits des peuples, qui n'hésiteraient point à lancer des actions pénales contre plusieurs gouvernants de l'hémisphère Nord au titre d'épisodes militaires récents, survenus tous au nord de l'équateur. Leur connaissance des faits n'est pas moins complète ni moins impartiale que celle que le for de Bruxelles entend posséder (...). Pourquoi ces juges font-ils preuve de*

l'encontre de chefs d'Etat, de personnalités⁶⁸⁸ ou de dirigeants d'entreprises⁶⁸⁹, faisant état de la difficulté de mise en œuvre de la loi. Pour preuve, une seule affaire fut instruite.⁶⁹⁰

517. De plus d'un point de vue strictement géopolitique, il a été reconnu qu'« *en habilitant ses juges à connaître de tous les crimes de droit international humanitaire commis à travers le monde, la Belgique mêlait dangereusement le pouvoir judiciaire à la conduite de ses affaires extérieures* ». ⁶⁹¹ Il planait la menace de représailles diplomatiques à l'encontre de Bruxelles. Le 5 août 2003, fut abrogée la loi de compétence universelle, du moins dans sa version de 1999. En effet, le législateur a désavoué ce texte révolutionnaire en le conditionnant à des liens de rattachement effectif avec la Belgique. Même si la compétence universelle fait toujours partie de l'arsenal juridique belge, les tribunaux ne seront compétents que si l'accusé ou la victime sont belges ou résident en Belgique ou si la Belgique a l'obligation de poursuivre en vertu de ses engagements internationaux. En d'autres termes, le législateur a opéré un retour aux conditions traditionnelles de la compétence pénale. Toutes les plaintes déposées furent automatiquement rejetées.

2. L'approche espagnole de la compétence universelle in abstentia : l'affaire « Menchu ».

518. L'affaire du génocide guatémaltèque, jugée en Espagne, constitue l'exemple le plus accompli du recours à la compétence universelle *in abstentia*. A l'image du droit belge, il est ici question d'une approche particulière de la compétence universelle, à savoir une reconnaissance de la compétence universelle absolue. (a.) Il s'agit, à l'heure actuelle, du

retenue ? Parce qu'ils ont conscience de ce que le droit international n'autorise pas l'affirmation d'une compétence pénale dans un tel cadre. Parce qu'ils savent que leurs gouvernements nationaux, à la lumière de cette réalité juridique, n'appuieraient jamais, sur le plan international, de telles initiatives », § 9.

⁶⁸⁸ Citons Georges Bush Sr, Tony Blair, Ariel Sharon, Hissène Habré, Saddam Hussein, Fidel Castro, Yasser Arafat ou bien encore Collin Powell.

⁶⁸⁹ Une plainte a été déposée contre la société Total et deux de ses directeurs pour complicité de crimes contre l'humanité en Birmanie. Thierry Desmarest et Hervé Madéo sont accusés de complicité pour crimes contre l'humanité, perpétrés en Birmanie, par les bataillons militaires qui étaient chargés de la sécurité du projet de pipeline construit par la société Total

⁶⁹⁰ Il s'agit de l'affaire dite des « *quatre de Butare* », mettant en cause quatre ressortissants rwandais, Vincent Ntezimana, Alphonse Higaniro, Consolata Mukangango et Julienne Mukabutera. Ils furent tous les quatre condamnés pour crimes de guerre, et non pour génocide et crime contre l'humanité, dans la mesure où ces deux incriminations précises ne datent que de 1999, soit après le dépôt de la plainte. En l'espèce, les faits relevaient de la version de 1993 qui ne concernait que les crimes de guerre.

⁶⁹¹ Bailleux (A.), op. cit, p. 125.

seul cas abouti d'application de la compétence universelle *in abstensia* en ce qui concerne le génocide. (b.)

a. Une reconnaissance de la compétence universelle *in abstensia*.

519. Pendant près de trente ans, le Guatemala fut ravagé par une guerre civile qui fit plus de 150 000 victimes, appartenant majoritairement à la communauté Maya. Elles furent assassinées par l'armée guatémaltèque et ses alliés. De plus, quelques 50 000 personnes disparurent. Le conflit interne prit fin en 1996 par la signature d'un Accord de paix entre l'armée et l'opposition, accord au terme duquel devait être instituée une Commission de la vérité. Celle-ci a rapidement conclu que l'armée s'était rendue coupable d'actes de génocide à travers une grande partie du pays. Face à l'inertie des autorités locales à mettre en marche la machine judiciaire, plusieurs organisations de défense des droits de l'homme, dont la Fondation Rigoberta Menchu, ont saisi en 1999 les tribunaux espagnols, contre huit individus, dont l'ancien Président de la République et le Président du Parlement de l'époque, pour génocide, torture et terrorisme, en vertu de l'article 23.4 de la Loi organique sur le pouvoir judiciaire du 1^{er} juillet 1985 qui établit la compétence universelle en droit espagnol.⁶⁹²

520. Selon la défense, la compétence des tribunaux espagnols résidait d'une part dans le fait que le 31 janvier 1980 l'armée avait donné l'assaut contre l'Ambassade espagnole, faisant trente sept victimes guatémaltèques et espagnoles⁶⁹³ et d'autre part dans l'assassinat de quatre religieux espagnols durant le régime militaire. En mars 2000, L'Audience Nationale avait dénié sa compétence au motif que l'inertie des tribunaux locaux n'avait pas été suffisamment démontrée pour que la justice espagnole connaisse de l'affaire. La Fondation Menchu fit appel de la décision.

521. Pour le Tribunal suprême, l'Espagne est partiellement compétente pour connaître des faits, mais seulement pour les actes de torture commis à l'encontre des ressortissants

⁶⁹² Loi organique sur le pouvoir judiciaire, article 23.4 « sera également compétente la juridiction pénale espagnole pour connaître des faits commis par des Espagnols ou des étrangers hors du territoire espagnol susceptibles d'être qualifiés, selon la loi espagnole, comme un des délits suivants : a) génocide, b) terrorisme, c) piraterie et appropriation illicite d'aéronefs, d) falsification de monnaie étrangère, e) prostitution et corruption de mineurs et incapables, f) trafic illégal de stupéfiants, g) et tout autre qui, selon les traités ou conventions, doivent être poursuivis en Espagne. ».

⁶⁹³ Parmi ces victimes se trouvait le propre père du Prix Nobel de la paix qui, avec d'autres mayas occupaient l'Ambassade en guise de protestation contre les persécutions dont le peuple maya était victime.

espagnols, et non pas en ce qui concerne le génocide du peuple maya.⁶⁹⁴ En d'autres termes, l'Espagne a fait prévaloir sa compétence personnelle passive alors que sa compétence universelle aurait pu être appliquée. Il a même été reconnu une compétence territoriale car certains faits ont été perpétrés dans les locaux diplomatiques. Or, ce dernier argument est largement contestable en ce sens que ni la Convention de Vienne de 1961, ni la pratique internationale ne reconnaissent que le territoire d'une ambassade constitue la continuité de l'Etat national.⁶⁹⁵ De cette manière, l'Espagne limitait sa compétence pénale aux seuls crimes commis contre ses ressortissants, bien loin des prescriptions pertinentes de la loi organique du pouvoir judiciaire. Face à cette décision, les voix se sont fait entendre en dénonçant une interprétation négative et inquiétante des lois de compétence universelle, puisque « *la Cour Suprême a donné dans cette affaire, par huit voix contre sept, une interprétation du champ de la juridiction universelle incompatible avec le droit conventionnel et coutumier international* ». ⁶⁹⁶ Comme le dénonce Amnesty international⁶⁹⁷, par cet arrêt les juges espagnols ont fini par ériger des barrières protectionnistes au nom de la souveraineté nationale. En effet, le juge espagnol n'a pas fait que méconnaître son droit interne, il a de plus méconnu ses obligations pénales internationales d'établissement de sa compétence universelle dans un cas qui pourtant aurait pu en relever.

b. Le revirement du Tribunal constitutionnel.

522. La Fondation Menchu porta l'affaire devant la plus haute juridiction ibérique, le Tribunal constitutionnel, qui annula les deux décisions, celle de l'Audience Nationale et celle de la Cour Suprême. Pour le Tribunal constitutionnel, outre le fait que les décisions attaquées violent le droit à un accès effectif à la justice, l'article 23.4 de la loi organique

⁶⁹⁴ Tribunal suprême espagnol, 25 mars 2003.

⁶⁹⁵ La doctrine contemporaine énonce clairement que l'inviolabilité des locaux diplomatiques ne leur confère pas le statut d'enclave territoriale. En pratique, dans un espèce *Alexander c. Dame Alexander*, relative à la validité d'un mariage franco-britannique célébré devant le Consul de Grande Bretagne à Madrid, la Cour d'appel de Paris a estimé que « *les bureaux du consulat de Grande Bretagne à Madrid sont en territoire espagnol et non en territoire britannique* ». (CA de Paris, 13 mai 1964). Enfin il convient de citer la pratique interne française comme cette réponse du Ministre des affaires étrangères à un parlementaire « *nos missions à l'étranger ne sont pas territoire français, la fiction de l'extraterritorialité étant depuis longtemps abandonnée en droit international. Sous réserve des privilèges et immunités dont bénéficient ces missions, les lois et règlements de l'Etat accréditaire s'appliquent donc dans leurs locaux* ». (Réponse du MAE, 27 octobre 1977).

⁶⁹⁶ Cité in Espagne/Guatemala : Par sa décision la Cour suprême espagnole élève des barrières protectionnistes entravant la mondialisation de la justice, www.amnestyinternational.be

⁶⁹⁷ Ibid.

vient concrétiser, en droit espagnol, la compétence universelle sous sa forme absolue, c'est à dire une compétence pénale idéale dépourvue de liens de rattachement. En ce sens, les juges n'ont fait qu'interpréter de manière littérale le texte, à la lumière de la volonté du législateur. L'Espagne est ainsi compétente pour juger, notamment du crime de génocide, commis à l'étranger sans victime espagnole.

523. Eu égard à la philosophie de la compétence universelle, pareille décision semble logique face au crime le plus grave que connaît la société internationale. Pour le Tribunal, retenir un intérêt national ou une logique souveraine serait contraire à la qualification de génocide, en tant que crime international.⁶⁹⁸ Il faut espérer que le principe de compétence universelle primera à l'avenir sur l'existence ou non d'intérêts strictement nationaux. Les associations de défense des droits fondamentaux se sont réjouies de cette décision, notamment en ce qu'elle vient rappeler et confirmer que « *le principe de compétence universelle est fondé exclusivement sur les caractéristiques particulières des crimes contre l'humanité et du génocide, qui par leur nature, blessent non seulement les victimes de ces crimes mais également la Communauté internationale dans son ensemble* ». ⁶⁹⁹

524. A osciller entre obligation et habilitation d'établir une compétence universelle, le droit international, prend en considération les intérêts supérieurs de la communauté internationale, dont la défense est primordiale. En donnant compétence à tout Etat pour connaître d'un crime, l'idéal de la compétence pénale est atteint. En effet, la compétence universelle apparaît comme le meilleur moyen de lutter contre la criminalité internationale et contre l'impunité. Cependant, rendre compétent tout Etat posera d'inévitables problèmes au regard de la souveraineté et favorisera la survenance de conflits de compétence. C'est la raison pour laquelle, si généralisation de la compétence universelle il doit y avoir, celle-ci doit être largement encadrée, tant dans ses conditions que dans sa mise en œuvre, afin d'éviter que ne se reproduisent les dérives que la loi belge a connues. Pour cela, des

⁶⁹⁸ Décision du Tribunal constitutionnel espagnol, 27 septembre 2005. Et d'ajouter plus précisément que « *en otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la LOPJ insta un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución* ».

⁶⁹⁹ Cité in Le Tribunal constitutionnel espagnol écarte les obstacles à l'application de la compétence universelle, 06 octobre 2005, www.fidh.org.

accords spécifiques entre Etats sur les modalités exercice de la compétence universelle devraient voir le jour.

CONCLUSION DU TITRE SECOND.

525. Etablir une compétence pénale, représente le meilleur moyen d'assurer une éventuelle répression. En se déclarant compétent pour connaître des faits incriminés, l'Etat manifeste sa volonté souveraine de favoriser la lutte contre l'impunité, au nom d'un certain idéal de justice. Les titres de compétence sont supposés refléter la souveraineté pénale de l'Etat. En effet, s'ils établissent leur compétence, c'est que leurs intérêts personnels, directs ou non, ont été bafoués. Or, l'extraterritorialité d'un crime peut favoriser la multiplication des titres de compétence. Le droit international n'apporte aucune solution à ce problème, puisqu'en oscillant entre obligation et habilitation de se doter d'une compétence, et en prévoyant la possibilité du recours à l'ensemble des titres, il favorise indirectement la survenance de conflits.

526. La solution à cette problématique réside dans deux éléments. Tout d'abord, la pratique confère à la territorialité la première place. Ceci s'explique par le fait que l'Etat territorial est le mieux à même de connaître du crime, dans la mesure où les poursuites seront mieux menées si elles le sont sur le territoire de commission. Ce privilège de territorialité est, à l'heure actuelle, la meilleure garantie du respect de la souveraineté. Autre solution, le recours à la compétence universelle. Retenir un tel titre de compétence garantit une réelle effectivité de la justice et peut être le moyen idéal de lutter contre l'impunité. Cependant, les réticences souveraines à se doter d'une telle compétence sont nombreuses et l'universalité n'est pas encore la règle qui permettrait la meilleure administration de la justice qui soit, à moins que des normes claires et précises de partage de compétence ne soient établies et unanimement acceptées.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.

527. La construction d'un pouvoir répressif national répond à la nécessité posée par le droit international de lutter efficacement contre la criminalité internationale et contre l'impunité. Dans cet optique, le droit international impose aux Etats une obligation d'incrimination suivie d'une obligation d'établir une compétence pénale. Le droit international incrimine un nombre grandissant de pratiques criminelles, en donnant, dans la plupart des cas, une définition de plus en plus complète et précise de l'infraction, l'assortissant de la prise de sanctions pénales nécessaires, laissées à la discrétion des Etats. Dès lors que le crime a été commis, l'établissement d'une compétence pénale est la réponse à l'incrimination. Afin de lutter contre l'impunité, et dans une optique de répression, les Etats se voient enjoins d'établir leur compétence, selon des critères posés par le droit international. Ces deux obligations portent bien évidemment atteinte à la souveraineté pénale des Etats car elles s'insinuent dans un domaine qui ressort des compétences traditionnelles des Etats : le droit de punir.

528. L'ambition du droit international est de favoriser la lutte contre le phénomène criminel, en imposant aux Etats un cadre normatif dont ils auront à tenir compte. Cette première grande étape de la chaîne répressive est primordiale, car elle préside aux destinées de la sanction et de la répression. C'est la raison pour laquelle le droit international s'est voulu de plus en plus intrusif, en s'appropriant le domaine pénal, qui relevait des compétences étatiques traditionnelles. Un tel changement peut être mal accepté par les Etats, mais répond à des impératifs supérieurs, la défense et la sauvegarde de la société internationale contre le développement de la criminalité internationale. L'intrusion du droit international n'est cependant pas cantonnée exclusivement à ces deux obligations, puisqu'elle refait surface lorsque les Etats mettent en œuvre les sanctions pénales.

SECONDE PARTIE.

LA MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR REPRESSIF.

529. Selon l'approche chronologique qui a été privilégiée, une fois que les règles d'incrimination et d'établissement de compétence pénales ont été posées, il convient de mettre en œuvre les sanctions pénales. Cette étape est sans aucun doute la plus souveraine, puisqu'une telle mission est confiée aux organes de l'Etat. En effet, la typologie de la société internationale empêche que cette dernière puisse assurer une telle mission. C'est la raison pour laquelle seul les Etats auront la faculté de mettre en œuvre les sanctions pénales suggérées par le droit international.

530. A l'image des deux obligations précédentes, le droit international vient encadrer l'action des Etats en les enjoignant à rendre effectives les prescriptions répressives qu'il a posées. Dans cette optique, les Etats auront cette délicate mission d'appliquer les règles internationales, tout en sauvegardant leur souveraineté, dans le but cette fois d'établir des sanctions pénales.

531. Pour cela, le droit international impose aux Etats de mettre en mouvement leur appareil judiciaire. Cette étape répond à celle de l'établissement de la compétence pénale et suppose l'engagement des poursuites ainsi que, si les circonstances l'exigent, une réelle coopération internationale. (**Titre I.**) Vu la gravité des crimes en cause, dans l'idéal, aux poursuites pénales répondra une condamnation. Dernière étape de la chaîne répressive, celle-ci oscille entre intrusion du droit international et respect de la souveraineté pénale. En tout état de cause, elle fait appel à l'appréciation souveraine de l'Etat quant à la fixation de la sanction adéquate. (**Titre II.**)

TITRE PREMIER.

LA MISE EN MOUVEMENT DE L'APPAREIL JUDICIAIRE.

532. Dans la suite logique de la chaîne répressive, après avoir établi sa compétence pénale, l'Etat doit mettre en mouvement son appareil judiciaire à l'encontre du criminel identifié. Lorsque le droit international prévoit que les Etats doivent soumettre une affaire à leur juridiction, il les enjoint de mettre en œuvre des poursuites pénales, réelles, efficaces et effectives. En tant que telle, cette injonction de poursuites s'apparente à une réelle obligation, découlant de la soumission de l'Etat à la norme internationale. Il convient de préciser d'emblée que la mise en mouvement de l'appareil judiciaire national ne sous-entend pas une répression immédiate. A ce niveau s'exerce pleinement la souveraineté pénale de l'Etat, dans la mesure où il est à même de décider si condamnation il doit y avoir. Or, y compris, dans cette étape, le droit international se fait de plus en plus intrusif. Quoiqu'il en soit, la mise en mouvement de l'appareil judiciaire national apparaît comme une étape cruciale, prélude incontournable à la condamnation. (**Chapitre I.**)

533. En parallèle, les Etats ont pris conscience que collaborer utilement et efficacement entre eux est le meilleur moyen de mettre un terme à l'impunité et de favoriser la lutte contre la criminalité. Dans cette optique, ils s'accordent l'entraide la plus large possible, au risque de porter atteinte à leur souveraineté. Une telle obligation est relayée par le droit international qui, de plus en plus, vient préciser les modalités que doivent adopter les Etats, et encadrer, voire imposer, les procédures nationales de coopération. (**Chapitre II.**)

CHAPITRE I : L'OBLIGATION DE POURSUITE.

534. Lorsque le droit international prescrit une obligation de poursuite à destination des Etats, il les enjoint de mettre en mouvement l'appareil judiciaire national, afin d'aboutir à une éventuelle répression. La souveraineté pénale des Etats disparaît à nouveau au profit d'une obligation internationale de lutte, efficace et effective, contre la criminalité internationale. Cette obligation est primordiale, dans la mesure où l'Etat fait obstacle à la bonne administration de la justice s'il n'engage pas les poursuites pénales nécessaires. Le fondement de cette obligation réside donc dans la nécessaire lutte contre l'impunité criminelle. (**Section 1.**) Devenant de plus en plus présente, elle explique l'érosion des obstacles légaux internes qui, par nature, auraient pu paralyser les poursuites à engager. (**Section 2.**)

SECTION 1 : LE FONDEMENT DE L'OBLIGATION DE POURSUITE.

535. L'obligation de poursuite prescrite par le droit international répond à la nécessité de combattre l'impunité criminelle. En effet, si l'Etat n'engage pas les poursuites requises, il favorise cette impunité et viole ses obligations internationales. L'engagement des poursuites apparaît alors comme une réelle nécessité. (§ I.) C'est la raison pour laquelle, dans sa mise en œuvre, les Etats sont soumis à un certain formalisme obligatoire. (§ II.)

§. I. Une poursuite nécessaire à la lutte contre l'impunité.

536. Les Etats ont le choix entre deux possibilités pour engager des poursuites pénales. L'opportunité protège la souveraineté tandis que la légalité rend les poursuites obligatoires. Or, la gravité du crime en cause plaide en faveur d'un recours à l'automatisme. Les Etats, soucieux de protéger leur souveraineté favorisent l'opportunité (**A.**), tandis que le droit international oscille entre les deux règles, la lutte contre l'impunité privilégiant la légalité. (**B.**)

A. L'opportunité des poursuites.

537. La règle de l'opportunité semble privilégiée par les Etats, dans la mesure où elle traduit leur liberté souveraine d'engager librement des poursuites pénales. (1.) Cependant, une application à la lettre de la règle pourrait poser problème car elle favoriserait l'impunité. (2.)

1. Une liberté souveraine d'engager des poursuites.

538. Le principe de l'opportunité des poursuites fait partie des principes éminemment protecteurs de la souveraineté pénale applicables à l'ouverture des poursuites. En effet, phase préalable à tout procès, l'opportunité comble cette lacune qui empêche les juridictions de se saisir directement du cas d'espèce. Elle traduit l'idée selon laquelle la poursuite devient obligatoire lorsque l'infraction a un caractère tel que les poursuites s'avèrent nécessaires à l'intérêt commun. En d'autres termes, l'opportunité des poursuites s'analyse comme une garantie de la protection de l'ordre social mais aussi de l'équité de la justice. A l'inverse, une telle règle permet de mettre fin ou de ne pas engager des poursuites qui pourraient être requises.

539. La règle de l'opportunité laisse toute la latitude au ministère public de décider seul de l'ouverture des poursuites, soit en relayant la plainte de la victime, soit en prenant lui-même la décision. Ainsi, le Code de procédure pénale français dispose que,

« lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun : 1° soit d'engager des poursuites 2° soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 ; 3° soit de classer sans

*suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ».*⁷⁰⁰

540. Or, il convient de noter que, au-delà de l'engagement des poursuites pour les crimes de droit commun, en ce qui concerne les crimes internationaux, « *le ministère public national a rarement été le moteur de la mise en mouvement de l'action publique. C'est pratiquement toujours sous l'impulsion des parties civiles ou sous la pression de l'opinion publique que des poursuites ont été ouvertes devant les juridictions nationales* ». ⁷⁰¹

2. Opportunité des poursuites et impunité : une remise en cause de la règle.

541. L'obligation faite aux Etats de traduire en justice les auteurs de crimes internationaux semble être en contradiction avec le principe d'opportunité des poursuites. En effet, le droit international, conventionnel ou coutumier, impose de plus en plus aux Etats d'incriminer, d'établir leur compétence et d'engager des poursuites. Or, si aucune poursuite n'était engagée en droit interne, l'Etat n'aurait-il pas violé ses obligations internationales ? Certainement. En ce sens, si une plainte est déposée pour crime international et que le Procureur national décide, en toute opportunité, de ne pas diligenter d'enquête ou d'entamer des poursuites, la responsabilité internationale de l'Etat pourrait être engagée. Simplement, dans un Etat soucieux de la protection des droits fondamentaux, il ne fait aucun doute que la gravité du crime allégué fera qu'une enquête sera diligentée et le cas échéant, des poursuites engagées.

542. De même, l'opportunité des poursuites peut être perçue comme un moyen de favoriser l'impunité. La Convention contre la torture dispose ainsi que

« tout Etat partie veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque

⁷⁰⁰ Article 40-1 du Code de procédure pénal français. Sur un modèle similaire, Le Code d'instruction criminelle luxembourgeois dispose en son article 24. 1 que « *le procureur d'Etat procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale* », de même, le Code de Procédure pénale canadien dispose en son article 11 que « *le Procureur général (...) peut : 1° intervenir en première instance pour assumer la conduite d'une poursuite; 2° intervenir en appel pour se substituer à la partie qui était poursuivante en première instance; 3° ordonner l'arrêt d'une poursuite, avant que jugement ne soit rendu en première instance; 4° permettre la continuation d'une poursuite dans les six mois de l'arrêt de celle-ci* ».

⁷⁰¹ Vandermeerssch (D.), La compétence universelle, op. cit, p. 607.

fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis sur tout territoire sous sa juridiction
»,⁷⁰²

et que

*« tout Etat partie assure à toute personne qui prétend avoir été soumise à la torture sur tout territoire sous sa juridiction le droit de porter plainte devant les autorités compétentes dudit Etat qui procéderont immédiatement et impartialement à l'examen de sa cause ».*⁷⁰³

543. Or, l'ouverture d'enquête ou la réception des plaintes n'obligent en rien les juridictions à finaliser les poursuites, puisqu'il y aura toujours possibilité de se retrancher derrière une excuse d'opportunité pour avorter la procédure. C'est la raison pour laquelle le Comité des droits de l'homme se dit *« préoccupé par le système de l'opportunité des poursuites qui laisse aux procureurs (...) la possibilité de ne pas poursuivre les auteurs d'actes de torture et de mauvais traitements impliquant des agents de la force publique, ni même d'ordonner une enquête, ce qui est en contradiction évidente avec les dispositions de l'article 12 de la Convention ».*⁷⁰⁴ En effet, s'en tenir à la lettre de l'opportunité revient à favoriser une éventuelle impunité, en laissant au Procureur le soin de décider de la suite à donner à l'affaire. Or, une telle possibilité est en éclatante contradiction avec l'esprit même de la Convention. A cette fin, le Comité enjoint les Etats à

« envisager une dérogation au système de l'opportunité des poursuites pour respecter la lettre et l'esprit de l'article 12 de la Convention, et faire en sorte qu'aucun doute ne soit permis quant à l'obligation des autorités compétentes de déclencher proprio motu des enquêtes impartiales, de manière systématique, dans tous les cas où il existe des motifs

⁷⁰² Article 12 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁷⁰³ Ibid, article 13.

⁷⁰⁴ Comité contre la torture, 15 février 2007, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 19 de la Convention, CAT/C/BDI/CO/1, § 22.

*raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis ».*⁷⁰⁵

544. A généraliser cette idée, il serait logique que, eu égard à la gravité et à l'ampleur des crimes en cause, l'opportunité des poursuites ne soit pas envisageable en ce qui concerne les crimes internationaux, et donc qu'à l'opportunité il convienne de substituer l'automatisme des poursuites.

B. L'automatisme de la poursuite.

545. Au-delà de l'opportunité, il faut privilégier la légalité des poursuites, règle selon laquelle, la seule commission du crime suffit à justifier l'ouverture des poursuites pénales. (1.) Rendre les poursuites automatiques apparaît alors comme un moyen efficace pour lutter contre l'impunité. (2.)

1. Une reconnaissance de la légalité des poursuites.

546. La règle de l'automatisme des poursuites fait référence à celle de la légalité des poursuites, selon laquelle le ministère public a l'obligation de poursuivre toute infraction parvenue à sa connaissance, quelles qu'en soient la gravité ou les circonstances de commission. Rendre les poursuites obligatoires semble être le meilleur moyen d'assurer une justice absolue et efficace, mais peut également être synonyme d'une justice expéditive et automatique, dépourvue d'impartialité. Quoi qu'il en soit, le droit international a également fait sien ce concept de la légalité des poursuites, rendant celles-ci automatiques, donc obligatoires, afin de pallier aux défauts de l'opportunité et d'assurer une réelle effectivité de la lutte contre l'impunité.

547. Quand le droit international impose de telles poursuites pénales, la souveraineté des Etats est une nouvelle fois atteinte, mais n'est-il pas dans leur intérêt d'engager ces poursuites, ne serait-ce que pour honorer leurs obligations internationales ? La commission du crime ainsi que sa gravité suffisent à justifier l'engagement automatique et obligatoire de poursuites pénales, sans qu'une excuse de droit interne ou d'opportunité ne puisse

⁷⁰⁵ Ibid.

intervenir. L'automaticité des poursuites se déduit du droit international même, quand il oblige les Etats à incriminer l'infraction en cause et à se doter d'une compétence pénale. Le simple fait que l'Etat soit lié à une Convention répressive ou à une coutume incriminante, suffirait donc à rendre les poursuites effectives.

2. Légalité des poursuites et lutte efficace contre l'impunité.

548. Il est reconnu que lorsque le droit international « *oblige les Etats à se doter d'une compétence pénale, il est beaucoup moins aisé de maintenir le principe de l'opportunité, auquel est substitué le principe de la légalité des poursuites* ». ⁷⁰⁶ En effet, le droit international impose aux Etats de se doter d'une réelle compétence pénale afin de poursuivre et de réprimer les crimes concernés. En conséquence, bien que compétence pénale et poursuite soient deux opérations dissociées, elles se rejoignent nécessairement, puisque le but ultime de la norme internationale est la répression du comportement en cause.

549. La preuve la plus tangible de cette automaticité de la poursuite se déduit de la reconnaissance de la règle *aut dedere aut prosequi*. En effet, le droit international enjoint aux Etats, lorsque le criminel se trouve sur le territoire, soit de l'extrader, si une telle demande en a été faite, soit d'exercer leur compétence pénale. Le droit conventionnel a largement repris une telle règle, puisqu'il est courant de retrouver une obligation selon laquelle,

« l'État partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé (...) est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, ou ne le remet pas à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence, soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale ». ⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ Tigroudja (H.), Thèse dactylographiée, op. cit, p. 403.

⁷⁰⁷ Article 11.1 de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*.

550. La Commission du droit international dans son Projet de *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* a soulevé cette question, aboutissant à un article 9 selon lequel

« l'Etat partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'un crime visé (...) est découvert extradé ou poursuit ce dernier ». ⁷⁰⁸

551. Au regard même de la rédaction de l'intitulé de cet article, la Commission fait de cette alternative une véritable obligation. Cependant, celle-ci est loin d'être absolue puisque les crimes visés sont limités au génocide, aux crimes de guerre, aux crimes contre l'humanité et aux crimes contre le personnel protégé.⁷⁰⁹ Il faut donc déduire du projet que l'alternative ne deviendrait obligatoire que pour ces crimes spécifiques.⁷¹⁰ Mais la généralisation de cette pratique en droit conventionnel militerait en la faveur d'une généralisation de l'automaticité des poursuites.⁷¹¹

§. II. Une poursuite répondant à un formalisme obligatoire.

552. Cette obligation de poursuite n'en demeure pas moins une obligation au fondement contrarié, car elle n'est ni autonome, ni absolue. En effet, elle doit d'abord répondre à une condition *sine qua non* indérogeable, selon laquelle la présence de l'accusé sur le territoire est nécessaire à l'ouverture de toute poursuite pénale. (A.) Contrainte supplémentaire, l'engagement des poursuites doit être conditionné au respect de la règle fondamentale *non bis in idem*. (B.)

⁷⁰⁸ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Ann. C.D.I.*, 1996, vol 2, p. 17.

⁷⁰⁹ Article 17 et s du Projet.

⁷¹⁰ Il est à noter qu'une fois de plus, dans une optique extraditionnelle, le caractère de gravité des actes est à nouveau présent, au regard de la nature même des crimes en cause. Il y aurait obligation seulement en raison du caractère grave des agissements.

⁷¹¹ Une telle possibilité se retrouve notamment dans les Conventions réprimant les actes de terrorisme.

A. Poursuite et présence de l'accusé.

553. La présence de l'accusé sur le territoire de l'Etat est la condition obligatoire à respecter pour pouvoir engager des poursuites pénales. (1.) Cette présence doit être volontaire et légale, bien que certains Etats aient privilégié, à contrario, une application de la règle *male captus bene detentus*, aux fins de poursuites. (2.)

1. Une présence obligatoire aux fins de poursuite.

554. La présence de l'accusé sur le territoire national s'avère être une condition nécessaire et obligatoire à l'exercice de toute poursuite pénale. Le droit international impose aux Etats qu'un lien de rattachement physique soit établi afin que le juge national puisse se déclarer compétent. Une telle condition de présence répond à l'obligation d'incrimination et complète l'obligation d'établir une compétence pénale. En l'état actuel du droit international, la mise en mouvement de l'appareil judiciaire national ne se fera qu'à la condition de la présence de l'accusé sur le territoire national. A défaut d'une telle présence, la procédure et les poursuites seraient entachées d'illégalité. Autrement dit, les poursuites par contumace sont invalides.

555. Ainsi, le droit conventionnel, dès lors qu'il énonce une obligation d'incrimination contient toujours une disposition selon laquelle

*« l'État Partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur ou l'auteur présumé de l'infraction prend les mesures appropriées en vertu de sa législation interne pour assurer la présence de cette personne aux fins de poursuites ou d'extradition ».*⁷¹²

556. L'intérêt d'une telle condition est double. D'une part, cette présence, qui s'avère obligatoire, est la condition préalable à la mise en œuvre de l'alternative extraditionnelle *aut dedere aut prosequi* ou *judicare*. De ce fait, seule la présence sur le territoire national

⁷¹² Article 9.2 de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* ou bien encore article 10.2 de la *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*.

justifiera l'ouverture des poursuites pénales ou permettra l'extradition.⁷¹³ D'autre part, selon le droit international, et en relation avec cette première condition, seule la présence de l'accusé sur le territoire permettra à l'Etat d'exercer une compétence pénale universelle, ce qui a fait dire au Président Guillaume dans son opinion individuelle, lors de l'affaire du mandat d'arrêt international, que « *l'obligation de poursuite n'était plus subordonnée à l'existence d'une compétence, mais la compétence elle-même devait être prise pour permettre les poursuites* ». ⁷¹⁴ Quant aux crimes incriminés par la coutume, il est évident que, en dépit de l'absence de référant conventionnel, la condition de la présence de l'accusé s'impose également, ceci avec d'autant plus de valeur que le norme est universelle.

557. Ce lien de rattachement physique entre un individu et le territoire de poursuite n'est autre que l'expression de la souveraineté de l'Etat et de sa compétence pénale, universelle ou générale. En fait de quoi les juridictions internes auront compétence à poursuivre à la condition non-équivoque de la présence de l'accusé sur leur territoire. A défaut, violerait le principe de non-ingérence dans les affaires internes d'un Etat, un Etat qui engagerait des poursuites contre un individu ne se trouvant pas sur son territoire. C'est en substance la solution qui fut retenue par la Cour Suprême des Pays-Bas dans l'affaire *Bouterse*. En effet, des plaintes, pour crimes de torture, avaient été déposées aux Pays-Bas contre Dési Bouterse, l'ancien homme fort du Surinam. Les juges, en se référant à l'article 5.2 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*,⁷¹⁵ ont, en l'espèce, estimé que les poursuites engagées aux Pays-Bas ne pouvaient être légitimes que si

« l'une des conditions de rattachement prévue par la convention pour l'établissement de la compétence juridictionnelle était remplie, par exemple (...) si l'accusé se trouvait sur le territoire néerlandais au moment de son arrestation ». ⁷¹⁶

⁷¹³ En dehors des cas spécifiques de compétence universelle absolue.

⁷¹⁴ CIJ, affaire du mandat d'arrêt, Opinion individuelle de Gilbert Guillaume, *Rec*, 2001, p. 39.

⁷¹⁵ Pour mémoire, cette disposition énonce le principe *aut dedere aut judicare*, soit poursuite nationale ou extradition.

⁷¹⁶ Cour Suprême des Pays-Bas, 18 septembre 2001, *Bouterse*, § 8.5, cité in Guillaume (G.), opinion individuelle, op. cit, p. 41.

La présence sur le territoire national est donc pleinement assimilée à une condition obligatoire, préalable nécessaire à toute ouverture de poursuite pénale.

558. A défaut de présence effective sur le territoire national, la logique veut que les juridictions internes se déclarent incompétentes et se dessaisissent de l'affaire. Le cas le plus symptomatique reste à l'heure actuelle le cas belge. En effet, la loi de compétence universelle adoptée par la Belgique était une loi de compétence universelle absolue. L'idéal d'universalité semblait avoir été atteint, puisque une lecture extensive de la loi permettait d'engager des poursuites pénales en Belgique contre tout individu ayant commis des crimes internationaux, sans qu'un lien de rattachement ne soit exigé, y compris celui de la présence sur le territoire belge. En conséquence, dès lors qu'un crime rentrait dans le champ d'application de la loi, il était possible de saisir la justice belge aux fins de poursuites. Beaucoup trop générale pour être réaliste, le défaut d'exigence de la présence sur le territoire a entraîné une inflation des poursuites. Ceci a poussé le législateur à réformer cette loi et à conditionner l'exercice de la compétence belge à la présence effective et obligatoire de l'accusé sur le territoire.⁷¹⁷

2. L'application par le juge interne de l'adage male captus bene detentus.

559. Pour que les poursuites soient engagées, la présence sur le territoire doit théoriquement être une présence volontaire. Elle doit être le fait de l'accusé lui-même, ou bien résulter d'une procédure d'extradition ou de transfert.⁷¹⁸ Or, l'illégalité des conditions de la présence de l'accusé sur le territoire ne semble pas être une condition irréfragable de la mise en œuvre des poursuites pénales. En effet, il semble que le juge ne tienne que peu de cas des conditions d'entrée de l'accusé sur le territoire national et que l'irrégularité

⁷¹⁷ La pratique de la contumace, que l'on peut retrouver dans quelques droits internes, est généralement inconnue en droit international. En effet, seul le Statut du Tribunal de Nuremberg prévoyait un article 12 aux termes duquel « *le Tribunal sera compétent pour juger en son absence tout accusé, ayant à répondre des crimes prévus par l'article 6 du présent Statut, soit que cet accusé n'ait pu être découvert, soit que le Tribunal l'estime nécessaire pour toute autre raison dans l'intérêt de la justice* ». Martin Bromann sera poursuivi et jugé sur cette base. En revanche, les statuts des juridictions pénales internationales actuelles privilégient une approche anglo-saxonne, respectant l'équité de la procédure, en prohibant les poursuites et jugements *in abstentia*. C'est ainsi que les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux sont restés muets sur la question, ou que le Statut de la Cour pénale internationale énonce en son article 63.1 que « *l'accusé est présent à son procès* ». Il est à noter que le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal de La Haye prévoit, à son article 61, une procédure consistant à déclarer l'accusé fugitif, justifiant l'adoption d'un mandat d'arrêt international appelant à la coopération des Etats pour livrer l'accusé au Tribunal.

⁷¹⁸ Extradition dans le cadre de d'une procédure répondant aux demandes d'un Etat requis ou en application d'un Traité spécifique. Transfert si l'on se trouve dans le cas spécifique de la coopération avec une juridiction pénale internationale.

n'entacherait pas l'exercice des poursuites. La jurisprudence interne a largement consacré l'adage *male captus bene detentus*.

560. Ainsi, dans l'affaire *Argoud*, la Cour de cassation française fut confrontée à l'enlèvement par des agents français, à Munich, du responsable de l'Organisation de l'armée secrète, pour être jugé en France. Malgré l'illégalité flagrante de la procédure, la Cour de cassation énonça que,

*« les conditions dans lesquelles un inculpé faisant l'objet d'une poursuite régulière et d'un titre légal d'arrestation a été appréhendé et livré à la justice, constitueraient-elles une atteinte à la loi pénale ou aux principes traditionnels de notre droit, ne sont pas de nature, si déplorables qu'elles puissent apparaître, à entraîner par elles-mêmes la nullité de la poursuite ».*⁷¹⁹

561. L'enlèvement d'Adolf Eichmann en Argentine pour être jugé pour crimes contre l'humanité en Israël n'a pas été pris en compte pour déclarer les poursuites illégales, quand bien même l'enlèvement est illégal en droit international. L'enlèvement international vise *« l'arrestation, par les agents d'un Etat, d'une personne se trouvant sur un territoire soumis à la juridiction d'un Etat étranger, sans l'autorisation de ce dernier »*.⁷²⁰ Or, une telle pratique est par nature prohibée et entraîne *ipso facto* l'irrégularité des poursuites engagées. Simplement, les poursuites redeviennent légales lorsque l'Etat dont la souveraineté a été violée accepte cet enlèvement et donc les poursuites. Dans le cas d'Eichmann, bien que l'Argentine ait protesté en raison de la violation flagrante de sa souveraineté, elle n'a pas manifesté le désir d'entamer des poursuites et se déchargea auprès des juridictions israéliennes. Il a ainsi été remarqué à ce propos que *« l'Argentine, prenant en considération les impératifs moraux des auteurs de l'enlèvement, renonça à*

⁷¹⁹ Cass crim, 4 juin 1964, *Argoud*, *Bull crim*, n° 192. Dans l'affaire *Barbie*, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la légalité de l'arrivée en France de l'accusé. Ce dernier invoquait l'illégalité des poursuites au motif qu'il aurait été victime d'une extradition déguisée. La Haute juridiction répondit que *« dans la mesure où aucune procédure d'extradition n'était en cours lors de l'expulsion de Barbie par les autorités boliviennes (...) il n'existe aucun obstacle à l'exercice de l'action publique contre l'inculpé sur le territoire national, dès lors que la plénitude des droits de la défense lui est librement assurée devant les juridictions d'instruction et de jugement »*, Cass crim, 6 octobre 1983, *Barbie*, op. cit.

⁷²⁰ Salmon (J.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit, p. 428.

exiger la restitution d'Eichmann »⁷²¹, faisant primer les intérêts supérieurs de la justice et de la moralité universelle sur la protection de sa souveraineté. En fait de quoi, le juge israélien n'a fait qu'appliquer le principe *male captus bene detentus* selon lequel un tribunal peut exercer sa compétence sur un accusé indépendamment des circonstances dans lesquelles cet accusé se trouve déféré devant lui.⁷²²

562. Autre illustration, l'affaire *Alvarez Machain*. Ce dernier, ressortissant mexicain, impliqué dans un trafic de stupéfiants, était accusé de l'assassinat au Mexique d'un agent américain de l'agence de lutte anti-drogue. Enlevé illégalement, il fut ramené clandestinement aux Etats-Unis afin d'y être jugé. En première instance, les poursuites sont annulées au motif que l'enlèvement de l'accusé viole le droit international et le Traité d'extradition qui lie les Etats-Unis et le Mexique. Or la Cour Suprême vient casser la décision au motif que, certes, la pratique de l'enlèvement est prohibée en droit international, mais puisque le Traité d'extradition n'interdit pas explicitement les enlèvements, les juges en ont déduit que rien n'interdit à des agents officiels américains d'enlever des suspects au Mexique et de les transférer aux Etats-Unis pour y être jugés.⁷²³

563. En revanche, il faut noter que l'application de *male captus bene detentus* ne fait pas l'unanimité au regard de la protection des droits de l'homme. En effet, un Etat qui ne se soucie pas des conditions d'entrée de l'accusé étranger sur son territoire, ou bien un Etat qui laisse faire ou facilite l'enlèvement, risque de voir sa responsabilité engagée, pour violation du droit à la liberté et à la sûreté. Les organes de Strasbourg ont notamment reconnu à ce propos qu'

« une arrestation effectuée par les autorités d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat sans l'autorisation préalable de

⁷²¹ Coussirat-Coustère (V.), Eisemann (P.M.), L'enlèvement des personnes privées et le droit international, *R.G.D.I.P.*, 1972, p. 360.

⁷²² La Cour de Cassation est assez coutumière du fait et entérine la politique gouvernementale en appliquant cet adage. Ainsi, dans l'affaire *Carlos*, la Cour de Cassation applique une théorie similaire en estimant que l'enlèvement dont Carlos a été la victime au Soudans ne rentrait pas en considération dans la nullité des poursuites, puisque « les juridictions nationales sont incompétentes pour connaître des conditions dans lesquelles seraient intervenues à l'étranger, l'arrestation d'une personne par les seules autorités locales agissant dans la plénitude de leur souveraineté et sa remise à des policiers français », Cass, crim, 10 janvier 1995, *Bull.*, n° 11.

⁷²³ Supreme Court of the United States, 15 juin 1992 *United States v. Alvarez Machain*. Voir notamment à ce propos Glennon (M.J.), State-sponsored abduction: a comment on *United States v. Alvarez Machain*, *A.J.I.L.*, 1992, pp. 746-756, Rousseau (C.), Chronique des faits internationaux, *R.G.D.I.P.*, 1992, pp. 890-891, Rigaux (F.), Le concept de territorialité : un fantasme en quête de réalité, in *Liber amicorum Mohammed Bedjaoui*, op. cit., 211-222.

*l'Etat en cause non seulement engage la responsabilité de l'Etat vis-à-vis de cet autre Etat, mais porte atteinte également au droit individuel de la personne à la sûreté selon l'article 5.1 ».*⁷²⁴

564. La doctrine en a ainsi déduit que « *lorsqu'il y a remise ou enlèvement sur le sol d'un Etat étranger, dès lors que la personne concernée est aux mains des fonctionnaires de l'Etat de destination ou de personnes travaillant pour son compte, la responsabilité de cet Etat est en cause, car l'individu privé de liberté relève effectivement de l'autorité de ce pays et donc de sa juridiction* ». ⁷²⁵ De ce fait, une présence imposée rendrait les poursuites illégales et le principe *male captus bene detentus* caduque.

565. Devant les tribunaux pénaux internationaux, la légalité de *male captus bene detentus* a pu être soulevée afin de préjuger de la compétence même de la juridiction, car la fin ne justifierait pas toujours les moyens. C'est en ce sens que le Tribunal de La Haye a reconnu qu'

*« il existe un lien étroit entre l'obligation faite au Tribunal de respecter les droits de l'homme s'agissant de l'Accusé et l'obligation d'assurer la régularité de la procédure. Garantir le respect des droits de l'Accusé et l'équité de son procès constituent, dans les faits, un aspect important du concept général de la régularité de la procédure. Dans ce contexte, la Chambre se range à l'avis exprimé dans plusieurs décisions rendues par des juridictions internes selon lequel la question de la régularité de la procédure va au-delà du simple devoir d'assurer un procès équitable à l'accusé. Elle touche également à la manière dont les parties se sont comportées dans les circonstances de l'espèce et à la manière dont l'accusé a été déféré devant le Tribunal ».*⁷²⁶

⁷²⁴ Comm.edh, 12 octobre 1989, *Stocké c. République fédérale d'Allemagne*, § 167, et la Commission de rajouter que l'accord entre Etats à ces fins est susceptible d'engager leur responsabilité, §168. En l'espèce, le requérant invoquait un enlèvement dont il aurait été victime.

⁷²⁵ Rouget (D.), *Le respect du droit extraditionnel et les « extraditions déguisées »*, *R.T.D.H.*, 1999, p. 190.

⁷²⁶ TPIY, 9 octobre 2002, *Le Procureur c. Dragan Nikolic*, *Décision relative à l'exception d'incompétence soulevée par la défense*, Affaire n° IT-94-2-PT, § 111.

566. Il semble évident que le juge international n'approuve pas le recours à l'adage *male capus bene detentus* pour des raisons tenant au respect des droits fondamentaux, et notamment des droits de l'accusé. Les juges se prononceront ainsi sur l'éventualité d'abus de procédure⁷²⁷ qui consisteraient en des violations flagrantes de ces droits au moment de l'arrestation, et notamment sur

*« le fait qu'un accusé fasse l'objet de mauvais traitements graves, voire même inhumains, cruels ou dégradants, ou d'actes de torture avant d'être livré au Tribunal ».*⁷²⁸

567. Si de telles atteintes sont avérées, elles peuvent constituer un obstacle juridique certain à l'exercice des poursuites par le Tribunal, qui pourra se déclarer incompétent. Une telle déclaration d'incompétence aboutira éventuellement à la réparation du préjudice subi.⁷²⁹

B. La règle *non bis in idem* face à l'obligation de poursuite.

568. La règle *non bis in idem* est une garantie procédurale pour l'accusé, de ne pas être poursuivi deux fois pour les mêmes faits. Au nom d'une bonne administration de la justice, tant le droit international que la pratique prohibent le renouvellement des poursuites au sein d'un même Etat. (1.) Cette règle est cependant loin d'être absolue car elle est sujette à certains aménagements. (2.)

⁷²⁷ Le Tribunal applique ici la théorie initiée par le Tribunal d'Arusha selon lequel la théorie de l'abus de procédure peut être invoquée pour « *mettre fin à des poursuites légalement engagées suite à l'émission d'un acte d'accusation en bonne et due forme dès lors qu'elles sont entachées d'illégalité du fait des méthodes utilisées pour diligenter des procédures tout à fait légales* », TPIR, 3 novembre 1999, Chambre d'appel, *Jean-Bosco Barayagwiza c/ Le Procureur*, § 74.

⁷²⁸ TPIY, *Le Procureur c. Dragan Nikolic*, *Décision relative à l'exception d'incompétence soulevée par la défense*, op. cit., § 114.

⁷²⁹ Le Tribunal d'Arusha a ainsi estimé que, en cas de violation avérée des droits de l'accusé, si réparation il devait y avoir, la remise en liberté de ce dernier constituerait une réparation manifestement disproportionnée eu égard aux crimes faisant l'objet de poursuites. Voir notamment à ce propos, TPIR, 31 mai 2000, Chambre d'appel, *Laurent Semanza c. Le Procureur*, Affaire no ICTR-97-20-A, § 129.

1. Une interdiction du renouvellement des poursuites : non bis in idem vertical.

569. La prohibition du renouvellement des poursuites s'applique d'un point de vue vertical, à savoir qu'au sein d'un même Etat, les mêmes faits ne peuvent être poursuivis deux fois. Cette règle est largement reconnue par les Etats (a.) et présente l'avantage de faire partie des droits fondamentaux de l'accusé. (b.)

a. Une règle générale de droit interne.

570. La règle *non bis in idem* est une règle générale, propre au droit pénal, selon laquelle il est interdit de renouveler poursuites ou jugement, à l'encontre d'un même justiciable, pour une même infraction, devant les juridictions d'un même Etat. Autrement dit, nul ne peut être jugé deux fois pour le même crime et plus précisément, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'un acte pour lequel il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement pénal définitif. Cette règle *non bis in idem* fait également référence à la liberté individuelle du justiciable qui n'aura pas à souffrir d'une seconde condamnation pour des faits similaires, auquel cas, il deviendrait victime d'une justice arbitraire. C'est pour cela que pareille règle est reconnue par tous systèmes juridiques protecteurs des droits fondamentaux, les Etats s'engageant à en assurer le respect et la bonne application

571. En effet, qu'il s'agisse de l'affirmation du principe *non bis in idem* ou bien de son corollaire, la prohibition de la double peine, il est fréquent de retrouver cette règle, tant au niveau constitutionnel que législatif. Erigée constitutionnellement, la règle se retrouve dans de nombreuses normes suprêmes internes. Ainsi, la Loi fondamentale allemande énonce que,

*« nul ne peut être puni plusieurs fois pour le même acte en vertu du droit pénal commun ».*⁷³⁰

La Charte des droits et libertés fondamentaux de la République tchèque retient que,

*« nul ne sera poursuivi en raison d'un acte pour lequel il a déjà été condamné par un jugement définitif ou acquitté ».*⁷³¹

⁷³⁰ Article 103.3 de la loi fondamentale allemande.

572. Il en est de même avec la Constitution japonaise qui raisonne en terme de poursuite puisque,

*« No person shall be held criminally liable for an act which was lawful at the time it was committed, or of which he had been acquitted, nor shall he be placed in double jeopardy ».*⁷³²

573. D'un strict point de vue législatif, nombreux sont les textes internes qui reconnaissent ce principe *non bis in idem*, à l'image du Code pénal colombien selon lequel

*« Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales ».*⁷³³

De même, le Code de procédure pénale français disposera que

*« Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ».*⁷³⁴

b. Un droit fondamental indéniable.

574. Garantie de la sécurité juridique de l'accusé, la règle *non bis in idem* est devenue l'axe central autour duquel s'organisent les poursuites. C'est la raison pour laquelle elle a été consacrée tant par les textes protecteurs des droits fondamentaux, (α) que par le droit communautaire. (β)

⁷³¹ Article 40 de la Charte des droits et libertés fondamentaux de la République tchèque.

⁷³² Article 39 de la Constitution japonaise.

⁷³³ Article 8 du Code pénal colombien.

⁷³⁴ Article 368 du Code de procédure pénale français. Il est possible de se référer à la contribution de José Luis de la Cuesta, Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe « *ne bis in idem* », Rapport général, *R.I.D.P.*, 2002, pp. 673-705.

a. Une norme fondamentale des droits de l'homme.

575. En raison de son caractère de norme protectrice de la sécurité juridique du justiciable, il est incontestable de classer la règle *non bis in idem* parmi les droits de l'homme. Les États s'engagent donc à respecter cette règle fondamentale de sécurité juridique lors de l'ouverture des poursuites, devant les juridictions nationales.⁷³⁵ En raison de son caractère procédural pénal, il se retrouve à la fois dans les grands textes internationaux protecteurs des droits de l'homme, mais aussi dans les textes internationaux d'inspiration répressive. Ainsi, le *Pacte sur les droits civils et politiques* dispose-t-il que

*« nul ne peut être puni ou poursuivi en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure de chaque pays ».*⁷³⁶

Le Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme dispose d'un article 4 selon lequel

« nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat ».

De manière beaucoup plus concise, permettant une interprétation beaucoup plus large de la règle, la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* fait de cette règle une garantie judiciaire éminente, puisque

⁷³⁵ La Haute Cour constitutionnelle égyptienne a ainsi reconnu à la règle une valeur indéniable de droit fondamental, en retenant que, « *le principe de l'impossibilité de punir une personne deux fois pour un même acte est un des principes adoptés par les divers systèmes juridiques et fait partie des droits fondamentaux reconnus à tout individu (...). Le non-respect de ce principe constitue une atteinte à la liberté individuelle dont la protection est une garantie fondamentale de la dignité de l'individu et de son droit à la vie* », Haute Cour constitutionnelle égyptienne, arrêt du 2 janvier 1993, n° 3/10, cité in Abdelgawad (W.), *Droit égyptien*, in Cassese (A.), Delmas-Mary (M.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op. cit., p. 395.

⁷³⁶ Article 14.7 du Pacte sur les droits civils et politiques.

*« l'accusé acquitté en vertu d'un jugement définitif ne peut être à nouveau poursuivi pour les mêmes faits ».*⁷³⁷

576. Les juridictions compétentes ont eu à connaître d'instances mettant directement en cause la règle *non bis in idem*. Ainsi, dans l'affaire *Gradinger c. Autriche*, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que

*« l'article 4 du Protocole n° 7 a pour but de prohiber la répétition de poursuites pénales définitivement clôturées ».*⁷³⁸

et a donc estimé qu'une infraction poursuivie au pénal et à l'administratif contre un automobiliste violait la règle de l'article 4 du Protocole n° 7, lorsque *« les deux décisions litigieuses se fondent sur le même comportement »*.⁷³⁹ En revanche, dans l'affaire *Oliveira c. Suisse*, face un à concours idéal d'infractions pénales, les juges de Strasbourg retiendront qu'il,

*« (...) n'y a rien qui contrevienne à l'article 4 du Protocole n° 7, dès lors que celui-ci prohibe de juger deux fois une même infraction, alors que dans le concours idéal d'infractions, un même fait pénal s'analyse en deux infractions distinctes ».*⁷⁴⁰

Toujours est-il que pour la Cour européenne,

*« la protection contre le renouvellement des poursuites pénales est l'une des garanties spécifiques découlant du principe général d'équité du procès en matière pénale ».*⁷⁴¹

Tout sera donc question d'interprétation souveraine des juges. A cette fin, les juges opèrent un contrôle d'appréciation des faits, selon lequel, pour préjuger de la légalité et de la validité des procédures internes, il conviendra d'examiner si un jugement définitif avait été

⁷³⁷ Article 8.4 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

⁷³⁸ Cour edh, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, § 53.

⁷³⁹ Ibid, § 55.

⁷⁴⁰ Cour edh, 30 juillet 1998, arrêt *Oliveira c. Suisse*, § 26.

⁷⁴¹ Cour edh, 20 juillet 2004, *Affaire Nikitine c. Russie*, § 35. Il est également possible de se référer à l'arrêt de la Cour du 21 septembre 2006, *Affaire Maszni c. Roumanie*, §§ 64 et s, pour apprécier la logique de la Cour quant au contrôle effectué. En l'espèce les juges ont estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 4 du Protocole 7 car l'annulation d'un permis de conduire suite à une condamnation pénale ne constitue pas, au regard du droit interne une peine identique mais une peine complémentaire.

rendu, si le requérant a été à nouveau poursuivi ou exposé à des poursuites dans le cadre de la procédure engagée.

577. La Cour interaméricaine des droits de l'homme est revenue dans l'affaire *Loayza Tamayo* sur la valeur et l'ampleur de la règle *non bis in idem* en notant que la dénomination retenue par le texte conventionnel permettait d'assurer aux victimes une protection beaucoup plus efficace. Selon les juges, l'article 8.4 de la Convention,

*« busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima ».*⁷⁴²

En l'espèce, la Cour a estimé que la requérante, jugée pour terrorisme et trahison, acquittée par la juridiction militaire mais condamnée par la juridiction pénale, a été victime d'une violation de la règle *non bis in idem* telle que stipulée par l'article 8 alinéa 4 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*.

β. Un principe général du droit communautaire.

578. La règle *non bis in idem* se retrouve, en droit communautaire, au sein de la *Convention d'application de l'Accord de Schengen*. Intégrée au droit de l'Union européenne par le protocole au traité d'Amsterdam relatif à l'acquis de Schengen, la reprise de cette règle illustre la coopération judiciaire et la reconnaissance des jugements, en raison de la suppression des frontières. Il est ainsi prévu qu'

« une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie »

⁷⁴² Cour idh, 17 septembre 1997, *Loayza Tamayo c. Pérou*, Série C, n°33, § 66.

*par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation ».*⁷⁴³

579. Cette règle, à valeur de principe général,⁷⁴⁴ s'applique de manière contraignante au territoire de Schengen⁷⁴⁵ et suppose donc une réelle uniformisation des procédures et une interprétation commune des infractions pouvant rentrer dans le cas d'appréciation de la règle. L'ampleur de cette règle se trouve modifiée puisqu'elle ne se cantonne plus à une stricte application nationale, mais vaut à l'encontre de tous les Etats, assimilant de ce fait les Etats membres à un seul et même Etat, au territoire unique.⁷⁴⁶

2. Aménagements de la règle.

580. La règle *non bis in idem* n'est cependant pas une règle absolue puisqu'elle est susceptible de certains aménagements, à l'image de la possibilité reconnue d'une

⁷⁴³ Article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen.

⁷⁴⁴ Le juge communautaire a conféré à la règle *ne bis in idem* le caractère de principe général de droit communautaire. Ainsi, le Tribunal de première instance a énoncé que « *le principe ne bis in idem constitue un principe général de droit communautaire s'imposant indépendamment de tout texte* », TPI, 18 octobre 2001, X c. *BEI*, aff. T-33/99 ; § 149. Plus précisément, il se réfère au droit international puisque « *il ressort de la jurisprudence que le principe non bis in idem, également consacré par l'article 4 du protocole n° 7 de la CEDH, constitue un principe général du droit communautaire dont le juge assure le respect (...)* Cette conclusion se trouve confortée par la portée du principe d'interdiction du cumul des sanctions, tel qu'il est consacré par l'article 4 du protocole n° 7 de la CEDH et appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme. Il résulte du libellé dudit article que ce principe a seulement pour effet d'interdire à une juridiction d'un État de se saisir de, ou de réprimer, une infraction pour laquelle la personne mise en cause a déjà été acquittée ou condamnée dans ce même État », TPICE, 9 juillet 2003, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c. Commission*, aff. T-224/00, §§ 85 et 91. Voir également CJCE, 29 juin 2006, *Showa Denko KK c. Commission*, aff. C-289/04 P, § 50

⁷⁴⁵ La Cour a notamment reconnu que « *le principe ne bis in idem, consacré par l'article 54 de la CAAS, doit trouver à s'appliquer à une procédure pénale engagée dans un État contractant pour des faits qui ont déjà donné lieu à la condamnation de l'intéressé dans un autre État contractant, alors même que la CAAS n'était pas encore en vigueur dans ce dernier État au moment du prononcé de ladite condamnation, pour autant qu'elle était en vigueur dans les États contractants en cause au moment de l'appréciation des conditions d'application du principe ne bis in idem par l'instance saisie d'une seconde procédure* », CJCE, 9 mars 2006, Léopold Henri van Esbroeck, C-436/04, § 24.

⁷⁴⁶ De plus, la Cour de Justice a vu en la reconnaissance au niveau communautaire de la règle *non bis in idem* une consécration de la confiance mutuelle, socle de la coopération entre Etats membres. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que « *le principe ne bis in idem consacré à l'article 54 de la Convention (...)* implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente », CJCE, 11 février 2003, *Gözütok et Brügger*, C-187/01 et C-385/01, § 33.

application horizontale (a.) ou du régime dérogatoire initié par *la Convention d'application de l'Accord de Schengen*. (b.)

a. Une application horizontale de *non bis in idem*

581. La règle *non bis in idem* est susceptible de dérogation dans une optique horizontale, à savoir que les poursuites pour les mêmes faits demeurent possibles lorsqu'elles sont engagées dans plusieurs Etats. C'est ce qui ressort des droits de l'homme (α) ainsi que de la justice internationale. (β)

a. Une application horizontale reconnue par les droits de l'homme.

582. Avant l'entrée en vigueur du Protocole n°7⁷⁴⁷, la position des juges de Strasbourg concernant la règle *non bis in idem* était claire, puisque de jurisprudence constante ils retenaient que,

*« la Convention ne garantit ni explicitement ni implicitement le respect du principe « ne bis in idem » ».*⁷⁴⁸

583. Or, la règle *non bis in idem* n'interdit qu'aux juridictions d'un même Etat de connaître des mêmes faits, contre les mêmes individus. Face à la lacune du Protocole, les juges eurent à se prononcer sur la possibilité d'une application horizontale en autorisant les poursuites, pour des mêmes faits dans deux Etats différents. Ceux-ci ont prôné une interprétation large de la règle, de laquelle il ressort que le principe *non bis in idem* n'interdit pas qu'une personne soit poursuivie ou punie plus d'une fois pour un même fait dans deux États différents, ou plus. En ce sens, il a donc été reconnu que,

*« s'agissant de procédures pénales dans différents Etats, le respect du principe « non bis in idem » n'est ni garanti par la Convention ni par l'article 4 du Protocole N° 7 ».*⁷⁴⁹

⁷⁴⁷ Protocole 7 du 22 novembre 1984, enté en vigueur le 1^{er} novembre 1998

⁷⁴⁸ Com edh, 13 décembre 1983, décision sur la recevabilité de la requête, *S c. République fédérale d'Allemagne*.

⁷⁴⁹ Com edh, 20 mai 1994, décision sur la recevabilité de la requête *E.G.M c. Luxembourg*.

584. Une telle approche est confirmée par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, pour qui la règle *non bis in idem* de l'article 14.7 du *Pacte sur les droits civils et politiques*, ne prohibe que « *les doubles condamnations pour un même fait que dans les cas de personnes jugées dans un Etat donné* ». ⁷⁵⁰ Le Comité reconnaît donc la possibilité d'être poursuivi pour les mêmes faits, dans deux ordres juridiques distincts.

β. Une application horizontale reprise par la justice internationale.

585. La règle *non bis in idem* étant une règle procédurale avant tout pénale, il est logique de la retrouver dans les statuts des juridictions internationales. En effet, les statuts des tribunaux pénaux internationaux contiennent chacun une disposition reconnaissant la règle *non bis in idem*. Ainsi, l'article 10 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie dispose que,

« nul ne peut être traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire (...) s'il a déjà été jugé par le Tribunal international pour ces mêmes faits »,

tandis que l'article 9 du Statut du Tribunal pour le Rwanda reconnaît ce même principe, dans des termes quasi identiques. ⁷⁵¹ La reconnaissance de cette règle est d'autant plus importante que l'on se trouve dans un double degré de juridiction, interne et internationale, teintée primauté, à savoir que si une affaire a été jugée par le Tribunal, des poursuites engagées en droit interne, pour des faits similaires, seront prohibées. Or, afin d'éviter toute ambiguïté, pour une bonne administration de la justice et une application adéquate de la règle, les Statuts viennent en encadrer la mise en œuvre en atténuant son champ d'application. Si un juge national a eu à connaître des mêmes faits, antérieurement au Tribunal, en théorie, la règle *non bis in idem* s'appliquera.

586. Cependant, cette règle complémentaire n'en souffre pas moins un certain nombre d'exceptions de procédures, liées à l'opportunité des poursuites. Selon les Statuts, la règle

⁷⁵⁰ Comité des droits de l'homme, Recommandation C/PR/C/31/D 204, 1986, 2 novembre 1987, *A.P c. Italie*.

⁷⁵¹ Article 9 : « *nul ne peut être traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire au sens du présent Statut s'il a déjà été jugé pour les mêmes faits par le Tribunal international pour le Rwanda* ».

non bis in idem ne s'appliquera pas dans les cas où le crime a été qualifié en droit interne de crime de droit commun, lorsque la juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale, indépendante ou diligente ou bien encore dans le cas où le jugement national avait pour but de soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale.⁷⁵² Le Tribunal retrouve ainsi sa plénitude de compétence pour entamer des poursuites. La reconnaissance de cette règle issue des droits de l'homme acquiert d'autant plus de valeur qu'elle se trouve appliquée par des juridictions dont le caractère universel et la primauté sur les juridictions internes sont indéniables. De là, il faut reconnaître au principe *non bis in idem* une valeur contraignante et obligatoire envers la communauté internationale, dans le strict cadre bien évidemment des deux tribunaux pénaux internationaux.

587. Du fait de son caractère pleinement complémentaire, il semblait logique que la Cour pénale internationale reprenne à son tour la règle *non bis in idem*. Le Statut de la Cour privilégie une double approche de la règle. Tout d'abord, une approche verticale, au sein même de la juridiction, et selon laquelle

*« sauf disposition contraire du présent Statut, nul ne peut être jugé par la Cour pour des actes constitutifs de crimes pour lesquels il a déjà été condamné ou acquitté par elle ».*⁷⁵³

Ensuite, une approche horizontale est retenue puisque

*« nul ne peut être jugé par une autre juridiction pour un crime visé à l'article 5 pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par la Cour ».*⁷⁵⁴

588. En tout état de cause, la règle ici posée s'appliquera en faveur des jugements de la Cour et au détriment de ceux rendus par les juridictions nationales. Mais, à l'image de l'exception des Tribunaux pénaux internationaux, est également présente dans le Statut la possibilité pour la Cour de rejuger une affaire, postérieurement à un jugement interne, au

⁷⁵² L'article 10.2. a) et b) du Statut du T.P.I.Y dispose ainsi que « *quiconque a été traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire ne peut subséquemment être traduit devant le Tribunal international que si : a) le fait pour lequel il a été jugé était qualifié crime de droit commun ; ou b) la juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale ou indépendante, la procédure engagée devant elle visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale, ou la poursuite n'a pas été exercée avec diligence* ». L'article 9.2.a) et b) du Statut du T.P.I.R est identique.

⁷⁵³ Article 20.1 du Statut de la Cour pénale internationale.

⁷⁵⁴ Article 20.2 du Statut de la Cour pénale internationale.

cas où la juridiction interne aurait manqué d'indépendance ou aurait été partielle ou si elle avait cherché à soustraire le prévenu à sa responsabilité pénale.⁷⁵⁵ C'est cette règle qui traduit l'idéal de complémentarité qui caractérise la Cour.

b. Les dérogations à la Convention d'application de l'Accord de Schengen.

589. Appliquer un tel principe au territoire communautaire suppose logiquement un affaiblissement de la souveraineté pénale nationale. En fait de quoi, la Convention d'application de Schengen a prévu un aménagement de la règle, en autorisant les Etats à ne pas l'appliquer, dans trois cas précis. En effet, la Convention dispose que

« Une Partie Contractante peut, au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la présente Convention, déclarer qu'elle n'est pas liée par l'article 54 dans l'un ou plusieurs des cas suivants:

- a) lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur son territoire; dans ce dernier cas, cette exception ne s'applique cependant pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de la Partie Contractante où le jugement a été rendu;*
- b) lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une infraction contre la sûreté de l'État ou d'autres intérêts également essentiels de cette Partie Contractante;*
- c) lorsque les faits visés par le jugement étranger ont été commis par un fonctionnaire de cette Partie Contractante en violation des obligations de sa charge ».*⁷⁵⁶

⁷⁵⁵ Article 20.3 a) et b) selon lequel « Quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7 ou 8 ne peut être jugé par la Cour que si la procédure devant l'autre juridiction : a) Avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour ; ou b) N'a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice ».

⁷⁵⁶ Article 55.1 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen.

590. Une telle dérogation à la règle *non bis in idem*, quand bien même elle serait perçue comme un moyen évident de garantir et de protéger la souveraineté pénale des Etats membres, apparaît comme assez contestable car il résulterait de cette reconnaissance aux Etats d'une faculté de double poursuites, « *une application à géométrie variable du ne bis in idem au sein de l'Union, ce au détriment du principe de la sécurité juridique* », ⁷⁵⁷ ce qui n'inviterait aucunement à la cohérence voulue par Bruxelles.

591. Dans son *Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, la Commission propose notamment de revenir sur ce régime de dérogation qu'elle qualifie d'obsolète, en créant un mécanisme d'attribution des affaires permettant d'identifier l'Etat membre le mieux placé pour assurer les poursuites, afin d'éviter la litispendance. Une telle pratique permettrait d'une part de satisfaire l'intérêt de l'Etat compétent pour poursuivre, et d'autre part de garantir pleinement l'application du principe et la sécurité juridique du justiciable. ⁷⁵⁸

SECTION 2 : UNE OBLIGATION DE POURSUITE FAVORISANT L'EROSION DES OBSTACLES LEGAUX INTERNES.

592. Il est des pratiques strictement nationales qui protègent l'individu et le soustraient totalement ou partiellement à l'exercice de toute poursuite. En effet, l'Etat est libre, au nom de sa souveraineté pénale, d'édicter des règles spéciales, propres à exclure ou suspendre les poursuites, en raison du statut de l'individu ou des circonstances. Parmi ces règles nationales, se retrouvent les immunités de juridiction, la prescription et l'amnistie. Or, l'obligation de poursuite posée par le droit international vient favoriser l'érosion continue de ces pratiques nationales. Face à la gravité du crime, les immunités de juridiction sont, de plus en plus souvent, reconnues invalides (§ I.), tout comme les règles de prescription et d'amnistie qui peuvent être déclarées illégales. (§ II.)

⁷⁵⁷ Weyembergh (A.), *Le principe ne bis in idem : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen*, *Cahiers de droit européen*, 2004, p. 355. (337-375).

⁷⁵⁸ *Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, du 23 décembre 2005, COM (2005) 696.

§. I. L'invalidité croissante des immunités de juridiction.

593. Lorsqu'il est question de la poursuite des crimes les plus graves, le droit international vient consacrer le rejet de la théorie des immunités. En effet, reconnaître une immunité à l'auteur d'un crime prohibé par le droit international revient à consacrer l'impunité. Or, c'est justement le contraire que consacre le droit international (A.), même si en retour, cette obligation du rejet des immunités ne semble pas toujours être pleinement relayée par les Etats. (B.)

A. La consécration en droit international de l'abandon des immunités pour les crimes les plus graves.

594. Une fois de plus l'élément de gravité est au centre des débats. Le droit international ne s'intéresse pas aux strictes immunités internes concernant les crimes de droit commun, mais aux immunités qui pourraient entacher la poursuite pénale des crimes les plus graves. C'est la raison pour laquelle il prohibe les immunités concernant les dirigeants et autres ordonnateurs. En ce sens, les cas de rejet des immunités sont nombreux (1.) et largement consacrés par les juridictions internationales. (2.)

1. L'apport du droit international quant au rejet des immunités.

595. La notion d'immunité de juridiction est avant tout une norme coutumière, résultante d'une pratique séculaire et continue des Etats voulant protéger leurs représentants face à toute éventualité d'ingérence. Par analogie, le rejet des immunités en cas de crime grave trouve également son origine dans la coutume internationale. (a.) Comme de nombreuses règles coutumières, celle-ci a été, par la suite, codifiée par le droit conventionnel. (b.)

a. Le rejet des immunités : une règle coutumière.

596. Le rejet du principe immunitaire trouve sa première reconnaissance officielle lors de l'après première guerre mondiale, où il fut question de poursuivre et de juger le Kaiser allemand, pour violation caractérisée des lois et coutumes de guerre. La mise en jeu de la responsabilité pénale de Guillaume II devait s'accomplir devant un Tribunal international⁷⁵⁹, qui ne tenait pas compte de la qualité d'officiel de l'accusé et de son statut d'ancien chef d'Etat. Or, pour des raisons purement politiques, aucune poursuite ne fut intentée contre lui. Il faut attendre la fin de la seconde guerre mondiale pour que ressurgisse cette négation, aux fins de poursuite, des immunités des chefs d'Etat et des gouvernants.

597. Le Statut du Tribunal de Nuremberg dispose expressément que

*« la situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etats, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine ».*⁷⁶⁰

598. En excluant la qualité d'officiel comme cause d'exonération de la responsabilité pénale, l'Accord de Londres vient faire écho à la Déclaration de Moscou, qui déjà ambitionnait de poursuivre les criminels nazis, sans distinction selon qu'ils soient gouvernants ou simples exécutants. Dans les faits, il s'est avéré que seuls les hauts dignitaires du régime nazi furent poursuivis à Nuremberg, puisque Adolf Hitler était mort et que l'Amiral Donitz, son successeur éphémère, n'a pas été considéré comme chef d'Etat, mais comme exécutant. Au-delà de ceci, les immunités de juridiction dont auraient pu se prévaloir les principaux accusés, ne furent pas considérées par les juges.

Sur un modèle similaire, le Statut du Tribunal de Tokyo dispose que

« neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with

⁷⁵⁹ Article 227 du Traité de Versailles.

⁷⁶⁰ Article 7 du Statut du Tribunal de Nuremberg.

*which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires».*⁷⁶¹

599. Or, malgré la volonté de punir les principaux criminels de guerre, en dépit de la condamnation des principaux ministres et chefs de gouvernement, il s'est avéré que le rejet des immunités de juridiction fut partiel. En effet, l'Empereur Hiro-Hito conserva son statut protégé qui le mit à l'abri de toute poursuite. A juste titre, l'Empereur était considéré comme le principal responsable et ordonnateur de la guerre du Pacifique. Mais, en raison d'une stricte application de l'opportunité des poursuites et de sa place particulière dans la société nipponne, sa responsabilité pénale ne fut jamais mise en jeu.⁷⁶² La consécration des principes de Nuremberg par la Commission du droit international acheva de conférer au rejet des immunités pour crimes de droit international un caractère universel. En effet, la Commission retient que

*« le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernant ne dégage pas sa responsabilité en droit international».*⁷⁶³

600. La Commission va donc synthétiser les principes issus du jugement afin qu'ils servent de base à l'élaboration d'une juridiction pénale internationale permanente. Dans l'attente de ceci, la synthèse proposée par la Commission confirme la valeur coutumière des principes, ceux-ci ayant acquis une valeur universelle, valant à l'égard de tout Etat.

b. Une codification par le droit conventionnel.

601. Outre une large reconnaissance coutumière du rejet des immunités pour crimes internationaux, le droit international, strictement conventionnel, a logiquement imposé aux Etats d'invalider le recours aux immunités afin de permettre la mise en œuvre de poursuites pénales. Mais le droit conventionnel reste limité quant à cette interdiction

⁷⁶¹ Article 6 du Statut du Tribunal de Tokyo.

⁷⁶² L'empereur du Japon est considéré, encore à l'heure actuelle, comme ayant une ascendance divine. De plus, il est présenté comme le garant de l'unité nationale et de l'équilibre de la société. Par décision unilatérale du Général Mac Arthur, Hiro-Hito a été rayé de la liste de accusés. Pour information, il régna jusqu'en 1989.

⁷⁶³ Principe 3, Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950, Documents Officiels cinquième session, Supplément No 12(a/1316), Nations Unies, New-York, 1950, pp.12-16

puisque rares sont les textes qui la prévoient. En effet, le droit conventionnel ne rejette l'excuse de l'immunité de juridiction que pour les crimes les plus graves, à l'image de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* selon laquelle

« les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers ». ⁷⁶⁴

602. En mettant sur un pied d'égalité, gouvernants, fonctionnaires et particuliers, la Convention se veut un moyen efficace de lutte contre l'impunité, garantissant ainsi l'impartialité des poursuites. De par une approche assez large de la notion d'auteur du crime, aucune excuse de qualité officielle ne pourra justifier l'abandon ou la négation des poursuites. Une telle approche est reprise dans les textes postérieurs. Ainsi, la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, qui vient combler les vides du droit conventionnel en la matière, ⁷⁶⁵ privilégie une approche générale en excluant l'immunité des représentants de l'autorité de l'Etat, notion susceptible d'englober gouvernants ou tout autre représentant officiel. ⁷⁶⁶ Sur un modèle similaire, la *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid* impose aux Etats parties de reconnaître la responsabilité pénale des individus, quand bien même ils jouiraient d'un statut officiel. ⁷⁶⁷

603. La *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* présente l'originalité d'inclure le rejet des immunités dans la définition même de la torture. La négation des immunités s'impose aux Etats, puisqu'en reconnaissant la définition même de la torture, ils reconnaissent *ipso facto* le rejet du

⁷⁶⁴ Article V de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.

⁷⁶⁵ En effet, les Conventions de Genève sont muettes quant à un quelconque rejet des immunités du chef d'Etat ou de tout individu agissant à titre officiel.

⁷⁶⁶ Article II : « si l'un quelconque des crimes mentionnés à l'article premier est commis, les dispositions de la présente Convention s'appliqueront aux représentants de l'autorité de l'Etat et aux particuliers qui y participeraient en tant qu'auteurs ou en tant que complices, ou qui se rendraient coupables d'incitation directe à la perpétration de l'un quelconque de ces crimes, ou qui participeraient à une entente en vue de le commettre, quel que soit son degré d'exécution, ainsi qu'aux représentants de l'autorité de l'Etat qui toléreraient sa perpétration ».

⁷⁶⁷ Article III : « sont tenus pour pénalement responsables sur le plan international, et quel que soit le mobile, les personnes, les membres d'organisations et d'institutions et les représentants de l'Etat, qu'ils résident sur le territoire de l'Etat dans lequel les actes sont perpétrés ou dans un autre Etat, qui : a) Commettent les actes mentionnés à l'article II de la présente Convention, participent à ces actes, les inspirent directement ou conpirent à leur perpétration ; b) Favorisent ou encouragent directement la perpétration du crime d'apartheid ou y coopèrent directement ».

bénéfice des immunités, à tout individu agissant directement ou non, perpétrant, ordonnant ou simplement tolérant les actes de torture.⁷⁶⁸ La dernière Convention répressive en date, la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* privilégie, quant à elle, l'approche la plus générale qui soit du rejet des immunités, en reconnaissant la responsabilité pénale de tout individu coupable du crime de disparitions forcées, excluant implicitement toute excuse de qualité ou de statut officiel.⁷⁶⁹

2. Une invalidité des immunités consacrée par la justice pénale internationale.

604. La justice pénale internationale a fait de la lutte contre l'impunité la pierre angulaire d'une justice exemplaire et impartiale. Certes, une telle invalidité ne concerne pas directement les Etats mais elle constitue, à leur encontre, une source d'inspiration non-négligeable. En se basant sur les précédents coutumiers et sur le droit conventionnel, les immunités de juridictions accordées aux gouvernants ont disparu. Ceci est confirmé tant par les juridictions pénales internationales (a.) que par les juridictions internes internationalisées. (b.)

a. La négation des immunités devant les juridictions pénales internationales.

605. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie est le premier à avoir renié les immunités de juridiction afin de mettre en jeu la responsabilité pénale individuelle de l'auteur des crimes internationaux rentrant dans la compétence du Tribunal. En effet, après avoir rappelé ce principe de responsabilité pénale individuelle, le Statut dispose que

⁷⁶⁸ Article premier « aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ».

⁷⁶⁹ Article 6. 1 a) : « tout État partie prend les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsable au moins : a) Toute personne qui commet une disparition forcée, l'ordonne ou la commandite, tente de la commettre, en est complice ou y participe ».

*« la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'Etat ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine».*⁷⁷⁰

606. Afin de compléter cette disposition, le Tribunal va affirmer également la responsabilité individuelle du supérieur hiérarchique, applicable à la hiérarchie militaire, ce qui est d'autant plus essentiel que le premier titre de compétence du Tribunal s'avère être les crimes de guerre. Il est ainsi prévu que

*« le fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs».*⁷⁷¹

607. Mais afin de ne pas restreindre le champ d'application de ces normes, le Tribunal est venu préciser quels individus pouvaient voir leur responsabilité individuelle engagée. En effet, reconnaître la responsabilité des seuls chefs d'Etat ou hauts responsables militaires s'avère être un élément réducteur quand il s'agit de rendre une justice impartiale et effective. En fait de quoi les juges de la Haye ont lié ces deux dispositions du Statut pour affirmer que

« il s'avère que rien dans cet article (7.3) ne vient expressément limiter la portée de ce type de responsabilité aux chefs militaires ou aux situations apparues sous un commandement militaire. En revanche, l'emploi, dans cet article, du terme générique de "supérieur" indique clairement, tout comme sa juxtaposition avec l'affirmation, dans l'article 7 2), de la responsabilité pénale individuelle des "chefs d'État ou de gouvernement" ou des "haut(s) fonctionnaire(s) " que, par delà les chefs militaires, ce sont

⁷⁷⁰ Article 7. 2 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

⁷⁷¹ Article 7.3 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

les hauts responsables politiques et autres supérieurs civils investis d'une autorité qui sont visés.⁷⁷²

608. Le Tribunal d'Arusha, construit sur le modèle de celui de la Haye, applique des règles strictement similaires, quant à la négation des immunités et la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle, des gouvernants ou du supérieur hiérarchique.⁷⁷³

609. Le Statut de la Cour pénale internationale propose une vision assez novatrice du rejet des immunités. En effet, d'un côté il vient synthétiser le droit existant en la matière depuis Nuremberg, et d'un autre côté il élargit largement la liste des individus dont les immunités ne pourraient être invoquées pour dénier la compétence de la Cour. La rejection des immunités est basé sur deux règles essentielles, que sont la responsabilité pénale individuelle et la non-discrimination favorisant la tenue de poursuites, sans qu'une quelconque excuse de qualité officielle ne puisse être invoqué. Il en ressort donc que

*« le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine »*⁷⁷⁴,

et de préciser que

«les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la

⁷⁷²TPIY, 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic alias « Pavo», Hazim Delic, Esad Landzo alias « Zenga »*, Affaire n° IT-96-21, § 356.

⁷⁷³ L'article 6 du Statut dispose ainsi en son alinéa 2 que « la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine » et en son alinéa 3 que « le fait que l'un quelconque des actes visés aux Articles 2 à 4 du présent Statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs ».

⁷⁷⁴ Article 27.1.

Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne
».⁷⁷⁵

b. La négation des immunités devant les juridictions internes internationalisées.

610. Les juridictions internes internationalisées, puisqu'elles sont chargées de juger les auteurs de crimes internationaux, ne reconnaissent pas, pour la plupart,⁷⁷⁶ les immunités de juridictions liées à la qualité officielle de l'accusé. Copié sur un modèle strictement identique à celui des deux Tribunaux pénaux internationaux, le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone dénie toute validité à l'invocation des immunités comme motif de rejet ou de suspension des poursuites. Ainsi, pour engager la responsabilité pénale individuelle, il est reconnu que

*« the official position of any accused persons, whether as Head of State or Government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment ».*⁷⁷⁷

De même, la responsabilité du supérieur hiérarchique sera affirmée, puisque

« the fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was

⁷⁷⁵ Ibid alinéa 2. Mais le caractère conventionnel du Statut et la complémentarité qui caractérisent la Cour, font qu'une telle disposition doit être interprétée et appliquée à la lumière de l'article 98.1 selon lequel « la Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité ». Cet article limite le champ d'action de la Cour en protégeant la souveraineté étatique, car en aucun cas l'État requis ne sera contraint à agir à l'encontre de ses obligations internationales en matière d'immunités. La doctrine en a déduit que « l'objectif de cette disposition est de ne pas créer d'obligations contradictoires pour les États parties au Statut. Elle est généralement interprétée comme une conséquence de l'effet relatif des traités. Les immunités du chef d'un État non partie à la Convention doivent être respectées », Cosnard (M.), Les immunités du chef d'État, in *Le chef d'État et le droit international, Colloque de Clermont-Ferrand*, Paris, Pedone, 2002, p. 201.

⁷⁷⁶ Un tel rejet des immunités est étrangement absent des statuts du Tribunal de Phnom Penh et du Tribunal pour le Timor Oriental. Cependant, il faut espérer que le caractère coutumier de cette norme fera qu'elle sera appliquée lors des poursuites.

⁷⁷⁷ Article 6.2 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

about to commit such acts or had done so and the superior had failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof». ⁷⁷⁸

611. Le Statut du Tribunal spécial irakien est à l'heure actuelle le plus complet et le plus précis quant à la négation des immunités. Au-delà de la seule référence aux gouvernants, le Tribunal rejette l'immunité des individus qui ont occupé une position au sein du parti Ba'ath, et qui se sont rendus coupables des crimes relevant de la compétence du Tribunal. Il est donc prévu que

« the official position of any accused person, whether as president, prime minister, member of the cabinet, chairman or a member of the Revolutionary Command Council, a member of the Arab Socialist Ba'ath Party Regional Command or Government (or an instrumentality of either) or as a responsible Iraqi Government official or member of the Ba'ath Party or in any other capacity, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment. No person is entitled to any immunity with respect to any of the crimes stipulated in Articles 11 to 14 ». ⁷⁷⁹

B. Un rejet des immunités consacré par la pratique ?

612. Bien que posée en droit international, la règle du rejet des immunités pour les crimes graves ne semble pas rencontrer un grand succès. En effet, les Etats, jaloux de leur souveraineté, préfèrent continuer à régler eux-mêmes le statut de leurs dirigeants. (1.) Une fois de plus, les plus grandes avancées viendront des juridictions internationales, dégagées de toute contingence souveraine. (2.)

⁷⁷⁸ Article 6.3. Le raisonnement du Tribunal sur la qualité des personnes à poursuivre sera similaire, ou du moins largement inspiré de l'approche retenue par le Tribunal de la Haye.

⁷⁷⁹ Article 15.c du Statut du Tribunal spécial irakien.

1. Une reconnaissance nationale contradictoire.

613. La consécration du rejet des immunités est loin d'être absolue en droit interne, car la notion d'immunité de juridiction coexiste avec celle d'actes de fonction. En effet, les immunités accordées le sont au titre de la fonction et les actes qui en découlent ne peuvent faire l'objet de poursuites. Or, il est évident que crimes internationaux et actes de fonction ne peuvent coexister. **(a.)** Ceci n'empêche pas que la mise en œuvre nationale du rejet des immunités peut rencontrer certaines difficultés. **(b.)**

a. Actes de fonction et crimes internationaux.

614. La notion d'actes de fonction est une notion extrêmement large et susceptible de nombreuses interprétations, mais qui par nature rentre dans la catégorie des actes couverts par les immunités.⁷⁸⁰ En effet, quand bien même il ne serait plus au pouvoir, les actes officiels accomplis dans l'exercice des fonctions du Chef d'Etat, sont par nature rattachés à la fonction exécutive et resteront couverts par les immunités.

615. De ce fait, l'immunité absolue dont bénéficie le chef d'Etat en fonction disparaîtra au profit d'une immunité résiduelle ne couvrant que les stricts actes de fonctions. Or, si des crimes ont été commis par le chef d'Etat lors de son passage au pouvoir, sont-ils pleinement couverts par les immunités et donc considérés comme des actes de fonction ou bien peuvent-ils engager la responsabilité personnelle de leur auteur ? Assurément, le bénéfice officiel d'une fonction ne peut aucunement justifier un déni de responsabilité pénale ou un abandon des poursuites et conduirait, dans le cas contraire, à considérer une activité criminelle comme rentrant dans les fonctions traditionnelles du chef de l'Etat.

616. Le régime des immunités serait de ce fait le meilleur moyen de favoriser l'impunité. Ceci est d'autant plus vrai en ce qui concerne les crimes internationaux. En effet, un Chef d'Etat qui aurait, lors de son passage au pouvoir, favorisé ou ordonné la commission de crimes internationaux ne peut être couvert par une quelconque immunité résiduelle. Il serait choquant de considérer que la commission d'un crime international rentre dans les fonctions traditionnelles du chef de l'Etat, d'autant qu'il pourra s'agir d'un crime prohibé par le droit impératif ou par la coutume. Force est de constater que la

⁷⁸⁰ Voir notamment Salmon (J.), Immunités et actes de la fonction, *A.F.D.I.*, 1992, pp. 314-357.

doctrine et la pratique ont reconnu que « *c'est parce qu'il s'agit d'un crime international (...) et commis en violation du jus cogens qu'il ne peut s'agir d'un acte accompli dans l'exercice de ses fonctions par le chef de l'Etat* ». ⁷⁸¹ De ce fait, la seule commission d'un crime international justifierait la levée automatique des immunités et légitimerait la survenance de poursuites pénales. Cette dichotomie entre crimes internationaux et actes de fonction est confirmée par la jurisprudence, notamment par les affaires Marcos et Pinochet.

617. Pendant près de vingt ans, Ferdinand Marcos dirigea les Philippines d'une main de fer. Ayant perdu le pouvoir en 1986, il se réfugia aux Etats-Unis où il fit l'objet de plaintes de près de 10 000 philippins, victimes directes ou non de violations des droits de l'homme : torture, exécutions sommaires et disparitions forcées. Les poursuites, intentées au civil en vue de dommages et intérêts, étaient basées sur l'*Alien Tort claims Act* ⁷⁸² légitimant la compétence universelle des juridictions américaines et rendant les juridictions compétentes pour connaître des actes allégués de torture, commis, en violation du droit international, à l'étranger, par des étrangers, contre des étrangers. ⁷⁸³

618. En première instance, toutes les demandes furent rejetées, au motif que, par une stricte application de la théorie des immunités, le juge n'avait pas compétence pour connaître d'actes commis par un chef d'Etat, en fonction au moment de leur commission. Le juge n'a fait qu'appliquer la théorie des actes de fonction alliée à la doctrine de l'*act of state*. ⁷⁸⁴ Or, en appel, la Cour d'appel fédérale du neuvième circuit cassa les décisions de première instance en reconnaissant la compétence des juridictions américaines pour connaître d'actes de torture, en dépit des immunités dont bénéficiait Ferdinand Marcos. Le juge a estimé que les crimes reprochés à Marcos, notamment la torture, ne constituaient pas des actes de fonction couverts par une immunité résiduelle et que sa responsabilité individuelle devait être engagée. En effet, il ressort que

« where the officer's powers are limited by statute, his actions beyond those limitations are considered individual and not sovereign actions. The officer is not doing the

⁷⁸¹ Cara de (J.Y.), L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords, *A.F.D.I.*, 1999, p. 93.

⁷⁸² Op. cit.

⁷⁸³ Pour rappel, cette loi dispose que « *the districts courts shall have original jurisdiction of any civil action by alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ».

⁷⁸⁴ Doctrine d'origine américaine selon laquelle les tribunaux d'un Etat ne peuvent se prononcer sur la validité des actes de gouvernements d'un autre Etat souverain accomplis sur son propre territoire. Voir à ce propos, Combacau (J.), La doctrine de l'*act of state* aux Etats-Unis, développements récents, *R.G.D.I.P.*, 1977, pp. 35-91.

*business which the sovereign has empowered him to do. (...) This is consistent with our earlier decision that the same allegations against former President Marcos are not nonjusticiable acts of states (...) in so holding, we implicitly rejectes the possibility that these acts were publics acts of sovereign».*⁷⁸⁵

Le décès de l'accusé en 1990 n'a cependant pas mis fin à la procédure puisque, se déroulant au civil, la succession de Ferdinand Marcos fut condamnée à payer aux différentes victimes des indemnités à hauteur de 1,2 milliards de dollars.⁷⁸⁶

619. L'affaire Pinochet constitue une réelle affirmation de la négation des immunités du chef d'Etat pour crimes internationaux et constitue un tournant dans la mise en œuvre des poursuites pénales contre les anciens dirigeants. Le 11 septembre 1973, Augusto Pinochet prit le pouvoir au Chili et instaura un régime militaire bafouant les droits fondamentaux et persécutant systématiquement tout opposant politique. Le 19 avril 1978, la Junte militaire promulgua une loi d'autoamnistie ayant pour ambition de protéger les auteurs des crimes commis depuis 1973. De plus, l'adoption d'une nouvelle Constitution accorda aux anciens chefs d'Etat un statut de sénateur à vie, leur accordant de ce fait une immunité résiduelle totale. Le 14 décembre 1989 Pinochet se retira du pouvoir mais conserva le commandement suprême des armées jusqu'au 10 mars 1998. Le lendemain, il devint sénateur à vie.

620. Le 16 octobre 1998, alors qu'il se trouvait à Londres, les autorités britanniques arrêtèrent Pinochet. L'Espagne invoquait sa compétence universelle et avait, à ce titre, entamé une procédure d'extradition contre Pinochet pour génocide, torture et disparitions forcées, commis au Chili entre 1973 et 1990. Or, par une décision du 28 octobre 1998, la *High Court* de Londres rejette la demande espagnole au motif que Pinochet bénéficiait des immunités accordées par son statut d'ancien chef d'Etat et qu'à ce titre il ne pouvait faire l'objet de poursuites.⁷⁸⁷ En appel, la Chambre des Lords casse cependant la décision sur le fondement qu'un ancien chef d'Etat ne bénéficie de l'immunité que pour des actes effectués

⁷⁸⁵ Court of appeal, 9th Circuit, 1992, *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation, A. Trajano et al. v. Estate of F. Marcos and I. Marcos-Manotoc.*

⁷⁸⁶ Court of appeal, 9th Circuit, 16 juin 1994, *In re Estate of F. Marcos, Human Rights Litigation, M. Hilao et al. v. Estate of F. Marcos.*

⁷⁸⁷ High Court, 28 octobre 1998, *Judgment- The Queen v. Evans, Bartle, the Secretary of State for the Home Department, ex Parte Augusto Pinochet Ugarte.*

dans l'exercice de ses fonctions et que les crimes reprochés ne peuvent être considérés comme des actes de fonction.⁷⁸⁸ Se basant sur la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, il a été reconnu que

« art 39. 2 of the Vienna Convention is apt to confere immunity in respect of acts performed in the exercise of functions which international law recognises as functions of a head of state (...) And it hardly needs saying that torture of his own subjects, or aliens, would not be regarded by international law as a function of head of state ».⁷⁸⁹

Or, en raison des liens avérés entre un des Lords majoritaires et Amnesty International, la Chambre annule sa décision.⁷⁹⁰

621. Le 24 mars 1999, la Chambre des Lords rend une décision définitive en reconnaissant que les crimes reprochés à Pinochet ne peuvent être couverts par une quelconque immunité.⁷⁹¹ Cependant, les juges privilégient une approche extrêmement restrictive des crimes extraditables. En effet, se référant au crime de torture, les juges appliquèrent strictement la condition de double incrimination,⁷⁹² en n'autorisant l'extradition et les poursuites uniquement pour les crimes commis entre 1988 et 1990, c'est-à-dire pour les crimes commis entre l'entrée en vigueur au Royaume-Uni de la Convention contre la torture⁷⁹³ et la perte du pouvoir de Pinochet au Chili. La date retenue est celle à partir de laquelle l'Espagne, le Chili et le Royaume-Uni étaient tous trois liés par la Convention, et de ce fait, « *la non-immunité pour les crimes de torture devient donc un*

⁷⁸⁸ Pour rappel, il ne rentre pas dans les prérogatives traditionnelles d'un chef d'Etat d'ordonner torture, génocide ou disparitions forcées.

⁷⁸⁹ House of Lords, 25 novembre 1998, *Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, opinion de Lord Nicholls.

⁷⁹⁰ House of Lords, 15 janvier 1999, *Regina v. Bow street Metropolitan stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet*.

⁷⁹¹ House of Lords, 24 mars 1999, *Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*.

⁷⁹² Telle que prévue par l'*Extradition Act* de 1989.

⁷⁹³ Le Royaume-Uni ratifia la Convention le 8 décembre 1988. Celle-ci fut intégrée au droit britannique par le *Criminal Justice Act 1988*, dont la Section 134 dispose que « *un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, quelle que soit sa nationalité, est coupable du crime de torture si, au Royaume-Uni ou ailleurs dans le monde, cette personne inflige intentionnellement à une autre personne une douleur ou des souffrances aiguës, et ce dans le cadre de l'exécution de ses fonctions officielles* ».

principe à dimensions variables ; elle ne résulte pas de la Convention, mais de sa transposition dans les différents droits internes ». ⁷⁹⁴ Les Lords ont donc conditionné les poursuites à l'existence d'une norme nationale de réception de la Convention de 1984, ce qui a laissé penser que primerait sur une norme de *jus cogens* une norme nationale. ⁷⁹⁵ Suite à cette décision, le ministre de l'Intérieur donna son accord à la procédure d'extradition de Pinochet vers l'Espagne. ⁷⁹⁶

b. Une mise en œuvre nationale qui reste difficile : l'exemple de l'affaire « Kadhafi ».

622. Les juridictions internes, lorsqu'elles sont confrontées aux règles des immunités des gouvernants, ont tendance à privilégier une approche extrêmement stricte de la règle. Outre la deuxième décision Pinochet, restrictive quant à l'appréciation de la condition de la double incrimination, les poursuites engagées, en droit interne, contre des chefs d'Etat restent problématiques, à l'image des poursuites engagées contre le Colonel Kadhafi. Le Président libyen Muammar Kadhafi a été directement mis en cause pour l'attentat du DC 10 d'UTA, perpétré le 19 septembre 1989 par des terroristes libyens, faisant 170 victimes. Les familles des victimes françaises ont engagé des poursuites contre le chef d'Etat pour complicité d'homicide volontaire dans le cadre d'activités terroristes. La défense du Chef d'Etat libyen invoquait en l'espèce son immunité absolue, liée à l'exercice du pouvoir présidentiel. La Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris rejeta cet argumentaire en tenant compte à la fois de la gravité des crimes reprochés, mais aussi de l'évolution du droit international quant au rejet des immunités. En effet, en estimant que

« de nombreuses conventions internationales ratifiées par la France (...) ont écarté cette immunité, pour les crimes les plus graves, crimes contre l'humanité, de génocide, d'apartheid et de guerre (...) que ces conventions, loin de constituer des exceptions limitatives à une immunité absolue,

⁷⁹⁴ Cosnard (M.), Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, *R.G.D.I.P.*, 1999, p. 326.

⁷⁹⁵ Ibid, p. 325 et s.

⁷⁹⁶ L'extradition de Pinochet vers l'Espagne n'a cependant jamais eu lieu. En effet, en raison de son état de santé inquiétant il fût renvoyé au Chili, mais sur place, des poursuites furent engagées à son encontre pour sa participation à l'Opération Condor, à l'affaire de la caravane de la mort ou bien encore aux assassinats et disparitions ayant eu lieu à la villa Grimaldi. Voir notamment Raulin de (A.), L'effet Pinochet et la décision de la Cour suprême du Chili du 8 août 2000, *P.A.*, 21 décembre 2000, n° 254, pp. 10-16.

traduisent, au contraire, la volonté de la communauté internationale de poursuivre les faits les plus graves, y compris lorsqu'ils ont été commis par un chef d'Etat dans l'exercice de ses fonctions, dès lors que ceux-ci constituent des crimes internationaux, contraires aux exigences de la conscience universelle »⁷⁹⁷,

les juges d'appel classent le terrorisme parmi ces crimes les plus graves, légitimant le rejet des immunités, fussent-elles absolues. C'est la raison pour laquelle,

« si l'immunité des chefs d'Etat étrangers a toujours été admise par la société internationale, y compris la France aucune immunité ne saurait couvrir les faits de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste ».⁷⁹⁸

623. Or, en cassation, la Cour a rejeté la position de la Cour d'appel, en se basant sur la coutume internationale et le droit conventionnel, privilégiant une interprétation extrêmement stricte du régime des immunités. En effet, la Haute juridiction retient que

« la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger ».⁷⁹⁹

Ni la coutume, ni les Conventions anti-terroristes, ne prévoyant le rejet des immunités du Chef d'Etat pour les actes de terrorisme, la Cour de Cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel, et a énoncé, dans un considérant de principe,

« qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe

⁷⁹⁷ CA de Paris, 20 octobre 2000.

⁷⁹⁸ Ibid. Voir notamment Bullier (A.J.), Kadhafi/Pinochet : chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris et chambre des Lords se rejoignent dans une même logique, *P.A.*, 6 décembre 2000, n° 243, pp. 9-10.

⁷⁹⁹ Cass, crim, 13 mars 2001, *Bull.*, n° 64, p. 218.

de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice». ⁸⁰⁰

624. En privilégiant une interprétation stricte des immunités, la Haute juridiction française semble cantonner le rejet des immunités aux seuls crimes internationaux prévus par la coutume et par le droit international. Or, pour une partie de la doctrine, malgré une solution négative, cet arrêt laisse augurer une nouvelle approche du régime des immunités, puisque par son considérant de principe, « *la Cour suggérait qu'elle lui aurait refusé l'immunité si les crimes desquels [Kadhafi] était accusé avaient fait partie des exceptions* ». ⁸⁰¹ En d'autres termes, si les crimes avaient été qualifiés de crimes internationaux, pour lesquels la coutume et le droit conventionnel rejettent les immunités, en suivant la logique de la Cour, celles-ci auraient été invalidées. ⁸⁰²

2. L'apport de la justice internationale.

625. La justice pénale internationale a pleinement consacré la théorie du rejet des immunités et l'a mise en oeuvre. Dégagée de toute contrainte étatique, cette justice se veut impartiale et s'est attelée à une poursuite systématique des anciens gouvernants, (a.) tout en posant des règles spécifiques concernant les gouvernants en fonction et leur immunité absolue. (b.)

a. Une poursuite systématique des anciens gouvernants.

626. La poursuite est systématique car la gravité des crimes prime sur la qualité officielle et les immunités qui y sont attachées. On se trouve dans une situation d'automatisme des poursuites de l'ancien gouvernant, dès lors que la situation matérielle

⁸⁰⁰ Ibid.

⁸⁰¹ Borghi (A.), *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2003, p. 299. La doctrine a ainsi reconnu qu' « *il est ensuite malheureux que les plaignants n'aient pas tenté de qualifier les actes reprochés à Kadhafi comme des crimes contre l'humanité, ce qui aurait peut-être pu conduire la Cour à juger autrement, ou du moins à définir sa position de manière plus claire* », *ibid*, p. 300.

⁸⁰² L'affaire Kadhafi a connu un dernier rebondissement devant la Cour européenne des droits de l'homme. Mais les juges de Strasbourg estimèrent que le litige avait été réglé en droit interne et ne nécessitait pas la poursuite de l'examen de la requête, Cour EDH, 4 octobre 2006, *Association SOS Attentats et Béatrice de Boëry c. France*, décision sur la recevabilité.

est possible.⁸⁰³ En invalidant la théorie des actes de fonction pour les anciens gouvernants, ceux-ci sont devenus des justiciables ordinaires, dont la responsabilité pénale est systématiquement reconnue dans le cadre de la justice pénale internationale. Ainsi, en tant qu'anciens chefs d'Etat ou de gouvernements, la gravité du crime en cause prime sur la qualité officielle de l'accusé. C'est ce qu'il ressort des affaires Kambanda (α) et Taylor. (β)

a. L'affaire « Jean Kambanda ».

627. L'affaire Kambanda, jugée par le Tribunal d'Arusha est symptomatique de cette approche de la justice pénale internationale. Jean Kambanda était Premier ministre rwandais lors des événements de 1994. A ce titre, sa responsabilité pénale a été engagée en raison de sa participation directe dans la commission des crimes et en sa qualité de responsable politique n'intervenant pas pour les faire cesser. Son inculpation a été prononcée pour génocide, entente en vue de commettre le génocide, incitation directe et publique à commettre le génocide, complicité dans le génocide et crimes contre l'humanité. Il a plaidé coupable des chefs d'accusation retenus contre lui. Le Tribunal a reconnu que la place qu'il occupait dans la hiérarchie gouvernementale aurait du lui permettre d'empêcher la commission des crimes. A défaut, il n'a pas agi avec toute la diligence requise afin d'empêcher le génocide, mais bien au contraire il a abusé de sa situation personnelle pour faciliter la commission des crimes. C'est la raison pour laquelle le Tribunal a retenu que

« au moment où ces crimes ont été commis, Jean Kambanda était Premier Ministre et partageait avec les membres de son Gouvernement la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité au Rwanda. Jean Kambanda a abusé de son autorité et de la confiance de la population civile. Il a personnellement participé au génocide en distribuant des armes, en prononçant des discours incendiaires et en présidant des conseils de cabinet et d'autres réunions au cours desquels les massacres ont été planifiés et débattus. Il

⁸⁰³ Voir les poursuites engagées contre Saddam Hussein devant le Tribunal spécial irakien pour crimes contre l'humanité et génocide, les actes d'accusations contre Ratko Mladic et Radovan Karadzic pour crimes contre l'humanité, crimes de guerre et génocide, ou bien encore les procédures en cours contre les anciens dignitaires yougoslave, tel le Président serbe Milan Milutinovic ou bien encore le ministre de l'intérieur serbe Vljako Stojiljkovic.

*a failli à l'obligation qui lui était faite de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ses subordonnés de commettre des crimes contre la population. L'abus d'autorité ou de confiance est généralement considéré comme une circonstance aggravante».*⁸⁰⁴

628. De l'accusation d'entente dans la perpétration des crimes, il en découle la mise en jeu de la responsabilité d'autres membres du gouvernement Kambanda pour leur participation directe ou indirecte dans la commission des crimes, sans que leur qualité officielle ne soit prise en compte.⁸⁰⁵

β. L'affaire « Charles Taylor ».

629. Lors du procès de Charles Taylor, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, a explicitement rejeté l'argument des immunités. L'ancien Président libérien, Charles Taylor, est inculqué de 17 chefs d'accusation que l'on peut résumer en crimes contre l'humanité et violation graves des Conventions de Genève et du droit humanitaire, commis en Sierra Leone. Ces crimes ont été ordonnés ou encouragés par Charles Taylor, afin de déstabiliser le pays et d'accéder à ses réserves diamantaires. Or, sa défense invoquait l'illégalité de la procédure car l'accusé bénéficierait des immunités accordées au Chef d'Etat, étant en fonction lors de la commission des crimes reprochés. Le Tribunal, s'inspirant des précédents de la justice pénale internationale a cependant rejeté la motion déposée en affirmant la légalité des poursuites et en constatant que l'immunité des chefs d'Etat ne portent pas sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Ainsi, les juges ont-ils rejeté la pertinence des immunités, puisque,

⁸⁰⁴ T.P.I.R, 4 septembre 1998, *Le Procureur c. Kambanda*, Affaire n° ICTR 97-23-S, jugement portant condamnation, § 44. Jean Kambanda est le premier chef de gouvernement de l'histoire à avoir plaidé coupable des chefs d'accusation retenus contre lui. De plus, c'est procès constitue la première condamnation d'un individu pour génocide depuis l'adoption de la Convention en 1948.

⁸⁰⁵ Le Tribunal a notamment reconnu que « *Jean Kambanda, (...) s'est entendu avec d'autres, notamment des ministres de son gouvernement, tel Pauline Nyiramasuhuko, André Ntagerura, Eliezer Niyitegeka et Edouard Karemera, pour commettre des assassinats et porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale des membres de la population tutsie, dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe ethnique ou racial comme tel, et de ce fait a commis le crime d'entente en vue de commettre le génocide, crime prévu à l'article 2(3)(b) du Statut du Tribunal, et qui lui est imputé en vertu de l'article 6(1) et puni en application des articles 22 et 23 du même Statut* », *ibid*, § 40.2. Ne tenant compte d'aucune immunité, le Tribunal a ainsi inculqué et engagé des poursuites contre d'anciens membres du gouvernement rwandais, tel que Pauline Nyiramasuhuko, ancien ministre de la famille, (ICTR-97-21-I), Edouard Karemera, ancien ministre de l'Intérieur (ICTR-98-44-I), ou bien encore Emmanuel Ndindabahizi, ancien ministre des finances (ICTR-2001-71-I)

*« the principle seems now established that the sovereign equality of States does not prevent a Head of States from being prosecuted before an international criminal tribunal or court ».*⁸⁰⁶

b. Quid des gouvernants en fonction ?

630. La Cour européenne des droits de l'homme avait rappelé dans l'affaire Kadhafi qu'

*« aucun tribunal national n'a accepté de connaître de poursuites dirigées contre un chef d'Etat étranger en exercice au motif que les crimes reprochés échappent par nature à l'immunité coutumière ».*⁸⁰⁷

631. Donc, à défaut des juridictions nationales, les juridictions internationales ont pu se prononcer sur la validité des poursuites engagées contre des gouvernants en fonction. Mais à l'image de l'ambiguïté du droit interne, les cas restent isolés. D'un côté, la Cour internationale de justice se refuse à dénier l'immunité absolue du gouvernant en exercice, (α) ce que la justice pénale internationale s'autorise à faire. (β)

a. La réponse de la Cour internationale de justice.

632. L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 conceptualise l'ambiguïté qui entoure les immunités du gouvernant en fonction, oscillant entre reconnaissance d'une immunité absolue liée à l'exercice du pouvoir et levée de cette protection statutaire. Saisie par la République démocratique du Congo, la Cour internationale de justice eut à se prononcer sur la validité d'un mandat d'arrêt international émis par la Belgique à l'encontre d'Abdulaye Yerodia Ndombasi, ministre des affaires étrangères en exercice du Congo. Sur la base de sa loi de compétence universelle, la Belgique se reconnaît compétente pour connaître des allégations d'infractions graves aux Conventions de Genève

⁸⁰⁶ TSSL, 31 mai 2004, *Prosecutor v Charles Ghankay Taylor*, Case Number SCSL-2003-01-I, Decision on Immunity from Jurisdiction, § 52. Voir notamment à ce propos, Jalloh (C.), Immunity from prosecution from international crimes: the case Charles Taylor at the Special Court for Sierra Leone, *A.S.I.L.*, octobre 2004, in *www.asil.org*, Ascensio (H.), Maison (R.), L'activité des juridictions pénales internationales (2003-2004), *A.F.D.I.*, 2004, p. 428.

⁸⁰⁷ Cour EDH, 4 octobre 2006, op. cit, § 21.

et de crimes contre l'humanité, Yerodia ayant prononcé un discours incitant à la haine raciale, dans un contexte de conflit armé. Le Congo demande à la Cour de dire et de juger que l'émission du mandat d'arrêt viole la coutume internationale selon laquelle le ministre des affaires étrangères en exercice jouit d'une immunité pénale absolue, et qu'à ce titre, aucune poursuite ne peut être intentée contre lui.

633. Les arguments développés par les parties sont les suivants. Pour le Congo, « pendant toute la durée de ses fonctions, le ministre des affaires étrangères d'un Etat souverain bénéficie d'une inviolabilité et d'une immunité de juridiction pénale qui sont absolues et ou intégrales, en ce sens qu'elles ne souffrent aucune exception. Le Congo affirme en conséquence qu'aucune poursuite pénale ne peut être engagée à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères devant une juridiction étrangère aussi longtemps qu'il exerce ses fonctions ». ⁸⁰⁸ La Belgique invoque quant à elle la théorie des actes de fonction puisque le discours prononcé par Yerodia ne rentrait pas dans ses prérogatives officielles. Selon Bruxelles, « cette immunité ne s'applique qu'aux actes accomplis dans le cadre [des] fonctions officielles, et qu'une telle immunité ne saurait protéger ces personnes dans leurs actions privées ou lorsqu'elles agissent autrement en dehors de l'exercice de leurs fonctions officielles ». ⁸⁰⁹

634. Pour rejeter l'argumentaire de la Belgique, la Cour, va raisonner en termes de fonctions et de place d'un ministre des affaires étrangères, dans son Etat et sur la scène internationale. En effet, la Cour conclut que

« les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions ». ⁸¹⁰

Et la Cour de confirmer sa position en rajoutant que

⁸⁰⁸ CIJ, 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, op. cit., § 47.

⁸⁰⁹ Ibid § 49.

⁸¹⁰ Ibid § 54.

*« les règles gouvernant la compétence des tribunaux et celles régissant les immunités juridictionnelles doivent être soigneusement distinguées : la compétence n'implique pas l'absence d'immunités et l'absence d'immunités n'implique pas la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des Etats des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un Etat étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions ».*⁸¹¹

635. La Cour est venue clarifier une situation obscure du droit coutumier, celle des immunités accordée aux gouvernants. En effet, au-delà des immunités traditionnelles attachées à la personne du chef d'Etat le droit international restait équivoque quant au statut des autres gouvernants en exercice. Or la Cour est venue pleinement reconnaître une immunité absolue au ministre des affaires étrangères en exercice. Elle justifie cette reconnaissance eu égard à l'ampleur des tâches et des fonctions de ce dernier. En fait de quoi, les juges ont assuré une double protection, celle de la souveraineté de l'Etat congolais, ainsi que celle du statut même du ministre des affaires étrangères, et au-delà de ceci, de tout ministre en exercice. Simplement, une telle reconnaissance n'est pas sans être problématique dans la mesure où l'exercice des fonctions ministérielles couvre les allégations de commission de crimes internationaux. Cette position a largement été critiquée par la doctrine qui y voit, à juste titre, la possibilité de faire primer les immunités pénales des gouvernants sur les poursuites pour crimes internationaux.⁸¹² C'est pour cela

⁸¹¹ Ibid § 59.

⁸¹² Voir notamment, Quéneudec (J.P.), Un arrêt de principe : l'arrêt de la C.I.J du 14 février 2002, *in* www.ridi.org, Prouvèze (R.), L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2002 (République Démocratique du Congo c. Belgique) : quelle contribution de la Cour internationale de justice au droit international pénale ?, *L'observateur des Nations Unies*, n° 12, 2002, pp. 285-309, Sassoli (M.), L'affaire Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international,

que, au vu de l'évolution de la matière et des pratiques nationales, la Cour s'est ménagée une échappatoire en n'excluant pas une éventuelle mise en jeu de la responsabilité pénale des individus jouissant d'immunités de fonctions. Le statut protégé du ministre des affaires étrangères, ou plus généralement de tout gouvernant, n'est pas pour la Cour une vérité éternelle, dans la mesure où,

*« l'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions ; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale ».*⁸¹³

β. La réponse de la justice pénale internationale.

636. Dégagée de toute contrainte étatique ou souverainiste, la justice pénale internationale se veut impartiale. L'inculpation de Slobodan Milosevic par le Tribunal de la Haye, alors que celui-ci était encore Président de la Yougoslavie, constitue un tournant dans le rejet total des immunités de juridiction face aux crimes internationaux.⁸¹⁴ Son inculpation est une brèche dans le sacro-saint statut protégé du Chef d'Etat, qui de ce fait devient un justiciable ordinaire dont la responsabilité pénale peut être recherchée pour crimes internationaux.⁸¹⁵ Le Procureur, en inculquant Milosevic pour violations des lois et coutumes de guerre et crimes contre l'humanité, en relation avec les événements au Kosovo, a donc privilégié une application extensive du Statut, en créant, au niveau de la justice pénale internationale, un précédent sans commune mesure. En effet, une telle position vient combler les lacunes laissées par le jugement avorté d'Hiro-Hito, et confirme l'idée que *« même l'immunité ratione personae d'un chef d'Etat ne peut pas être invoquée pour le soustraire aux poursuites »*.⁸¹⁶ Cette mise en accusation symbolise l'idée qu'un chef d'Etat ne peut se retrancher derrière son statut et ses immunités pour s'exonérer de sa responsabilité ou pour mettre en œuvre des politiques manifestement attentatoires aux

R.G.D.I.P., 2002, pp. 791-818, Verhoeven (J.), Mandat d'arrêt international et statut du ministre, *in* www.ridi.org.

⁸¹³ *Ibid.*, § 60.

⁸¹⁴ Acte d'accusation du 24 mai 1999. Ce dernier fût complété par un acte d'accusation du 8 octobre 2001 concernant les événements en Croatie puis par un acte d'accusation du 22 novembre 2001 concernant les événements en Bosnie.

⁸¹⁵ Voir à ce propos Fronza (E.), La mise en accusation de Milosevic et autres : les crimes contre l'humanité devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *L'Astrée*, septembre 1998, n° 8, pp. 67-80.

⁸¹⁶ Borghi (A.), *op. cit.*, p. 259.

droits fondamentaux. Malgré la protection dont bénéficiait Milosevic au sein de son Etat, sa chute entraîna son transfert vers la Haye où les poursuites furent entamées, mais abandonnées en raison de son décès.

637. Le 2 mai 2007, la Cour pénale internationale a fait évoluer la règle en lançant un mandat d'arrêt, contre un ministre en exercice, pour sa participation pour les crimes commis au Darfour.⁸¹⁷ Suite logique de la brèche ouverte par l'affaire Milosevic, ou bien simple opportunité, cet acte d'accusation n'en demeure pas moins capital puisque remettant en cause indéniablement l'immunité de fonction dont jouit ce ministre. En effet, Ahmad Muhammad Harun, ex-Ministre d'État chargé de l'intérieur au sein du Gouvernement soudanais et actuellement Ministre d'Etat chargé des affaires humanitaires, est accusé par la Cour de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. En tant qu'ancien ministre de l'intérieur, il avait pour mission de coordonner les corps armés participant à la lutte contre l'insurrection au Darfour. De plus, sa position lui permettait d'être au courant des exactions commises par les milices et autres combattants. Sa responsabilité individuelle est mise en cause pour 51 chefs d'accusation, crimes contre l'humanité et crimes de guerre.⁸¹⁸

638. Or, malgré cet acte d'accusation, l'affaire a pour l'instant peu de chances d'aboutir, dans la mesure où le Soudan n'est pas partie au Statut de Rome, et que, dans l'absolu, Khartoum se refuserait certainement à coopérer avec la Cour et à transférer un de ses ministres, en exercice, vers la Haye, pour y être jugé. Ceci reviendrait à reconnaître officieusement l'existence d'un génocide au Darfour.

§. II. La poursuite face à la prescription et à l'amnistie.

639. A l'image des règles concernant l'immunité, prescription et amnistie sont à considérer comme des mesures internes pouvant altérer le bon déroulement des poursuites. Ces règles, au champ d'application temporel, peuvent être lourdes de conséquence quant

⁸¹⁷ Ce mandat d'arrêt s'inscrit dans la droite ligne de la Résolution 1593 du Conseil de sécurité des Nations Unies, du 31 mars 2005, aux termes de la quelle le Conseil «*décide de déférer au Procureur de la Cour pénale internationale la situation au Darfour depuis le 1er juillet 2002* » et appelle pour cela l'entière coopération du Soudan, *Résolution 1593 (2005)*, 31 mars 2005.

⁸¹⁸ CPI, *Mandat d'arrêt à l'encontre d'Ahmad Harun*, ICC-02/05-01/07.

au devenir des éventuelles poursuites. De telles pratiques sont l'archétype du pouvoir souverain des Etats. Il n'empêche que le droit international est venu réglementer, ou du moins encadrer, la pratique de la prescription (A.) ainsi que celle de l'amnistie (B.) afin d'assurer l'engagement de poursuites pénales effectives.

A. Prescription et poursuites pénales.

640. La prescription demeure avant tout une règle de droit national, intimement liée à l'exercice des poursuites. Son fondement même réside dans le fait que le temps en suspend l'exercice, selon un schéma initié par le législateur. (1.) Le droit international s'est peu aventuré sur ce terrain, mais a quand même rendu imprescriptibles les crimes les plus graves. (2.)

1. Fondement de la prescription.

641. La notion de prescription se définit comme « *un principe général de droit privé selon lequel une situation acquise résultant de l'acquisition ou de l'extinction d'un droit ou d'une obligation, même sans titre, à la suite d'un laps de temps suffisamment long, ne doit pas être remise en cause dans un souci de sécurité et de stabilité* ». ⁸¹⁹ L'approche de la prescription en droit international est assez problématique puisqu'une telle pratique viendrait favoriser l'impunité en mettant fin aux poursuites et en éteignant les droits passé un certain délai. En effet, force est de constater que « *la prescription serait d'abord l'expression de la grande loi de l'oubli, cet élément si puissant de la vie des individus et des peuples : l'opinion publique ne réclame plus la répression d'une infraction dont le temps a effacé les conséquences matérielles et morales, et jusqu'au souvenir dans la mémoire des individus* ». ⁸²⁰ Cette approche strictement juridique fait que le temps qui passe prescrit l'action publique et les peines, le parfum du crime, tout comme les preuves, disparaissant.

642. Or, il est vrai que « *la prescription de l'action publique met fin aux poursuites et neutralise la responsabilité pénale de la manière la plus radicale qui soit : en excluant*

⁸¹⁹ Salmon (J.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit, p. 870.

⁸²⁰ Merle (R.), Vitu (A.), *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Tome II, cinquième édition, Cujas, 2001, p. 66.

toute poursuite ». ⁸²¹ Simplement, cette pratique de droit interne, somme toute légitime pour les crimes de droit commun, se retrouve aussi concernant les crimes de droit international. ⁸²² La prescription n'est donc en aucun cas une création du droit international qui veut lutter contre l'impunité, mais bien un privilège de droit interne consacrant la souveraineté pénale de l'Etat, qui peut réglementer la survivance des poursuites. Or prescrire les crimes internationaux n'est rien d'autre qu'un moyen détourné de favoriser l'impunité. En conséquence, cette lutte contre l'impunité justifierait une réelle négation de toute prescription.

2. Une reconnaissance partielle de l'imprescriptibilité des crimes internationaux.

643. Les crimes internationaux, de par leur nature ne peuvent être assimilés à de simples crimes de droit commun, susceptibles d'être prescrits. Le droit international a tenté d'uniformiser les règles de l'imprescriptibilité des crimes internationaux, mais cette tentative s'est avérée limitée. (a) De même, les Etats, au nom du respect de leur souveraineté pénale, paraissent peu enclins à uniformiser leurs pratiques, autour d'une approche unique de l'imprescriptibilité. Tout au plus, seuls les crimes les plus graves sembleraient être exclus, en droit interne, de la prescription. (b.)

a. Un droit conventionnel limité.

644. Le droit international a consacré l'imprescriptibilité de l'action publique et des peines en ce qui concerne les crimes les plus graves dans la *Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*. En effet, la Convention répond à une double nécessité. D'une part, combler les lacunes laissées par les Statuts des Tribunaux militaires internationaux, de la Convention génocide et des Conventions de Genève qui restaient muets quant à une éventuelle imprescriptibilité de ces crimes. D'autre part, ce texte vient prendre acte du fait que la gravité extrême de crimes

⁸²¹ Delmas-Marty (M.), La responsabilité pénale en échec, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op. cit, p. 620.

⁸²² Ceci est logique dans la mesure où le droit pénal international, nous le savons, pour être appliqué en droit interne, doit être réceptionné. Il se voit donc appliquer les règles nationales de procédure pénale, y compris celles de la prescription.

qui portent atteinte à la survie même de la communauté internationale, empêche l'extinction des poursuites par écoulement du temps. C'est ainsi que la Convention dispose que :

« Les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis :

- a) Les crimes de guerre, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, notamment les "infractions graves" énumérées dans les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre;*
- b) Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, l'éviction par une attaque armée ou l'occupation et les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid, ainsi que le crime de génocide, tel qu'il est défini dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis*
*».*⁸²³

645. La Convention présente cependant l'inconvénient de proposer une approche restrictive des crimes imprescriptibles. Rentrent ainsi dans cette catégorie les crimes de guerre tels qu'incriminés à Nuremberg ainsi que les infractions graves des Conventions de Genève, mais aussi les crimes contre l'humanité au sens large, y compris le génocide et les

⁸²³ Article premier. Il est à noter que la Convention ne tient pas compte de la date de commission des crimes en cause puisque, eu égard à la gravité des crimes, elle prévoit une application rétroactive de la règle.

pratiques d'apartheid. Il a donc été reconnu que « *dans la Convention, plusieurs raisons sont données pour justifier l'imprescriptibilité : les crimes concernés sont au nombre des crimes de droit international les plus graves ; la répression effective de ces crimes prévient leur renouvellement et par là même favorise la paix et la sécurité internationales ; l'inquiétude de l'opinion publique mondiale face aux prescriptions résultant des règles de droit interne* ». ⁸²⁴ De plus, dans une optique généraliste de lutte contre l'impunité, cette Convention consacre l'imprescriptibilité tant des poursuites que de la peine et impose aux Etats une réelle obligation de résultat visant à l'abolition des règles internes de prescription pour ces crimes. ⁸²⁵ Or, un tel texte porte éminemment atteinte à la souveraineté pénale des Etats car ceux-ci sont directement enjoins à abolir des pans entiers de leur droit interne, ce qui explique le peu de ratifications du texte. ⁸²⁶

646. Exception faite de la Convention de 1968, le droit conventionnel reste fragmenté en la matière. En effet, très peu de textes, pour ainsi dire un nombre minime, consacrent l'imprescriptibilité pour les crimes incriminés. Qu'en est-il par exemple pour les disparitions forcées ? La *Convention interaméricaine sur les disparitions forcées des personnes* rend le crime imprescriptible ⁸²⁷, tandis que la Convention de 2006, bien qu'elle consacre la pratique généralisée et systématique de la disparition forcée comme crime contre l'humanité ne relève pas l'imprescriptibilité du crime. ⁸²⁸ En revanche, elle conditionne la durée de la prescription à la gravité du crime. ⁸²⁹ Dernier cas faisant état d'une reconnaissance de l'imprescriptibilité des crimes les plus graves, le Statut de la Cour pénale internationale. En effet, celui-ci dispose que « *les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas* ». ⁸³⁰ Sont donc exclus de la prescription le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et l'agression. Mais la nature

⁸²⁴ Poncela (P.), L'imprescriptibilité, in Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), op. cit, p. 887.

⁸²⁵ Article IV : « *les Etats parties à la présente Convention s'engagent à prendre, conformément à leurs procédures constitutionnelles, toutes mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité des crimes visés aux articles premier et II de la présente Convention, tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la peine; là où une prescription existerait en la matière, en vertu de la loi ou autrement, elle sera abolie*».

⁸²⁶ Il en est de même pour la *Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* du 25 janvier 1974.

⁸²⁷ Article VII : « *l'action pénale introduite à raison de la disparition forcée des personnes et les peines qui sont imposées judiciairement aux auteurs de cet acte ne sont pas sujettes à prescription*».

⁸²⁸ Une telle reconnaissance sous-entend donc que le régime juridique du crime contre l'humanité, y compris son imprescriptibilité, s'appliquerait à la pratique systématique et généralisée de la disparition forcée.

⁸²⁹ Article 8 § 1 « *tout État partie qui applique un régime de prescription à la disparition forcée prend les mesures nécessaires pour que le délai de prescription de l'action pénale (...) a) Soit de longue durée et proportionné à l'extrême gravité de ce crime; b) Commence à courir lorsque cesse le crime de disparition forcée, compte tenu de son caractère continu* ».

⁸³⁰ Article 29 du Statut de la Cour pénale internationale.

conventionnelle du Statut limite la reconnaissance de l'imprescriptibilité pour les crimes visés.

647. L'élément à prendre en compte étant celui de l'atteinte fondamentale aux intérêts de la communauté internationale, la reconnaissance de l'imprescriptibilité de certains crimes demeure au niveau international généralement assez ambiguë. En effet, un crime est imprescriptible s'il présente un degré certain et supérieur de gravité. Ceci exclurait donc un nombre important de comportements criminels. Etrangement, il n'est prévu aucune règle en ce qui concerne la torture. Un tel manque est d'autant plus étonnant que la torture est considérée par la pratique comme un crime grave et récurrent, certainement le plus courant. Cependant, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a malgré tout déduit du caractère de *jus cogens* de l'interdiction de la torture que «*la torture est sans doute imprescriptible* ». ⁸³¹

b. L'imprescriptibilité gouvernée par la souveraineté pénale.

648. Les règles de l'imprescriptibilité demeurent gouvernées par la souveraineté pénale, ce qui explique que les pratiques nationales en la matière sont assez divergentes. (**α**) Cependant, autour de l'élément centralisateur de la gravité du crime, une reconnaissance coutumière de l'imprescriptibilité des crimes les plus graves verrait le jour. (**β**)

a. L'absence d'uniformisation interne de la règle.

649. L'imprescriptibilité des poursuites trouve à se développer au niveau interne, les Etats s'inspirant du droit international pour établir des règles spécifiques garantissant leur souveraineté pénale. La Convention de 1968 visant à instaurer en la matière une approche uniforme, s'est heurtée aux traditions juridiques des Etats. En effet, face à l'imprescriptibilité des crimes internationaux, les Etats restent souverains quant à l'attitude à adopter. Même s'il est à déplorer une réelle absence d'uniformité de la négation de la prescription, il est évident que les Etats s'obligent à limiter de plus en plus la reconnaissance d'une prescription pour les crimes les plus graves. La question de

⁸³¹ TPIY, 10 décembre 1998, *Furundzija*, op. cit, § 157.

l'imprescriptibilité est donc avant tout une question de droit interne et de souveraineté et symbolise une certaine garantie de la moralité des Etats.⁸³²

650. Le cas des pays de *common law* est intéressant car ils ne connaissent pas la notion de prescription. En l'absence de loi spécifique ou de référence à un texte conventionnel, l'extrême gravité du crime entraîne *ipso facto* une négation des règles de prescription, laissant ouverte une faculté de poursuite indéfinie. Ainsi, le droit pénal égyptien considère que la torture et le terrorisme sont des crimes d'une gravité telle qu'il ne peuvent bénéficier d'une quelconque prescription. De même, par une interprétation extensive de la Constitution, il a été retenu que les actes de terrorisme comptaient parmi ceux qui pouvaient porter atteinte aux droits fondamentaux et à la liberté individuelle, donc imprescriptibles.⁸³³

651. D'autres Etats reconnaissent au contraire une imprescriptibilité générale des crimes internationaux, dans la mesure où ceux-ci sont incriminés ou prohibés par un texte général. Ainsi, la loi belge relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire est une loi généraliste, qui qualifie de crime international et incrimine en droit interne, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.⁸³⁴ Or, à ce propos, le législateur belge a explicitement retenu que le régime de prescription de droit commun n'était pas applicable à l'ensemble des crimes internationaux visés par la loi.⁸³⁵

652. Les Etats restent cependant majoritairement enclins à assurer le bon exercice de leur souveraineté pénale en ne reconnaissant qu'une imprescriptibilité sectorielle, ne valant que pour certains crimes limitativement énoncés. L'exemple symptomatique reste celui de la France et de son approche de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. La France n'a pas ratifié la Convention de 1968, estimant suffisante sa *loi du 26 décembre 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité*. Aux termes de celle-ci,

⁸³² Voir notamment Herzog (J.B.), *Etude des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité*, R.S.C, 1965, pp. 337-371.

⁸³³ Cette interprétation est tirée de l'article 57 de la Constitution égyptienne selon lequel « *toute atteinte à la liberté personnelle, à la vie privée des citoyens ainsi qu'aux autres droits et libertés garantis par la Constitution et la loi est un crime qui ne peut être frappé de prescription en matière criminelle et civile* », voir à ce propos la contribution de Walid Abdelgawad, *Droit égyptien*, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op. cit., p. 367 et s.

⁸³⁴ Article premier.

⁸³⁵ L'article 8 de la présente loi dispose à ce propos que « *ne sont pas applicables aux infractions prévues à l'article premier de la présente loi, l'article 21 du Titre préliminaire du code de procédure pénal et l'article 91 du code pénal relatifs à la prescription de l'action publique et des peines* ».

*« les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature ».*⁸³⁶

L'approche retenue par le législateur est une approche restrictive qui, par référence au droit de Nuremberg, ne rend imprescriptibles que les crimes contre l'humanité, commis lors de la seconde guerre mondiale, excluant de ce fait, crimes de guerre et génocide.

653. La Cour de Cassation se prononça en ce sens dans l'affaire *Klaus Barbie*. En effet, en constatant que les exactions commises par l'accusé lors de la seconde guerre mondiale rentraient dans la catégorie des crimes contre l'humanité, au sens du Statut du Tribunal de Nuremberg, la Cour a estimé que

*« la loi du 26 décembre 1964, en constatant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, s'est bornée à confirmer qu'était déjà acquise en droit interne, par l'effet des accords internationaux auxquels la France avait adhéré, l'intégration à la fois de l'incrimination dont s'agit et de l'imprescriptibilité de ces faits »*⁸³⁷,

et d'ajouter plus particulièrement que

*« la prescription de l'action publique ne pouvait avoir aussi bénéficié au demandeur, en raison de la nature des crimes dont il est inculpé, quelle que soit la date à laquelle ils ont pu être commis ».*⁸³⁸

654. En revanche, dans l'affaire Boudarel la position de la Cour fut toute autre. La Haute juridiction se prononça sur des persécutions et des traitements inhumains, susceptibles de qualification de crimes contre l'humanité, infligés par un ressortissant français, après la seconde guerre mondiale, à des prisonniers du Viêt-Minh. La Cour a privilégié en l'espèce une interprétation stricte de la loi en retenant que

⁸³⁶ Article unique.

⁸³⁷ Cass crim, *Barbie*, 26 janvier 1984, *Bull crim*, n° 34.

⁸³⁸ *Ibid.*

*« les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 (...) ne concernent que les faits commis pour le compte des pays européens de l’Axe (...) qu’ainsi, les faits dénoncés par les parties civiles, postérieurs à la seconde guerre mondiale n’étaient pas susceptibles de recevoir la qualification de crimes contre l’humanité ».*⁸³⁹

655. En fait de quoi, le droit commun s’applique au détriment d’une reconnaissance de l’imprescriptibilité. Ce système, passablement incohérent et limitatif, a été revu et élargi à d’autres catégories de crimes, lors de la refonte, en 1994, du Code pénal qui dispose désormais que

*« l’action publique relative aux crimes prévus par le présent sous-titre, ainsi que les peines prononcées, sont imprescriptibles ».*⁸⁴⁰

Rentrent ainsi dans la catégorie des crimes imprescriptibles le génocide⁸⁴¹ et les crimes contre l’humanité⁸⁴², sans qu’un rattachement réducteur à une période de conflit armé ne soit nécessaire.

656. A contrario, la France ne semble pas décidée à reconnaître l’imprescriptibilité des crimes de guerre, à l’image de ce que prévoit le *Projet de loi portant adaptation du droit pénal à l’institution de la Cour pénale internationale*, du 15 mai 2007. En effet, le projet dispose que

« l’action publique à l’égard des crimes de guerre définis au présent livre se prescrit par trente ans. La peine prononcée en cas de condamnation pour l’un de ces crimes se prescrit

⁸³⁹ Cass crim, 1er avril 1993, *Boudarel*, *Bull crim*, n° 143. Cette position fût reprise dans le second arrêt Barbie, Cass crim, 20 décembre 1985, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, *Bull crim* n° 407.

⁸⁴⁰ Article 213-5.

⁸⁴¹ Article 211-1.

⁸⁴² L’article 212-1 retient une conception extensive de la notion de crime contre l’humanité, à savoir « la déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d’exécutions sommaires, d’enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d’actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d’un plan concerté à l’encontre d’un groupe de population civile ».

par trente ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive ». ⁸⁴³

657. Une telle négation de l'imprescriptibilité des crimes de guerre vise à garantir la souveraineté pénale française, mais aussi, pour reprendre les mots du Garde des Sceaux, permet de « *trouver un compromis entre la nécessité de ne pas « banaliser » en droit français la règle de l'imprescriptibilité de l'action publique à des infractions autres que les crimes contre l'humanité et l'intérêt de limiter au maximum les cas où la Cour pénale internationale pourrait se trouver saisie du seul fait de l'application des règles internes en matière de prescription* ». ⁸⁴⁴ La France consacre donc l'imprescriptibilité du crime contre l'humanité, mais continue d'appliquer aux crimes de guerre les règles du droit commun. Une telle position est surprenante, sachant que le crime de guerre est un crime international qui se caractérise par sa gravité, et que l'article 29 du Statut de la Cour prescrit une imprescriptibilité générale des crimes rentrant dans son champ de compétences. Tout au plus, sont imprescriptibles les crimes commis, en exécution d'un plan concerté, en temps de guerre, et donc assimilables à un crime contre l'humanité. ⁸⁴⁵

β. La reconnaissance d'une règle coutumière ?

658. La gravité du crime en cause et l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale justifieraient à elles seules une réelle négation de la prescription. Prescrire les crimes internationaux les plus graves reviendrait en quelque sorte à les renier, à minimiser leur importance en les entourant du voile indéniable de l'oubli. Or, « *il serait odieux, il serait funeste de souffrir qu'après un certain temps la scélératesse pût triompher de l'innocence, que les auteurs de crimes de droit international échappent avec le temps à une répression méritée. En conséquence, de la même façon que ces criminels doivent être recherchés jusqu'au bout de la terre, ils doivent l'être jusqu'à la fin de leur vie* ». ⁸⁴⁶ Devoir de mémoire, répression légitime et lutte universelle contre l'impunité doivent donc militer en faveur d'une reconnaissance générale de l'imprescriptibilité des crimes internationaux.

⁸⁴³ Article 8 du Projet de loi, futur article 462-10 du Code pénal.

⁸⁴⁴ Pascal Clément, Garde des Sceaux, ministre de la justice, *cité in* Texte du Projet de loi du 15 mai 2007.

⁸⁴⁵ Ces crimes prévus à l'article 212-2 du Code pénal sont ceux commis « *en temps de guerre en exécution d'un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité* ».

⁸⁴⁶ Cité in Jurovics (Y.), *Le procès international pénal face au temps*, R.S.C., 2001, p. 792.

659. « *Le droit international a désormais choisi de ne plus oublier et s'est fait le garde-fou d'une mémoire collective* ». ⁸⁴⁷ L'élément centralisateur étant la gravité, il est logique que les Etats prennent en considération la nécessité de ne prescrire ni l'action publique ni les peines. Force est alors de constater que ces derniers se sont majoritairement obligés à garantir l'imprescriptibilité des crimes les plus graves, afin de lutter contre l'impunité. ⁸⁴⁸ Ceci favoriserait-il la reconnaissance d'une cristallisation de la pratique ? Vraisemblablement. La norme instituant l'imprescriptibilité deviendrait une norme d'origine coutumière. En effet, de la gravité extrême des crimes en cause, il résulterait une réelle prise de conscience des Etats que les droits bafoués sont si fondamentaux qu'aucune justification ou prescription ne pourrait venir empêcher la survenance de poursuites pénales, perpétuelles. Il en découlerait une réelle obligation commune aux Etats de garantir une imprescriptibilité par nature, même en l'absence de référé conventionnel ou d'officialisation de la règle en droit interne. ⁸⁴⁹ Le seul souci que poserait une telle reconnaissance serait de savoir quels crimes rentreraient spécifiquement en considération.

B. L'annistie.

660. D'un point de vue purement étymologique, « *« amnistie » et « amnésie » dérivent tout deux du grec « amnestia » qui signifie manque de mémoire ou oubli* ». ⁸⁵⁰ Ainsi, l'annistie s'analyse comme un pardon légal puisque sans effacer les faits matériels et leurs conséquences, elle éteint l'action publique, suspend les poursuites engagées ou efface la peine. Quand cette annistie porte sur une sanction de droit interne, directement en rapport avec la législation étatique, cette procédure est parfaitement légitime puisque résultant de l'exercice de la souveraineté pénale. En revanche, l'annistie semble incompatible avec les crimes internationaux. En raisonnant autour de la gravité du crime (1.), il faut en déduire l'illégalité des lois d'annistie portant sur les crimes internationaux. (2.)

⁸⁴⁷ Ibid, p. 793.

⁸⁴⁸ Il s'agit avant tout du génocide et du crime contre l'humanité.

⁸⁴⁹ La doctrine a reconnu à ce propos que « *ce caractère coutumier de la norme répressive peut justifier le silence des textes répressifs de la Seconde Guerre mondiale : les auteurs, persuadés de cette imprescriptibilité par nature, n'auraient pas jugé nécessaire de la formaliser. Les textes postérieurs n'ont donc fait que constater, pour mieux la formuler, l'imprescriptibilité. L'effet déclaratif de la Convention de 1968 est reconnu par les travaux préparatoires bien que les délégations aient un temps divergé sur ce point. Aucun doute n'existe désormais quant au caractère coutumier de la norme* », *ibid*, p. 795.

⁸⁵⁰ Cassese (A.), Présentation de la III^{ème} partie, p. 623, *in* Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, 1053 p.

1. Une amnistie incompatible avec la gravité du crime.

661. Couvrir du voile opaque de l'oubli, du silence et du pardon certains comportements criminels n'est pas sans être problématique lorsque l'octroi de cette amnistie porte sur un crime de droit international ou une violation massive des droits fondamentaux de la personne humaine. L'illégalité indéniable des lois d'amnistie est reconnue par le droit international. A ce propos, « *selon les normes du droit international, l'amnistie ne doit pas bénéficier aux auteurs d'actes portant une atteinte d'une particulière gravité à la dignité humaine, tels que la pratique systématique de la torture, les exécutions sommaires, les disparitions forcées, lorsque, au-delà d'actes individuels et isolés, il s'agit de violations massives, donc constitutives de crimes contre l'humanité* ». ⁸⁵¹

662. Il est logique de considérer que les crimes internationaux, en raison de leur gravité même ne doivent faire l'objet d'une loi d'amnistie, quand bien même le droit interne en disposerait autrement et consacrerait l'irrecevabilité des poursuites et l'irresponsabilité pénale des auteurs de crimes. ⁸⁵² La nature intrinsèque du crime emporte une double conséquence. D'une part, elle rend les poursuites pénales nécessaires et obligatoires. D'autre part, une loi nationale d'amnistie serait foncièrement illégale au regard du droit international dès lors qu'elle porte sur un crime international, qui par nature est si grave qu'on ne peut envisager qu'il soit l'objet d'un quelconque pardon interne. La gravité devient une nouvelle fois l'élément à prendre en considération, et qui va favoriser l'érosion de la souveraineté pénale. En effet, les crimes de droit commun vont échapper à l'emprise du droit international et rester sous contrôle entièrement étatique. En revanche, dès lors que le crime est qualifié d'international, la souveraineté pénale s'érode, le droit international n'admettant pas que la sphère étatique ne tienne pas compte de l'ampleur et de la gravité du crime, en amnistiant ses auteurs.

⁸⁵¹ Joinet (L.), *Lutter contre l'impunité. Dix questions pour comprendre et pour agir*, La découverte, 2002, p. 100.

⁸⁵² De telles lois se retrouvent principalement dans d'anciennes dictatures qui, en procédant à une transition démocratique, ont permis à certains individus de rester au pouvoir, donc de ne pas être inquiétés pour leurs crimes passés. Voir notamment le décret-loi chilien n° 21.191 du 19 avril 1978 garantissant l'amnistie à toutes les personnes ayant commis des violations des droits de l'homme entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978, le décret-loi guatémaltèque n° 8.86 du 10 janvier 1986 portant amnistie générale, les lois argentines n° 236492 du 12 décembre 1986 dite « *Loi de point final* » portant amnistie et n° 236251 du 04 juin 1987 dite « *Loi d'obéissance due* », la loi uruguayenne n° 15.848 du 22 décembre 1986 dite « *loi de caducité de la prétention punitive de l'Etat* », le Décret n° 805 du 27 octobre 1987 établissant une « *loi d'amnistie pour obtenir la réconciliation nationale* » au Salvador, la loi d'amnistie du 23 janvier 1992 du Salvador, la loi mauritanienne du 14 juin 1993 portant amnistie de tous les crimes commis entre 1989 et 1993.

663. Le droit international a largement précisé cette « *incompatibilité de l'amnistie avec l'obligation de protection et de sauvegarde des droits de l'homme* ». ⁸⁵³ En tant que telle, l'amnistie est une pratique attentatoire aux droits fondamentaux. Ainsi, le Comité des droits de l'homme a estimé, d'une manière générale, qu'une loi d'amnistie portait atteinte à la prohibition de la torture, telle que garantie par le Pacte de 1966, puisque,

« le Comité a noté que certains Etats avaient octroyé l'amnistie pour des actes de torture. L'amnistie, de l'avis du Comité, est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les Etats d'enquêter sur de tels actes, de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Les Etats ne peuvent priver les particuliers du droit à un recours utile y compris le droit à une indemnisation et à la réadaptation la plus complète possible ». ⁸⁵⁴

Plus spécifiquement, concernant le Chili, le Comité a estimé que

« le décret-loi d'amnistie en vertu duquel les personnes qui ont commis des infractions entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978 sont amnistiées empêche l'Etat partie de respecter son obligation au titre du paragraphe 3 de l'article 2 en vue de garantir que toute personne dont les droits et

⁸⁵³ Koudou (G.B.), Amnistie et impunité des crimes internationaux, *Droits fondamentaux*, n° 4, janvier-décembre 2004, p. 70.

En ce sens, le Rapport Joinet de la Commission des droits de l'homme énonce 42 principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité. Ainsi, sous réserve des mesures à prendre en matière de lutte contre l'impunité (principe 18 : « *l'impunité constitue un manquement aux obligations qu'ont les Etats d'enquêter sur les violations, de prendre des mesures adéquates à l'égard de leurs auteurs, notamment dans le domaine de la justice, pour qu'ils soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées, d'assurer aux victimes des voies de recours efficaces et la réparation du préjudice subi, et de prendre toutes mesures destinées à éviter le renouvellement de telles violations* »), le principe 25, consacré à l'amnistie, dispose que « *y compris lorsqu'elles sont destinées à créer des conditions propices à un accord de paix ou à favoriser la réconciliation nationale, l'amnistie et les autres mesures de clémence doivent être contenues dans les limites suivantes (...) a). Les auteurs des crimes graves selon le droit international ne peuvent bénéficier de telles mesures tant que l'Etat n'a pas satisfait aux obligations énumérées au principe 18* », Commission des droits de l'homme, 2 octobre 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. En fait de quoi, l'amnistie est tolérée, si les Etats garantissent une bonne administration de la justice favorisant pleinement la lutte contre l'impunité.

⁸⁵⁴ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 20 du 10 avril 1992 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains, et dégradants.

*libertés reconnus dans le pacte ont été violés, dispose d'un recours utile».*⁸⁵⁵

2. De l'illégalité des lois d'amnistie.

664. De la gravité du crime en cause se déduit une prohibition des lois d'amnistie. Le droit international viendrait donc garantir l'obligation de poursuite en interdisant aux Etats d'adopter des lois qui, sous couvert de réconciliation nationale, ne seraient que des lois illégales. (a.) Ceci est d'ailleurs confirmé par la pratique. (b.)

a. Une interdiction obligatoire de l'amnistie.

665. Le droit international a reconnu qu'une loi portant amnistie d'un crime international est doublement illégale, puisque violant les droits fondamentaux mais aussi les obligations internationales de l'Etat qui la promulgue.⁸⁵⁶ Au nom d'une certaine idée de la moralité internationale, amnistier les crimes internationaux favorise expressément l'impunité. Certes le caractère obligatoire de cette interdiction n'est pas expressément affirmé, mais il se déduit de la nature et de la gravité des crimes en cause et entraînera une mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat.

666. Dans l'arrêt du 5 février 1970, la Cour Internationale de Justice, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, avait mis en exergue les obligations des Etats envers la Communauté internationale sans son ensemble : les obligations *erga omnes*.⁸⁵⁷ En s'inspirant du *dictum* de la Cour, on peut estimer que la prohibition des crimes internationaux revêt le double caractère d'obligation *erga omnes* et de norme coutumière de *jus cogens*, indérogeable, même sous couvert de souveraineté étatique. Dès lors, ne pas adopter de loi d'amnistie

⁸⁵⁵ Comité des droits de l'homme, 30 mars 1999, *Observations finales, Chili*.

⁸⁵⁶ Dans ce sens, une telle loi viole l'obligation qui incombe à l'Etat d'enquêter, de réprimer et de sanctionner le comportement criminel en cause.

⁸⁵⁷ C.I.J., 5 février 1970, *Affaire de la Barcelona Traction, (Belgique c. Espagne)*: « une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Ces obligations découlent par exemple dans le droit international contemporain de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine (...). Certains droits de protection correspondants sont intégrés au droit international général; d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi-universel », op. cit., §§ 33 et 34.

couvrant les crimes internationaux serait, pour tous les Etats, une des réponses générales à cette obligation *erga omnes*.⁸⁵⁸

667. Dans l'affaire *Furundzija*, le Tribunal pénal international de la Haye vient mettre à mal la souveraineté pénale étatique puisqu'il reconnaît que l'interdiction de la torture, constituant une règle impérative de droit international, toute loi venant amnistier de tels actes serait illégale et contraire au droit international. Ainsi le Tribunal précise que,

*« la valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale ».*⁸⁵⁹

Et d'ajouter qu'

*« il serait absurde (...) de laisser faire (...) les Etats qui (...) prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires. Si pareille situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toutes dispositions conventionnelles (...) ».*⁸⁶⁰

seraient nulles et non avenues. La loi nationale qui en découlerait, ne devrait pas être respectée, et devrait être déclarée contraire au droit international.⁸⁶¹

⁸⁵⁸ Par exemple que dans le cadre de l'affaire Pinochet, la Chambre des Lords, dans son arrêt du 24 mars 1999, s'est refusée à reconnaître comme acte valide les lois d'auto-amnistie votées par le gouvernement Pinochet, au bénéfice de ce dernier, pour les actes criminels commis lors de la dictature, et notamment pour les actes de torture. En l'espèce, les Lords ont fait prévaloir le principe de la compétence *universelle* et l'intérêt supérieur de la communauté internationale sur celui de l'amnistie et de la souveraineté pénale chilienne.

⁸⁵⁹ TPIY, *Anto Furundzija*, op. cit, § 154.

⁸⁶⁰ Ibid § 155.

⁸⁶¹ Une position similaire est également adoptée par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Les juges ont en effet refusé de reconnaître l'applicabilité d'une amnistie nationale se rapportant à des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Le tribunal a décidé qu'aux termes du droit international, l'amnistie générale décrétée par l'Accord de paix de Lomé en juillet 1999 ne pouvait empêcher des tribunaux internationaux, comme le tribunal spécial ou des tribunaux étrangers de poursuivre des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. TSSL, 13 mars 2004, *Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara, decision on challenge to jurisdiction : Lomé Accord amnesty*, décision n°SCSL-04-15-PT-060-II. Voir à ce propos, Meinsenber (S.M.), *Legality of amnesties in international humanitarian laws. The Lomé amnesty decision of the Special Court for Sierra Leone*, *RICR*, décembre 2004, pp. 837-851.

b. Une illégalité reconnue par la pratique.

668. La question de l'illégalité des lois d'amnistie a été soulevée lorsque de tels textes ont été adoptés en Argentine (α) et au Pérou (β), afin d'amnistier les crimes commis sous la dictature.

a. Le cas argentin.

669. De 1976 à 1983, la politique dictatoriale du Général Videla fit près de 30 000 victimes. Comme dans la plupart des dictatures militaires, la junte au pouvoir, consciente des atteintes graves et massives aux droits de l'homme, fit voter, avant de perdre le pouvoir, toute une série de lois d'auto-amnistie. Le 22 décembre 1983, le Président Alfonsín, démocratiquement élu, autorise les poursuites contre les généraux composant les 3 *juntas*, ordonne leurs jugements pour les violations des droits de l'homme commises entre 1976 et 1983 et le Parlement abroge l'auto-amnistie que s'étaient octroyés les militaires. Ainsi, par un arrêt du 9 décembre 1985, sous les chefs d'accusation de meurtre, torture, atteinte aux droits fondamentaux, répression illégale, bref terrorisme d'Etat et crimes contre l'humanité, le général Videla était condamné à perpétuité⁸⁶² et les principaux chefs militaires à de lourdes peines.⁸⁶³

670. Mais sous pression des militaires, dans une période de transition politico-démocratique tendue, le gouvernement remet au Parlement un projet de loi dont le but est d'établir une date limite après laquelle aucune poursuite ne peut être engagée à l'encontre des militaires. C'est la loi n° 23492 du 24 décembre 1986, dite *Loi du Point final*. Cette dernière porte bien son nom puisqu'elle déclare la prescription de l'action pénale en faveur de tout individu soupçonné d'être l'auteur ou le complice des faits commis entre le 24 mars 1976 et le 26 septembre 1983. Pour que cette loi soit efficace, l'individu soupçonné ne devait pas être mis en examen durant les 60 jours suivant l'adoption du texte législatif.⁸⁶⁴ Cette loi a cependant produit l'effet contraire à celui escompté par le gouvernement,

⁸⁶² Cour d'appel fédérale de Buenos Aires, 9 décembre 1985, *Causa 13*.

⁸⁶³ Cour d'appel fédérale de Buenos Aires, 2 décembre 1986, *Causa 44*.

⁸⁶⁴ Art 1: « *Se extinguira la acción penal respecto de toda persona que por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art 10 de la ley 23049, que no estuviera profugo, o declarado en estado de rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley* »

puisque dans ce bref laps de temps, 60 jours, quelques 1200 poursuites, à l'encontre de militaires, ont été déclenchées à travers le pays.

671. Toujours sous pression des militaires qui n'ont pu, malgré eux, bénéficier de la loi du Point final, le gouvernement de Buenos Aires, menacé de soulèvements militaires, a remis au Parlement un nouveau projet de loi. La loi n° 23521 a été votée le 4 juin 1987. On alors parlé de la *Loi du devoir d'obéissance*. Cette dernière établit en fait une présomption irréfragable selon laquelle les officiers ou leurs subordonnés, ayant commis des crimes sous la dictature, ont obéi aux ordres de leurs supérieurs hiérarchiques, sans qu'ils aient pu s'y opposer ou éviter de les accomplir.⁸⁶⁵ Dès lors, tout procès ou procédures furent immédiatement stoppés.⁸⁶⁶

672. Sous couvert de réconciliation nationale, ces deux lois ne sont rien d'autres que des lois d'amnistie, lois d'impunité, qui font abstraction complète du devoir de mémoire et immunisent les militaires pour les violations des droits humains et fondamentaux. Cependant une telle impunité ne peut être moralement admissible. De nombreuses plaintes furent déposées contre l'Argentine devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme, au motif que ces deux lois venaient couvrir des atteintes massives aux droits de l'homme et empêchaient la continuité des procédures pénales et l'exercice du droit à un recours efficace et effectif. Après une longue bataille juridique, la Commission estima dans son rapport 28/92,

« l'effet de l'adoption de ces lois (...) a été d'arrêter les procès en cours à l'encontre des responsables des violations aux droits de l'homme du régime antérieur. Avec ces mesures, on a fermé toute possibilité juridique de continuer les procès pénaux dont le but était de vérifier les crimes dénoncés ; l'identité des auteurs et des complices, ainsi qu'imposer des sanctions pénales. Les plaignants (...) n'ont

⁸⁶⁵ Art 1: « Sepresume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de la comision del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa des las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos (...) En tales casos se considerara de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coercion bajo subordinacion a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspeccion, oposicion o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.».

⁸⁶⁶ La dernière étape eût lieu en décembre 1990 lorsque le Président Menem accorda la grâce à tous les généraux condamnés par les « causas 13 et 44 », dont Jorge Videla, qui fut libéré.

alors pas pu exercer leur droit à un recours efficace, à une enquête judiciaire impartiale (...).⁸⁶⁷

Sur cette base, l'Argentine a été déclarée responsable de la violation de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*.⁸⁶⁸

673. « *La situation d'impunité n'était guère satisfaisante ni socialement, ni politiquement, ni juridiquement* ». ⁸⁶⁹ C'est pour cela que le 24 mars 1998, le Parlement abrogea les deux lois, sans effet rétroactif. Dans une ordonnance du 6 mars 2001, le juge fédéral a déclaré l'invalidité des lois d'amnistie car contraires au droit international, selon lequel sont imprescriptibles, non amnistiables et non couverts par l'excuse de l'ordre supérieur, les crimes contre l'humanité, tels qu'ils se sont produits en Argentine. En août 2003, le Parlement argentin abolit les deux lois d'amnistie. Pour permettre rétroactivement la réouverture des poursuites, les lois sont définitivement déclarées inconstitutionnelles, par la Cour Suprême, le 14 juin 2005.

β. Le cas péruvien.

674. Une étape supplémentaire semble avoir été franchie en la matière par la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui a estimé que deux lois péruviennes accordant l'amnistie pour des crimes de torture, exécutions sommaires et autres violations des droits de l'homme, étaient dépourvues de bases légales puisque contraires à certaines dispositions fondamentales de la Convention interaméricaine. En effet, par deux lois adoptées en 1995⁸⁷⁰, le gouvernement Fujimori couvrait ainsi les sévices et atteintes aux droits fondamentaux perpétrés par les militaires et les forces de police dans leur lutte contre les mouvements rebelles, dont le *Sentier lumineux*. Dans cette espèce, où était en cause, outre les questions de torture et de mauvais traitements, le droit à un procès équitable et à un recours judiciaire efficace, la Cour retient particulièrement que,

« las leyes de autoamnistia conducen a la indefension de las victimas y a la perpetuacion de la impunidad, por lo que son

⁸⁶⁷ Com IDH, rapport 28/92 (Argentine), du 2 octobre 1992, § 32.

⁸⁶⁸ Violation des article 1 (obligation d'assurer le libre exercice des droits), 8 (droit à un procès équitable) et 25 (droit à un recours efficace).

⁸⁶⁹ Alvarez (A.E), Bertoni (E.A.), Boo (M.), *Droit argentin*, p. 318, in Cassese (A.), Delmas Marty (M.), op. cit.

⁸⁷⁰ Lois n° 26479 du 15 juin 1995 et n° 26492 du 28 juin 1995.

manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana »⁸⁷¹ et de ce fait « *carecen de efectos jurídicos* ». ⁸⁷²

Mais surtout, la Cour considère à juste titre que sont inadmissibles :

*« (...) las disposiciones de amnestia, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y el las desapariciones forzadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ».*⁸⁷³

675. En retenant que l'adoption de telles lois est contraire à l'esprit de la Convention interaméricaine⁸⁷⁴ et au droit international des droits de l'homme, la Cour va faire prévaloir le droit impératif sur l'impunité. De même, faisant fi de la souveraineté du Pérou, elle va ordonner à cet Etat d'engager des actions pénales contre les auteurs de ces actes criminels.⁸⁷⁵ Comme l'a noté le Professeur Cassese, « *c'est la première fois qu'une juridiction internationale déclare que des lois nationales sont dépourvues d'effet juridique à l'intérieur du système étatique où elles sont adoptées et oblige par conséquent les Etats à agir comme si ces lois n'avaient jamais été édictées* ». Et d'ajouter « *(...) la communauté internationale (...) exige des Etats souverains un choix clair entre oubli législatif d'atrocités et vexations, et punition judiciaire de ces atrocités, et va jusqu'à gommer toute action étatique optant pour la première branche de l'alternative* ». ⁸⁷⁶

676. Le simple fait que le Pérou mette en détention des responsables militaires des sévices causés, est la preuve que même si sa souveraineté pénale a été atteinte, il se soumet

⁸⁷¹ Cour.I.D.H, 14 mars 2001, Affaire *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Peru)*, Série C, n° 75, § 43.

⁸⁷² Ibid § 51-4.

⁸⁷³ Ibid § 41.

⁸⁷⁴ De telles lois violent donc les droits fondamentaux indérogables, mais aussi les droits procéduraux à l'imager du droit à un procès équitable.

⁸⁷⁵ Il faut noter que deux jours après la publication officielle de l'arrêt, deux militaires péruviens impliqués dans l'affaire, et bénéficiant des lois d'amnistie, ont été arrêtés et placés en détention.

⁸⁷⁶ Cassese (A.), Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale, p. 16, in Cassese (A.), Delmas Marty (M.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Puf, 2002, 267 p.

aux arrêts de la Cour, au nom du respect du droit international et de ses engagements conventionnels. Il est donc admis, tant par les juridictions compétentes que par la coutume, un encadrement, voire une restriction nécessaire, de la souveraineté pénale, et ce au nom du respect de certaines normes, en raison même de leur caractère de *jus cogens*.

677. En exigeant des Etats l'engagement des poursuites pénales, le droit international leur prescrit de prendre leurs responsabilités face à la commission d'un crime. Les poursuites constituent l'étape primordiale à toute condamnation éventuelle ; elle ne peut donc être manquée. C'est la raison pour laquelle le droit international intervient dans ce processus national, en posant des règles et des dogmes, dont le respect s'impose aux autorités étatiques compétentes. La souveraineté pénale des Etats est une nouvelle fois atteinte. En effet, face à l'accroissement du phénomène criminel et de l'impunité, la légalité des poursuites devient la règle. En conséquence, le droit international enjoint aux Etats, malgré une certaine réticence souveraine, d'invalider toute procédure nationale qui pourrait entraver le bon déroulement de la procédure ou son effectivité.

CHAPITRE II : L'OBLIGATION DE COOPERATION.

678. Le droit international pénal n'est pas avare de principes directeurs et formateurs qui président aux destinées de la peine. Au titre de ces principes est celui de la coopération internationale. En effet, « *confrontés au développement de formes particulières de criminalité organisée (...) les Etats ont dû s'accorder sur le point qu'une répression efficace ne peut être conduite qu'à l'échelle plus large* »⁸⁷⁷ et collective. Dans ce but de lutte contre la criminalité internationale et l'impunité, la pratique de la coopération internationale et de l'entraide judiciaire s'est rapidement imposée comme une nécessité. Dans l'étude menée, les développements seront consacrés à un aspect restreint de cette entraide, à savoir la coopération pénale, au travers de la question de la répression des comportements criminels, de ceux perçus « *comme producteur de conséquences jugées inacceptables parce qu'ignominieuses* ». ⁸⁷⁸ Dans cette optique, les Etats sont d'abord titulaires d'une obligation générale de coopération (**Section 1.**), obligation qui prend tout son sens lorsqu'il s'agit de l'extradition. (**Section 2.**)

SECTION 1 : LES ETATS TITULAIRES D'UNE OBLIGATION GENERALE DE COOPERATION.

679. Le droit international impose aux Etats une réelle obligation de coopération, dans le but de lutter efficacement contre la criminalité internationale. Cette coopération s'analyse comme le vecteur efficace de la répression, dès lors que le crime présente un caractère extraterritorial. De ce fait, les Etats sont soumis à une réelle obligation générale de coopération, (§ I.) dont découlent des mécanismes spécifiques d'entraide. (§ II.)

§. I. Un principe général de coopération pénale.

680. Le droit international vient consacrer une réelle obligation générale de coopération entre les Etats. L'enjeu de cette coopération est d'atteindre un degré tel de solidarité

⁸⁷⁷ Zimmermann (R.), *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bruylant, 2004, p. 2.

⁸⁷⁸ Richard (P.), *op. cit.*, p. 674.

internationale que la répression des crimes en sera facilitée. (A.) C'est ce qu'il ressort notamment du droit conventionnel. (B.)

A. L'enjeu de la coopération internationale.

681. La notion d'entraide judiciaire internationale se définit comme une « *coopération que deux ou plusieurs Etats peuvent s'accorder conventionnellement ou au cas par cas en matière principalement administrative, civile, commerciale, pénale, sociale, fiscale ou judiciaire pour la transmission, la reconnaissance réciproque et/ou l'exécution d'actes juridiques et de jugements étrangers, pour la transmission d'informations, pour le transfert de personnes arrêtées (extradition, entraide pénale, transfèrement de détenus), pour l'exécution de missions d'enquête, de commissions rogatoires, de recherche de personnes disparues* ». ⁸⁷⁹ Une telle coopération internationale est donc l'expression d'une réelle solidarité internationale. Celle-ci a pour but essentiel de favoriser efficacement la lutte contre la criminalité (1.), mais aussi de permettre la défense et la sauvegarde des intérêts étatiques. (2.)

1. Une solidarité internationale dans la lutte contre la criminalité.

682. Qui dit coopération et solidarité internationale, suppose une étroite collaboration des Etats en ce sens. Or, cette collaboration entre Etats, aussi étroite soit-elle (a.), ne se fait-elle pas au détriment du respect de la souveraineté des Etats ? (b.)

a. Une étroite collaboration entre Etats.

683. Pareille coopération doit avant tout être analysée comme constitutive d'un « *acte de solidarité entre deux ou plusieurs souverainetés, confrontées à un même problème* ». ⁸⁸⁰ En effet, l'efficacité de la lutte contre la criminalité internationale implique une étroite collaboration entre les Etats, pratique que ces derniers, et plus récemment les juridictions pénales internationales, se sont efforcés à mettre en œuvre, développer et améliorer. Il est

⁸⁷⁹ Cette définition est celle retenue par le *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, op. cit, p. 432.

⁸⁸⁰ Richard (P.), *Droit de l'extradition et terrorisme risque d'une pratique incertaine : du droit vers le non-droit ?*, *A.F.D.I.*, 1988, p. 674.

évident qu'au nom d'un certain moralisme international, la lutte contre la criminalité sera plus efficace si elle résulte d'une action concertée et solidaire des Etats. Quoi qu'il en soit, il est évident que du simple fait du caractère extraterritorial de cette procédure, « *le nombre et l'enchevêtrement des textes et pratiques qui la régissent lui donnent une configuration normative extrêmement complexe* ». ⁸⁸¹ La coopération internationale en matière pénale aurait-elle alors pour but d'harmoniser les politiques pénales et criminelles internes afin de lutter efficacement contre la criminalité, de ne pas transformer le territoire national en refuge de délinquants ou de criminels internationaux et de permettre l'exercice facilité d'une répression efficace ? Certainement. Il n'en reste pas moins que l'exercice de cette coopération est un acte souverain de l'Etat, synonyme de son indépendance, aussi bien sur la scène internationale qu'interne, quant au choix de ses pratiques et politiques pénales. Ainsi, « *l'Etat qui exerce la poursuite pénale s'adresse à l'Etat dont la souveraineté est en jeu pour lui demander d'exécuter sur son territoire les mesures de contrainte nécessaires* ». ⁸⁸²

684. Quelle qu'en soit la qualification, le but en est le même, lutter contre la criminalité internationale et l'impunité, en facilitant la répression et le châtement des auteurs. Ainsi, est-il possible de retenir une autre approche qui cette fois est basée sur l'aspect plus spécifique du comportement criminel à réprimer. On peut considérer de ce fait la coopération judiciaire internationale en matière pénale comme « *l'exécution par l'Etat requis (...) de mesures propres à faciliter la poursuite et la répression des infractions pénales dans l'Etat requérant, à la demande de celui-ci* ». ⁸⁸³

b. Coopération et respect de la souveraineté étatique.

685. Comme l'a exprimé le Professeur Bassiouni, « *quand la coopération est dans leur intérêt, et même si cela implique une renonciation à quelque aspect de la souveraineté, ils [les Etats] s'affranchissent du principe mais c'est par choix, et c'est l'obligation à coopérer en dehors de l'intérêt national qui rencontre encore une opposition* ». ⁸⁸⁴ L'Etat reste une entité jalouse de son indépendance et de sa place sur la scène internationale. C'est cette conception égoïste du rôle et des prérogatives nationales qui ne va pas faciliter la

⁸⁸¹ Huet (A.), Koering-Joulin (R.), *Droit pénal international*, Puf, 2001, p. 285.

⁸⁸² Zimmermann (R.), op.cit. p. 2.

⁸⁸³ Zimmermann (R.), op. cit. p. 5.

⁸⁸⁴ Bassiouni (C.), *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, 2002, p. 5.

mise en œuvre d'une coopération internationale effective et efficace. C'est la raison pour laquelle la doctrine estime, qu'à l'heure actuelle, la mondialisation du crime a permis le renforcement de la coopération judiciaire, mais que celui-ci s'est fréquemment heurté au principe de souveraineté nationale et pénale.⁸⁸⁵

686. Le développement de la coopération ne sera pas sans soulever certaines interrogations quant au rôle et au statut de l'Etat, dès lors que, dans une optique internationale, sont en jeu des questions de lutte contre la criminalité. Sera ainsi affirmée l'ambiguïté troublante entre coopération interétatique et respect de la souveraineté pénale des Etats. En effet, « *c'est un fait acquis que le droit international contemporain se débat entre l'affirmation de la souveraineté et l'indépendance des Etats et la nécessité de la coopération internationale* ». ⁸⁸⁶ Il faut considérer ces deux réalités comme indissociables, bien que contradictoires, puisque la souveraineté constitue la preuve fondamentale de l'indépendance des Etats et de la « *décentralisation du pouvoir politique dans la société internationale* », ⁸⁸⁷ tandis que la nécessité d'une coopération internationale se réfère à l'idée d'unité et d'interdépendance de cette société internationale, notamment dans la lutte contre la criminalité internationale et le châtement des auteurs. Avec le développement accru des Conventions répressives, le concept de coopération et d'entraide judiciaire a eu tendance à s'automatiser. Timide et presque chétif à ses origines, il occupe actuellement une place centrale en droit pénal international. Désormais, le point de vue imagé de Chérif Bassiouni semble lointain. Pour ce dernier, cet automatisme de la coopération pénale internationale était au commencement « *la feuille de vigne qui a couvert la nudité partielle de la souveraineté nationale* ». ⁸⁸⁸ Grâce à l'accroissement continu de la coopération et de ses procédures, en raison de son caractère de plus en plus obligatoire, affirmé et reconnu, il ne fait plus de doute que cette « *feuille de vigne* » s'est transformée en manteau, faisant indubitablement partie du costume de la souveraineté.

⁸⁸⁵ Voir par exemple, Bourdon (W.), *La coopération judiciaire internationale*, in Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, pp. 921 et s.

⁸⁸⁶ Abellan Honrubia (V.), La responsabilité internationale de l'individu, *R.C.A.D.I.*, 1999, vol 280, p. 243.

⁸⁸⁷ Ibid.

⁸⁸⁸ Bassiouni (C.), op cit, p. 5.

2. Une coopération favorisant la sauvegarde d'intérêts supérieurs.

687. L'Organisation des Nations Unies s'est, dès l'origine, intéressée à la coopération internationale en en faisant un des ses buts et principes fondateurs. En effet, l'article 1 de la Charte dispose clairement que parmi les buts de Nations Unies, se trouve celui de « *réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux (...)* ». ⁸⁸⁹ Bien que de rédaction extrêmement vague, cette disposition n'en est pas moins fondamentale puisque c'est ici la première fois qu'a été affirmée, dans un texte conventionnel à portée obligatoire et contraignante, la nécessité d'une coopération internationale. Cet embryon de droit à la coopération internationale a postérieurement été complété. Dans sa Résolution 2625 du 24 octobre 1970, plus connue sous la dénomination de « *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies* », l'Assemblée générale va souligner l'importance du respect des dispositions de la Charte, notamment celles propres au développement de la coopération entre Etats et va faire de cette coopération un devoir nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il convient de préciser que, tel que posé par les Nations Unies, ce principe ne constitue qu'un précepte vague et imprécis, voire incertain, dont il appartiendra aux Etats de tenir compte et d'appliquer dans leurs relations mutuelles.

688. Comme il est fait appel à la solidarité internationale, le but de cette coopération internationale ne serait-il pas implicitement de collaborer à la sauvegarde des intérêts de la communauté internationale ? Or quoi de mieux que de coopérer pour protéger et sauvegarder un intérêt commun. Il devient évident qu'au nombre de ces obligations de sauvegarde on trouve celle qui impose aux Etats de réprimer et de sanctionner tout comportement criminel qui pourrait porter atteinte à la sauvegarde et à la survivance de la communauté. C'est ainsi que l'Assemblée générale des Nations Unies, dans la Résolution 3074 du 3 décembre 1973, portant *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité*, va proclamer les principes de coopération internationale et proposer des mesures concrètes à appliquer concernant le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus qui se seraient rendus coupables de l'un, ou de ces deux crimes de droit international, le but ultime étant la

⁸⁸⁹ Article 1§ 3 de la Charte des Nations Unies.

défense de la communauté internationale dans son ensemble.⁸⁹⁰ Les Etats, selon cette déclaration, doivent se prêter mutuellement leur concours, sur une base bilatérale ou multilatérale, afin de favoriser et d'améliorer la répression de comportements criminels spécifiques prohibés. Les Etats ont ainsi à leur charge une double obligation de résultat. Ils doivent s'abstenir de concéder l'asile aux dits criminels ou de prendre toute mesure interne portant atteinte ou restreignant leurs obligations internationales en matière de lutte contre les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité. Ils doivent également coopérer positivement dans le cadre des procédures de collecte d'informations et de renseignements, d'établissement des preuves, d'extradition et d'arrestation ou de jugement des criminels présumés.

689. Ces deux Résolutions représentent une bonne illustration de la volonté des Nations Unies de faire respecter ses principes fondamentaux en assurant un développement de la coopération et de l'entraide internationale. Cependant, ces deux textes, aussi précurseurs aient-ils été, n'en demeurent par moins des résolutions de l'Assemblée générale, des normes juridiques dépourvues d'effet obligatoire à l'encontre des Etats. En aucun cas il ne faut les considérer comme une concrétisation effective d'une quelconque obligation de coopération. En ce sens la Résolution 2625 précitée est éloquente puisqu'elle vient elle-même déclarer que :

*« les principes de la Charte qui sont inscrits dans la présente Déclaration constituent des principes fondamentaux du droit international, [les Nations Unies demandant] en conséquence à tous les Etats de s'inspirer de ces principes dans leur conduite internationale et de développer leurs relations mutuelles sur la base du respect rigoureux des dits principes ».*⁸⁹¹

690. L'Assemblée vient ainsi affirmer le caractère purement déclaratoire de sa Résolution, dont le fondement ne peut servir que d'inspiration aux développements ultérieurs, internes ou conventionnels des Etats.

⁸⁹⁰ Résolution 30/74 du 3 décembre 1973 : *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.*

⁸⁹¹ Résolution 26/25, op. cit.

B. L'apport du droit conventionnel à la théorie de la coopération internationale en matière pénale.

691. La coopération internationale est une notion générale et centrale des conventions répressives. D'une obligation générale de droit international découle une obligation spécifique, en matière pénale, consacrée par le droit conventionnel. Les Conventions traitent donc de la coopération pénale et de l'entraide judiciaire, mais la teneur de cette obligation varie selon que la Convention est multilatérale et spécifique (1.) ou bilatérale et générale. (2.)

1. La coopération dans les Conventions répressives multilatérales.

692. Les Convention répressives multilatérales, lorsqu'elles prescrivent aux Etats de coopérer, sont de plus en plus précises et détaillées, quant à la teneur de cette obligation. (a.) Mais la valeur intrinsèque à lui accorder est loin de faire l'unanimité et reste énigmatique. (b.)

a. Une précision grandissante de l'obligation de coopération.

693. La mise en œuvre et la consolidation d'une coopération pénale internationale résultent d'une lutte constante et évolutive contre l'impunité, « *exigée par une société civile vigilante, lutte contre l'impunité perçue comme une condition irréfragable du rétablissement de la paix et de la démocratie* ». ⁸⁹² Il demeure malgré tout relativement difficile de s'accorder sur une obligation générale et unique de coopération internationale, même dans l'intérêt de la sauvegarde de la communauté internationale, tant la mise en œuvre de cette coopération et les pratiques nationales divergent. En revanche, dans un cadre précis de lutte contre la criminalité internationale, la coopération interétatique et l'entraide judiciaire seront facilitées dès lors qu'elles seront conventionnellement prévues, facilitées également puisqu'elles ne porteront que sur un domaine restreint. On se trouvera dans ce cas face à une véritable obligation de résultat dont la violation pourrait entraîner la

⁸⁹² Bourdon (W.), op cit, p.922.

mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat pour non-respect de ses engagements conventionnels.

694. Ceci explique le vaste réseau de textes internationaux conventionnels actuellement en vigueur. Ainsi, un tel réseau coopératif aurait, sans aucun doute, une énorme valeur dissuasive pour le criminel, dont le forfait serait l'objet d'une répression facilitée par le biais d'une coopération judiciaire poussée. Cette obligation ne vaut alors que pour des domaines, certes spécifiques, mais de plus en plus nombreux. Les Conventions faisant état de pareille obligation sont finalement relativement récentes et ont intégré la coopération en même temps que les dispositions relatives à l'incrimination poussée. Elles sont au demeurant de plus en plus détaillées quant au contenu de cette obligation. Ces Conventions répressives, à l'image de celles portant sur le terrorisme ou la torture prévoient toute une disposition similaire selon laquelle

*« les Etats contractants s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative aux infractions (...) ».*⁸⁹³

695. Il ne fait pas de doute que le souci de coopération internationale en matière de lutte contre la criminalité a pour but de réaliser une harmonie entre Etats. Mais en stipulant que les Etats *« s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible »*, il est stipulé une obligation dont le contenu est beaucoup trop large pour être efficace, laissant une trop grande marge de manœuvre à l'appréciation souveraine des Etats, faussant et ralentissant les procédures dans d'obscures interprétations internes.

696. Cependant, plus les Conventions seront récentes, plus elles seront détaillées, donc beaucoup plus efficaces. En effet, en se voyant préciser clairement la notion d'entraide

⁸⁹³ Les quelques Conventions répressives conclues sous l'égide de la SDN font référence, non pas à une entraide judiciaire, mais plutôt à une simple correspondance ou à une collaboration en matière, de répression, des offices judiciaires nationaux. C'est en tout cas ce qu'il ressort de la *Convention internationale pour la répression du faux-monnayage* du 20 avril 1929, en son article 13 ou encore de la *Convention de 1936 pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles*, en son article 12. Les Conventions contemporaines sont quelques peu plus explicites puisqu'une entraide judiciaire est prévue à l'article 9 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*, à l'article 25 de la *Convention unique sur les stupéfiants*, à l'article 11 de la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre l'aviation civile*, à l'article 10 de la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique, y compris les agents diplomatiques*, à l'article 11 de la *Convention internationale contre la prise d'otage*, à l'article 8 de la *Convention européenne pour la répression du terrorisme* ou bien encore à l'article 10 de la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*.

judiciaire, les Etats parties se trouvent liés par toute une série de mesures coopératives à suivre. Pareilles dispositions conventionnelles, aussi nombreuses, multiples et précises soient-elles, présentent toutes l'avantage de donner une valeur directement normative et contraignante à la coopération internationale et à l'entraide judiciaire. L'objectif en est une répression facilitée de la criminalité internationale, facilitée puisque encadrée.

697. En la matière, les exemples sont multiples. La *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* du 19 décembre 1989 prévoit de ce fait toute une série de mesures détaillées, allant de la procédure d'extradition aux procédures d'entraide judiciaire, incluant toutes les mesures à prendre⁸⁹⁴, les renseignements à fournir⁸⁹⁵ ou bien toutes autres mesures de coopération concernant entre autres les preuves et la procédure. Dans la même conception, la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* dispose d'un article 12 qui reprend cette notion « *d'entraide judiciaire la plus large possible* », commune aux textes précédents, mais vient largement la compléter ne serait-ce qu'en appliquant cette entraide à l'extradition, à tout aspect de la procédure pénale ou de l'extradition ou au partage éventuel d'informations et de preuves. Autre cas, celui de la *Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, dans laquelle est exclusivement consacré un chapitre propre à la coopération internationale. Il est utile de noter que cette Convention fait, comme le précise son article 8, de la coopération internationale une véritable « *obligation d'entraide* », basée sur toute une procédure de confiscation obligatoire, de transmission d'informations, de correspondance ou encore de recueil et partage des preuves. Il en est de même pour le *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* et sa troisième partie portant « *Prévention, coopération et autres mesures* ». Il est ainsi prévu que les Parties établissent « *des politiques, programmes et autres mesures d'ensemble* »⁸⁹⁶ afin de lutter et de réprimer toute pratique de traite des

⁸⁹⁴ Ainsi, l'article 7 § 2 de la Convention énonce qu'au titre de l'entraide judiciaire, celle-ci peut être demandée aux fins de « *recueillir des témoignages ou des dépositions, signifier des actes judiciaires, effectuer des perquisitions et des saisies, examiner des objets et des lieux, fournir des informations et des pièces à conviction* ».

⁸⁹⁵ Article 7 § 10 « *la désignation de l'autorité dont émane la demande, l'objet et la nature de l'enquête, des poursuites pénales ou de la procédure judiciaire, un résumé des faits pertinents, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée....* ».

⁸⁹⁶ Article 9 § 1 du *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*.

personnes. Au titre de ces politiques, est celle de la formation poussée des agents des services de détection, de répression, d'immigration et d'autres services compétents à la prévention et à la répression de la traite des personnes. La *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, plus que tout autre texte conventionnel, s'organise autour d'un régime poussé de coopération. En effet, au-delà de la simple obligation de coopération générale,⁸⁹⁷ la Convention prévoit un mécanisme d'entraide judiciaire passant notamment par des enquêtes facilitées par le recours à un Comité international d'experts.

b. Des divergences quant à la valeur d'une telle obligation.

698. Même si ces Conventions répressives demeurent fortement axées sur une obligation certaine de coopération, il n'en demeure pas moins qu'elles restent protectrices de la souveraineté pénale des Etats parties. Elles contiennent toutes une disposition analogue selon laquelle l'entraide prévue est exécutée conformément au droit interne de la partie requise et qu'elle se fait surtout en conformité avec les systèmes juridiques, judiciaires et administratifs internes. Quelle valeur accorder coopération ? Un seul texte semble consacrer une obligation de coopération universelle : la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. En effet, la Cour Internationale de justice a, par deux fois, reconnu qu'en dépit de leur caractère conventionnel, les obligations issues de la Convention, dont celle de la nécessité de la coopération internationale prévue par le Préambule, avaient un caractère *erga omnes*, valant de ce fait pour tout Etat, partie ou non à la Convention.⁸⁹⁸ De là à souhaiter que la coopération internationale ait une valeur *erga omnes*, il n'y a qu'un pas à franchir.

699. Cependant, à l'heure actuelle, aucun texte ne semble consacrer, directement ou indirectement, une telle valeur à ce principe. Tout au plus une doctrine minoritaire, vient

⁸⁹⁷ Article 14 de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*.

⁸⁹⁸ Le caractère *erga omnes* des dispositions de la Convention a d'abord été affirmé dans l'Avis consultatif de la Cour du 28 mai 1951 relatif aux *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, dans lequel il est précisé que « (...) les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel » (Rec. C.I.J., 1951, p. 23). Il a été réaffirmé de manière explicite par la Cour au travers de son arrêt du 11 juillet 1996 dans l'*Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)-Exceptions préliminaires*, puisqu'il est précisé que « les droits et obligations consacrés par la Convention sont des droits et obligations *erga omnes* » (Rec C.I.J., 1996, p. 616.).

consacrer le caractère coutumier et la valeur de *jus cogens* de la règle *aut dedere aut judicare*.⁸⁹⁹ Par analogie, la coopération aurait alors valeur obligatoire puisqu'elle est intimement liée à cette règle.⁹⁰⁰ Or, bien qu'ancrée dans le droit international, cette règle n'est pas suffisamment uniformisée pour lui conférer ce caractère coutumier, voire obligatoire. Cependant, une autre partie de la doctrine maintient que « *la coopération entre Etats qui se prêtent une assistance mutuelle est (...) une affaire de convenance politique ou, tout au plus, de courtoisie internationale, en aucun cas un acte d'exécution d'une obligation juridique découlant directement du droit international général* ». ⁹⁰¹

2. Obligation de coopération et conventions bilatérales.

700. Les textes multilatéraux sont certes nombreux mais n'obligent qu'à une coopération dans des cas bien spécifiques et encadrés, pour des actes criminels précis, définis à l'avance. L'innovation en la matière vient des multiples conventions bilatérales d'entraide et d'assistance judiciaire. En effet, force est de constater que ce sont les seuls textes contraignants qui imposent aux Etats parties une véritable obligation générale de coopération. Le fait que cette obligation soit générale s'explique par le caractère réciproque des engagements étatiques, lié au « *profit mutuel* »⁹⁰² qu'espèrent en tirer les parties en matière pénale. Les Etats seront plus enclins à parler d'obligation lorsque le but ultime de la Convention est la recherche du profit mutuel.

701. L'avantage de ces textes est triple. D'une part la notion de coopération et d'entraide judiciaire est largement définie⁹⁰³, en tenant compte des divergences juridiques des deux Etats et du respect de leurs souverainetés respectives. D'autre part, ces textes ne voient pas leur champ d'application restreint à un comportement précis mais ils portent sur tout acte criminel incriminé par le droit interne de chacune des deux parties. Enfin, ils peuvent être

⁸⁹⁹ Bassiouni (C.), Wise (E.), *Aut dedere aut judicare the duty to extradite or prosecute in international law*, Martinus Nijhoff, 1995, p. 51 et s.

⁹⁰⁰ Pour le Professeur Bassiouni, « *le châtement des coupables et la coopération internationale dans le domaine de l'extradition et de l'assistance judiciaire (...) constituent des obligations erga omnes. Ces obligations (dérivant) de la maxime aut dedere aut judicare contenue (...) dans un grand nombre de conventions pénales internationales* », in *Actes du colloque du 5 février 2002*, in www.sos-attentats.org.

⁹⁰¹ Puente Egidio (J.), L'extradition en droit international : problèmes choisis, *R.C.A.D.I.*, 1991, vol 231, p. 43.

⁹⁰² Cette notion de profit mutuel est issue du Préambule du *Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Canada et la République orientale d'Uruguay* du 10 juillet 1996.

⁹⁰³ Voir par exemple la *Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République d'Afrique du Sud* du 31 mai 2001 ou bien le *Traité d'assistance judiciaire en matière criminelle entre les Etats Unis d'Amérique et le gouvernement des Bahamas* des 12 juin et 18 août 1987.

modulés en fonction des besoins spécifiques des Etats signataires. Ces Traités et Conventions sont tous construits sur un modèle analogue. Favorisant la coopération en respectant la souveraineté nationale, ils contiennent tous, abstraction faite des divergences de rédaction, une disposition selon laquelle

*« les deux Etats s'engagent à s'accorder, conformément aux dispositions du présent Traité, l'entraide judiciaire la plus large possible, dans toute enquête ou procédure visant des infractions dont la répression est de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant ».*⁹⁰⁴

702. En ne cantonnant pas l'obligation de coopération à un acte criminel bien précis, ces textes viennent en fait faciliter la répression et la lutte contre toute impunité criminelle. De ce champ d'application général on peut en conclure que l'argument souvent avancé par les criminels internationaux du défaut de bases légales et conventionnelles serait inopérant. La question de l'interprétation des dispositions du texte ne se pose pas dès lors que celui-ci a été l'objet d'une négociation commune et, peut-on l'espérer, d'une application similaire.

§. II. Les mécanismes de coopération internationale.

703. L'efficacité de la lutte contre la criminalité internationale suppose une étroite collaboration entre les Etats. Le droit international impose une coopération générale et habilite les Etats à mettre en place des procédures de coopération spécifiques, garantes de l'efficacité des poursuites. Ces mécanismes de coopération internationale et d'entraide judiciaire prennent en particulier la forme d'une coopération internationale basée sur l'entraide policière (A.) et d'une coopération internationale basée sur l'entraide judiciaire. (B.)

⁹⁰⁴ Article 1^{er} du *Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République arabe d'Egypte*, du 7 octobre 2000. On retrouve une disposition identique dans de nombreux textes telle la *Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de l'Australie* du 14 janvier 1993 ou bien encore dans le *Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République Argentine* du 12 janvier 2000.

A. Une coopération basée sur l'entraide policière.

704. Lorsque le droit international enjoint les Etats à s'accorder l'entraide judiciaire la plus large possible dans la lutte contre la criminalité, cette coopération interétatique passe, en premier lieu, par une coopération certaine entre les divers services nationaux de police. (1.) L'exemple du droit communautaire est extrêmement évocateur avec l'instauration du système Europol. (2.)

1. Une coopération certaine entre les divers services nationaux de police.

705. Il faut constater d'emblée que l'acceptation d'une coopération policière internationale est un acte qui relève de la compétence exclusive des Etats et que le manque de précision du droit international en la matière laisse aux Etats une grande latitude quant aux modalités de cette coopération. Mais le développement sans borne de la criminalité internationale a eu pour conséquence une réelle prise de conscience des Etats de coopérer efficacement et effectivement au niveau de leurs autorités policières. Les Nations Unies ont d'ailleurs pris acte de cette évolution en précisant que,

*« comme la police est une des formes les plus visibles et les plus intrusives de l'exercice de la souveraineté politique, les États ont longtemps hésité à coopérer avec des services de police étrangers. Cette attitude a peu à peu changé depuis que les États ont commencé à prendre conscience qu'il était de l'intérêt de tous de combattre, en particulier, la criminalité organisée, le trafic de drogues et le terrorisme, ainsi que de l'importance de la coopération pour faire face à la criminalité transnationale ».*⁹⁰⁵

706. Ce type de coopération s'avère donc être, pour les Etats, une habitude, limitée par la souveraineté nationale, dont l'efficacité est reconnue puisque *« son action s'inscrit essentiellement dans l'échanges d'informations et ne touche pas aux aspects régaliens des*

⁹⁰⁵ Onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale, Bangkok 18-25 avril 2005, Atelier 1 : Renforcement de la coopération internationale en matière de police et répression, y compris les mesures d'extradition, A/Conf/203/9, § 12.

Etats ». ⁹⁰⁶ En effet, dans un souci d'efficacité de lutte contre la criminalité internationale, dès lors qu'un élément d'extranéité entre en jeu, la coopération policière devient une nécessité, dépassant le strict cadre des frontières. Cependant, la diversité des systèmes juridiques nationaux, tout comme la multiplicité des accords de coopération conclus entre Etats constituent une entrave réelle à la coopération et justifieraient le recours à des organisations spécifiques de coopération policière. ⁹⁰⁷

707. L'élément fédérateur de cette coopération policière internationale s'avère être Interpol, l'Organisation internationale de police criminelle. Cette « *structure d'analyse de la criminalité internationale* », ⁹⁰⁸ a pour mission d'assurer une réelle coopération entre les services de police des Etats membres, en leur fournissant une aide technique et en constituant un office de centralisation des renseignements et informations pertinentes pour l'enquête et les poursuites. ⁹⁰⁹ En tant qu'organisation internationale, Interpol est basée sur le volontarisme des Etats. Or, vu le nombre important d'Etats parties, la coopération policière via les structures d'Interpol, semble s'imposer largement aux Etats.

2. La coopération policière européenne: Europol.

708. L'Union européenne a fait de la lutte contre la criminalité internationale un de ses chevaux de bataille, car la suppression des frontières et des contrôles, fait face au défi de la sécurité du territoire communautaire. Il est donc rapidement apparu utile d'instaurer des règles communes de coopération policière. Celles-ci trouvent leur fondement dans le troisième pilier et leur réalité dans l'organe Europol. Comme dans bien d'autres domaines, l'ordre juridique communautaire constitue l'avancée la plus significative en matière de coopération policière. Le but premier d'Europol est d'assurer la prévention et la lutte contre la criminalité organisée, par une coopération policière extrêmement poussée. En

⁹⁰⁶ Garcia-Jourdan (S.), *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruylant, 2005, p. 401. (761 p.).

⁹⁰⁷ Il a été reconnu lors du Congrès de Bangkok que « *la coopération en matière policière, aussi bien informelle que formelle, a été entravée par différents problèmes, comme la diversité des systèmes juridiques, la diversité des structures mises en place pour assurer l'application des lois, l'absence de voies de communication à des fins comme l'échange d'informations et les activités de renseignement ou la diversité des approches et des priorités* ».

⁹⁰⁸ Ibid, p. 463.

⁹⁰⁹ Voir à ce propos le Règlement pour le traitement d'informations pour la coopération policière international

effet, en instituant Europol, l'Office européen de police⁹¹⁰, le Conseil s'est donné pour ambition d'améliorer l'efficacité et la coopération des services compétents des États membres, notamment contre le terrorisme, le faux-monnayage ou bien encore le trafic de stupéfiants. L'originalité d'Europol réside dans la fait que ses compétences « *sont ciblées sur des types et des formes de criminalité insuffisamment appréhendées par les autorités nationales ou les autres institutions de coopération policières internationales* ». ⁹¹¹ A l'origine, en 1995, n'était donné à Europol qu'un mandat en matière de stupéfiants. Or le trafic de stupéfiants ne constituant pas à lui seul l'expression entière de la criminalité internationale, le mandat d'Europol a été rapidement élargi à d'autres activités criminelles, par différentes décisions du Conseil, celui-ci ayant seul compétence pour étendre les prérogatives d'Europol à d'autres domaines de criminalité organisée. ⁹¹²

709. Europol a donc pour ambition de donner un cadre juridique unique à la coopération policière communautaire. Sous forme d'assistance technique et humaine, sa mission est de faciliter les échanges et l'analyse des informations entre les États membres, au niveau des autorités de police, notamment en fournissant et en centralisant des analyses opérationnelles sur les activités criminelles. ⁹¹³ A cette fin, dans tous les domaines de

⁹¹⁰ Acte du Conseil portant établissement de la convention portant création d'un Office européen de police, 26 juillet 1995, *JO*, C 316 du 27 novembre 1995.

⁹¹¹ Isaac (G.), Le nouvel office européen de police (Europol), *P.A.*, 7 juin 2000, n° 113, p. 8.

⁹¹² Décision du Conseil visant à compléter la définition de la forme de criminalité dite «traite des êtres humains» figurant à l'annexe de la convention Europol, 3 décembre 1998, *JO*, C 26 du 30 janvier 1999, Décision du Conseil chargeant Europol de traiter des infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités de terrorisme portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes ainsi qu'aux biens, 3 décembre 1998, *JO*, C 26 du 3 janvier 1999, Décision du Conseil étendant le mandat d'Europol à la lutte contre le faux monnayage et la falsification des moyens de paiement, 29 avril 1999, *JO*, C 149, du 28 mai 1999, Décision du Conseil étendant le mandat d'Europol à la lutte contre les formes graves de criminalité internationale énumérées à l'annexe de la convention Europol, 6 décembre 2001, *JO*, C 362 du 18 décembre 2001, Décision du Conseil visant à protéger l'euro contre le faux-monnayage par la désignation d'Europol comme office central de répression du faux-monnayage de l'euro, 12 juillet 2005, *JO*, L 185, du 16 juillet 2005.

⁹¹³ Voir l'article 3 de la Convention Europol. : « 1. Dans le cadre des objectifs définis à l'article 2 paragraphe 1, Europol remplit en priorité les fonctions suivantes: 1) faciliter l'échange d'informations entre les États membres; 2) collecter, rassembler et analyser des informations et des renseignements; 3) par l'intermédiaire des unités nationales définies à l'article 4, communiquer sans délai aux services compétents des États membres les informations qui les concernent et les informer immédiatement des liens constatés entre des faits délictueux; 4) faciliter les enquêtes dans les États membres en transmettant aux unités nationales toutes les informations pertinentes à cet égard; 5) gérer des recueils d'informations informatisés contenant des données conformément aux articles 8, 10 et 11. 2. En vue d'améliorer, par le biais des unités nationales, la coopération et l'efficacité des services compétents des États membres dans la perspective des objectifs définis à l'article 2 paragraphe 1, Europol remplit en outre les autres fonctions suivantes: 1) approfondir les connaissances spécialisées qui sont utilisées dans le cadre des enquêtes par les services compétents des États membres et dispenser des conseils pour les enquêtes; 2) fournir des renseignements stratégiques pour faciliter et promouvoir une utilisation efficace et rationnelle des ressources disponibles au niveau national pour les activités opérationnelles; 3) élaborer des rapports généraux sur l'état des travaux. 3. Dans le cadre des objectifs que lui fixe l'article 2 paragraphe 1, Europol peut, en outre, en fonction des

compétence prévus par la Convention Europol, des unités nationales de police et des officiers de liaison sont prévus et formés. Certes, la police est une des formes les plus visibles et les plus intrusives de l'exercice de la souveraineté, mais instaurer une réelle coopération au niveau des services de police permet sans aucun doute de faciliter les enquêtes et de prévenir plus efficacement les activités criminelles transnationales, mais aussi de dissuader les délinquants éventuels

B. Une coopération internationale basée sur l'entraide judiciaire.

710. La coopération internationale basée sur l'entraide judiciaire est le pendant de la coopération policière. En effet, le développement de la criminalité internationale, ainsi que le souci de lutter contre l'impunité, impose une réelle coopération judiciaire, par le biais de la coordination des procédures nationales, (1.) ou par le biais de procédures spécifiques. (2.)

1. A la recherche de la coordination des procédures.

711. La coordination des procédures judiciaires afin d'optimiser la coopération internationale se fait notamment par le biais de procédures spécifiques, telle la transmission des informations nécessaires (a.) ou bien par la reconnaissance mutuelle des jugements répressifs. (b.)

a. La transmission des informations.

712. « *Les commissions rogatoires internationales en matière pénale sont des actes tendant à faire accomplir par une autorité judiciaire compétente, relevant d'un Etat, un ou plusieurs actes d'instruction pour le compte d'une autre autorité judiciaire compétente relevant d'un autre Etat en vue de la solution d'un procès pénal* ». ⁹¹⁴ La commission rogatoire, procédure de juges à juges, a essentiellement pour but d'assurer la transmission

effectifs et des ressources budgétaires dont il dispose, et dans les limites fixées par le conseil d'administration, assister les États membres par des conseils et des recherches dans les domaines suivants: 1) la formation des membres des services compétents; 2) l'organisation et l'équipement de ces services; 3) les méthodes de prévention de la criminalité; 4) les méthodes de police techniques et scientifiques et les méthodes d'enquête ».

⁹¹⁴ Chapelle (M.A.), Commissions rogatoires internationales, *JCL droit international*, fasc 470, § 1.

des preuves, ou tout acte de procédure permettant de faciliter et d'étayer les poursuites engagées. L'accomplissement de procédures via les commissions rogatoires est un acte éminemment souverain, puisque elles sont « *à la fois une expression de la souveraineté nationale et un mécanisme nécessaire à la coopération internationale* ». ⁹¹⁵

713. Les commissions rogatoires trouvent majoritairement leur source dans le droit conventionnel, général ou sectoriel, multilatéral ou bilatéral. La *Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale* du 20 avril 1959, constitue l'archétype du Traité de coopération pénale prévoyant de manière détaillée le recours aux commissions rogatoires. En effet, l'entraide judiciaire la plus large possible, présente en droit conventionnel, s'illustre parfaitement ici par la consécration, générale, du recours à ces procédures. Il est ainsi prévu que

« la partie requise fera exécuter, dans les formes prévues par sa législation, les commissions rogatoires relatives à une affaire pénale qui lui seront adressées par les autorités judiciaires de la partie requérante et qui ont pour objet d'accomplir des actes d'instruction ou de communiquer des pièces à conviction, des dossiers ou des documents ». ⁹¹⁶

714. Le recours aux commissions rogatoires est un acte éminemment souverain qui fait appel à la solidarité nationale et à la confiance mutuelle. En tant que tel, les Etats parties à la Convention se voient obligés d'exécuter la commission, au risque de violer le contenu des ses obligations internationales, puisqu'« *il serait pourtant faux de croire que [l'Etat requis] pourrait refuser arbitrairement l'entraide demandée sans engager sa responsabilité internationale* ». ⁹¹⁷

715. Il est compréhensible que, pour faciliter la transmission d'informations et pour plus d'efficacité, le droit conventionnel bilatéral soit préféré. En effet, un accord bilatéral, spécialement consacré à l'entraide pénale, s'articule explicitement autour du recours aux commissions rogatoires, entre deux ordres juridiques. En revanche, le droit conventionnel multilatéral et sectoriel, est confus. Ainsi, des textes comme la *Convention contre le trafic*

⁹¹⁵ Ghica-Lemarchand (C.), La commission rogatoire internationale en droit pénal, *R.S.C.*, 2003, p. 33.

⁹¹⁶ Article 3 § 1. Les modalités d'accomplissement et d'exécution des commissions rogatoires sont prévues à l'article 15 de la dite Convention.

⁹¹⁷ Chapelle (M.A.), *op. cit.*, § 17.

illicite de stupéfiants et de substances psychotropes élargit le champ traditionnel des commissions rogatoires, en y incluant la recherche, l'identification, le gel et la saisie des produits issus du trafic des drogues et substances prohibées.⁹¹⁸ Dans un même ordre d'idées, la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* en enjoignant les Etats à s'accorder l'entraide la plus large possible, facilite la transmission de preuves et d'informations utiles et invalide l'excuse du secret bancaire pour refuse l'entraide.⁹¹⁹ Mais d'un autre côté, aucun modèle précis de Traité n'est établi en la matière, puisque, même si la souveraineté pénale des Etats semble atteinte, par l'obligation d'accomplir certaines procédures particulières, préétablies, certains Traités, à l'image de la *Convention pour la répression des actes de terrorisme nucléaire* ou de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, ne retiennent qu'une approche générale de l'entraide et des commissions rogatoires, basée sur la simple transmission de preuves.⁹²⁰

b. La reconnaissance mutuelle des jugements répressifs.

716. Dans une optique de lutte contre l'impunité, « *la nécessaire solidarité des Etats dans la lutte contre la délinquance internationale implique donc l'extraterritorialité de toute décision répressive, c'est-à-dire son efficacité hors du territoire de l'Etat où elle a été rendue* ». ⁹²¹ Cependant, qui dit efficacité de la décision répressive suppose une réelle reconnaissance de celle-ci par les Etats qui ne sont pas directement concernés par le jugement. Force est de constater que la décision pénale étant un acte exclusivement et purement souverain, les Etats sont réticents à reconnaître l'autorité positive des jugements répressifs étrangers et se refusent généralement à l'exécution forcée de ces décisions. Le droit conventionnel est avare d'une telle reconnaissance, puisque les textes sont quasi

⁹¹⁸ Article 5 § 4 de la *Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*.

⁹¹⁹ Article 12 de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*.

⁹²⁰ La *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire* dispose en son article 14 que « *les États Parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible pour toute enquête, procédure pénale ou procédure d'extradition relative aux infractions visées à l'article 2, y compris pour l'obtention des éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure* », de même, également à son article 14, la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, dispose que « *les États parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative à un crime de disparition forcée, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure* ».

⁹²¹ Huet (A.), Koering-Joulin (R.), *Droit pénal international*, op. cit, p. 374.

inexistants, telle la *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui* du 2 décembre 1949, qui dispose que,

« toute condamnation antérieure prononcée dans un Etat étranger pour un des actes visés dans la présente Convention sera, dans la mesure où le permet la législation nationale, prise en considération : 1) Pour établir la récidive; 2) Pour prononcer des incapacités, la déchéance ou l'interdiction de droit public ou privé ». ⁹²²

Or, il ne fait aucun doute que, dans un souci de lutte contre l'impunité et de bonne administration de la justice, une telle reconnaissance s'avèrerait plus que nécessaire.

717. Le droit européen privilégie une telle reconnaissance d'une façon originale. En effet, au sein du Conseil de l'Europe, un seul texte généraliste règlemente cette matière, la *Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs* du 25 mai 1970. Elle privilégie le principe d'assimilation, puisqu'un jugement rendu par les tribunaux d'un Etat partie à la Convention est assimilé à un jugement rendu par un Tribunal d'un autre Etat partie, donc exécutoire, sous conditions de respect des droits fondamentaux, de demande expresse de l'Etat requérant et de double incrimination.⁹²³ La sanction est au centre de cette reconnaissance. Il a été remarqué à propos de ce texte qu'il « établit un système fondé sur la nature de la sanction infligée, ce qui signifie qu'il est possible d'exécuter un jugement dans un Etat autre que celui où il a été prononcé, pourvu que la sanction soit l'une celles énumérées »⁹²⁴ par la Convention. Au-delà de cet exemple, une telle coopération n'est prévue que dans des textes spécifiques qui privilégient une approche sectorielle de la reconnaissance de des jugements répressifs,⁹²⁵ encore faut-il préciser que

⁹²² Article 7 de la *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui*.

⁹²³ Article 3 : « 1. Dans les cas et les conditions prévus dans la présente Convention chaque Etat contractant a compétence pour procéder à l'exécution d'une sanction prononcée dans l'un des autres Etats contractants et qui y est exécutoire. 2. Cette compétence ne peut être exercée qu'à la suite d'une demande d'exécution présentée par l'autre Etat contractant ». Article 4 : « 1. Une sanction ne peut être exécutée par un autre Etat contractant que si en vertu de la loi de cet Etat et en cas de commission dans cet Etat le fait pour lequel la sanction a été prononcée constituerait une infraction et que l'auteur y serait punissable ».

⁹²⁴ Moreillon (L.), Willi-Jayet (A.), *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, Helbing et Lichtenhann, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 313.

⁹²⁵ On retrouve ce type de reconnaissance dans les Conventions du Conseil de l'Europe telle la *Convention européenne sur les effets internationaux de la déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur*, la *Convention sur le transfèrement des personnes condamnées* ou bien encore dans la *Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*.

textes généralistes et sectoriels souffrent d'un éclatant défaut de ratification de la part des Etats.

718. La position de l'Union européenne en la matière s'avère également ambiguë. En effet, d'un côté l'Union privilégie une approche généraliste de ce pan de la coopération, ce qui est logique dans un tel ordre intégré. Mais, en adoptant un *Livre vert concernant le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, cette approche reste fragmentaire. La Commission privilégie le strict rapprochement et l'uniformisation des incriminations et des sanctions, qui permettrait une meilleure reconnaissance des jugements rendus.⁹²⁶ De même, son approche sectorielle de la reconnaissance des jugements répressifs est favorisée et, exception faite de rares cas portant exclusivement sur une reconnaissance des jugements⁹²⁷, porte principalement sur un rapprochement des législations pénales et des sanctions.

2. Des procédures spécifiques d'entraide judiciaire.

719. Au-delà des procédures traditionnelles d'entraide et de coopération judiciaire, ont été instaurées des procédures spécifiques, répondant à un cadre juridique particulier. Tel est le cas d'Eurojust (a.) ou de la coopération avec les juridictions pénales internationales. (b.)

a. L'entraide judiciaire européenne : Eurojust.

720. Par décision du Conseil, a été instauré, le 28 février 2002, Eurojust, afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité.⁹²⁸ Le but de l'organe Eurojust est de « *promouvoir, stimuler et améliorer la coopération judiciaire en matière pénale entre*

⁹²⁶ Le Livre vert dispose ainsi que « *le rapprochement des règles de droit pénal concernant les sanctions et leur exécution contribue à faciliter l'acceptation de la reconnaissance mutuelle des jugements, puisqu'il renforce la confiance mutuelle* », Com/ 2004/ 234.

⁹²⁷ Voir par exemple la décision-cadre 2005/214/JAI du 24 février 2005, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, *JOUE*, L 76, 22 mars 2005, qui a pour mission de faciliter, dans un Etat membre, l'exécution des sanctions pécuniaires imposées dans un autre Etat membre. La décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006, sur la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation, impose à un Etat membre l'obligation de reconnaître et d'exécuter sur son territoire les décisions de confiscation rendues par un tribunal compétent en matière pénale d'un autre Etat membre, *JOUE* L 328, 24 novembre 2006, p. 59.

⁹²⁸ Décision 2002/197/JAI du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, 28 février 2002, *JO, L*, 63 du 6 mars 2002. Voir à ce propos, Barella (D.), Vers un espace pénal commun en Europe ? , *P.A*, 24 juin 2003, n° 125, pp. 4-7.

les autorités compétentes des Etats membres »⁹²⁹, afin de lutter efficacement contre la criminalité, en créant pour cela un réel espace judiciaire européen. Il est apparu nécessaire aux Institutions de « créer une entité autonome capable de pouvoir traiter de toutes les infractions particulièrement graves dont la répression pourrait nécessiter le recours à l'entraide judiciaire ». ⁹³⁰

721. Eurojust a été créée afin,

« d'améliorer davantage la coopération judiciaire entre les États membres, notamment dans la lutte contre les formes graves de criminalité, qui sont souvent le fait d'organisations transnationales », ⁹³¹

puisque,

« la coopération judiciaire entre les États membres requiert d'urgence l'adoption au niveau de l'Union de mesures structurelles destinées à faciliter la coordination optimale des actions d'enquête et de poursuites des États membres couvrant le territoire de plusieurs d'entre eux, dans le respect intégral des droits et libertés fondamentaux ». ⁹³²

722. Dans une optique d'enquêtes et de poursuites, afin d'établir une entraide judiciaire la plus large possible, Eurojust a pour mission

« a) de promouvoir et d'améliorer la coordination entre les autorités compétentes des États membres concernant des enquêtes et des poursuites dans les États membres, en tenant compte de toute demande émanant d'une autorité compétente d'un État membre et de toute information fournie par un organe compétent en vertu de dispositions arrêtées dans le cadre des traités;

⁹²⁹ Thwaites (N.L.C), Eurojust : autre brique dans la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier ?, R.S.C, 2003, p. 59.

⁹³⁰ Moreillon (L.), Willi-Jayet (A.), op. cit, p. 198.

⁹³¹ Préambule de la décision.

⁹³² Ibid.

b) d'améliorer la coopération entre les autorités compétentes des États membres, notamment en facilitant la mise en oeuvre de l'entraide judiciaire internationale et l'exécution des demandes d'extradition;

*c) de soutenir, par ailleurs, les autorités compétentes des États membres pour renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites ».*⁹³³

723. L'intérêt d'un tel organe est double. D'un côté, il vient rationaliser les procédures d'entraide judiciaire existantes, en les synthétisant. De l'autre, il permet de combattre les réticences souveraines en offrant un cadre unique de coopération judiciaire, favorisant les poursuites et facilitant la répression.⁹³⁴ Ainsi, la coopération porte sur les crimes graves que sont : la criminalité informatique, la fraude et la corruption, ainsi que toute infraction pénale touchant aux intérêts financiers de la Communauté européenne, le blanchiment des produits du crime, la criminalité au détriment de l'environnement, la participation à une organisation criminelle au sens de l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne. De plus, en liaison avec d'autres organes, la coopération via Eurojust porte sur les infractions pour lesquels Europol a compétence pour agir en application de l'article 2 de la Convention Europol du 26 juillet 1995.⁹³⁵

b. L'entraide judiciaire avec les juridictions pénales internationales.

724. La coopération des Etats avec les juridictions pénales internationales devient une condition obligatoire *sine qua non* de la lutte contre l'impunité et la criminalité

⁹³³ Article 3 de la décision Eurojust.

⁹³⁴ Articles 5, 6 et 7 de la décision.

⁹³⁵ Article 4 de la décision. : « 1. Le champ de compétence générale d'Eurojust recouvre: a) les types de criminalité et les infractions pour lesquels Europol a, à tout moment, compétence pour agir en application de l'article 2 de la convention Europol du 26 juillet 1995; b) les types de criminalité suivants: la criminalité informatique la fraude et la corruption, ainsi que toute infraction pénale touchant aux intérêts financiers de la Communauté européenne, le blanchiment des produits du crime, la criminalité au détriment de l'environnement, la participation à une organisation criminelle au sens de l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne(8); c) d'autres infractions ayant été commises en liaison avec les types de criminalité et les infractions visés aux points a) et b). 2. Pour d'autres types d'infractions que celles visées au paragraphe 1, Eurojust peut, à titre complémentaire, conformément à ses objectifs, et à la demande d'une autorité compétente d'un État membre, apporter son concours à des enquêtes ou à des poursuites ».

internationale. Ces juridictions reposent avant tout sur l'idée d'une coopération nécessaire et obligatoire de l'Etat avec le juge international, pour une répression, effective, sinon efficace, des comportements criminels internationaux. L'ampleur de l'obligation divergera cependant selon la nature de la juridiction, que l'on soit face aux Tribunaux pénaux internationaux (α) ou face à la Cour pénale internationale. (β)

a. L'obligation de coopération avec les tribunaux pénaux internationaux.

725. Au travers des deux Statuts des Tribunaux pénaux internationaux, tant celui pour l'ex-Yougoslavie que celui pour le Rwanda, il apparaît que la coopération et l'entraide judiciaire sont une des bases de cette nouvelle approche de la justice pénale internationale. En effet, dès le Préambule des deux textes, est énoncé que,

*« les Etats collaborent avec le Tribunal à la recherche et au jugement des personnes accusées d'avoir commis des violations graves du droit international humanitaire ».*⁹³⁶

726. Cette coopération internationale présente l'avantage d'être d'une part à priori et à posteriori, tant dans la prévention que dans la répression, et d'autre part d'être obligatoire. De telles dispositions posent une obligation générale de coopération à la charge de l'ensemble des Etats puisque les Statuts ont été créés sur la base du Chapitre 7 de la Charte des Nations Unies. L'ensemble de leurs dispositions, y compris celles concernant la coopération, acquiert automatiquement un caractère obligatoire et contraignant, à la limite de l'universalité, auquel les Etats ne peuvent déroger.⁹³⁷

727. Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie s'est lui-même prononcé en ce sens puisqu'il rappelle que,

⁹³⁶ Article 28 du Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie et article 29 Statut du Tribunal pénal pour le Rwanda.

⁹³⁷ Voir notamment Cazala (J.), Est-il risqué pour les Etats de coopérer avec les juridictions pénales internationales ? Réflexions sur les relations entre juridictions nationales, tribunaux pénaux internationaux et Cour européenne des droits de l'homme, *R.S.C.*, 2003, pp. 721-732.

*« les rédacteurs du Statut ont (...) [imposé] aux États l'obligation d'apporter leur collaboration et une entraide judiciaire au Tribunal international ».*⁹³⁸

Et de préciser la valeur de cette obligation de coopération,

*« l'article 29 dispose que les États ont des obligations « envers la communauté internationale dans son ensemble » ou, en d'autres termes, des « obligations erga omnes ». Il pose également en principe que son observance est d'intérêt collectif ».*⁹³⁹

728. Avec ces tribunaux, deviennent donc obligatoires et, de manière non restrictive des procédures de coopération, telles

*« l'identification et la recherche des personnes, la réunion des témoignages et la production des preuves, l'expédition des documents, l'arrestation ou la détention des personnes, le transfert ou la traduction de l'accusé devant le Tribunal ».*⁹⁴⁰

729. Pour cela, nombreux sont les Etats qui ont adopté des mesures visant à répercuter en droit interne cette obligation de coopération avec les Tribunaux pénaux internationaux.⁹⁴¹ L'Organisation des Nations Unies, par le biais du Conseil de sécurité

⁹³⁸ T.P.I.Y, 29 octobre 1997, Chambre d'appel, *Procureur c. Tihomir Blaskic, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997*, IT-95-14-AR 108 bis, § 26.

⁹³⁹ Ibid. Bien que le tribunal d'Arusha ne se soit pas prononcé en ce sens il semble évident de penser qu'une même valeur doit être accordée à cette obligation de coopération, pour la simple raison que les articles 28 et 29 des deux Statuts sont rédigés en termes identiques.

⁹⁴⁰ Articles 28 et 29 des Statuts.

⁹⁴¹ Il est possible de citer le cas français avec sa *Loi no. 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991* ou bien encore la cas néo-zélandais et la *loi du 9 juin 1995 sur les Tribunaux chargés de juger les crimes de guerre*. En ce qui concerne le TPIR, la France a également adopté une loi sur le modèle de celles de 1995. Il s'agit de *Loi n° 96-432 du 26 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la Résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un Tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant de citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins*. La loi allemande sur la coopération avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie du 10 avril 1995 dispose explicitement d'un titre qui fait état de cette obligation de coopération telle que prévue par le Statut. Cependant, ces deux Tribunaux pénaux internationaux ad hoc sont restés des cas isolés. En effet, on aurait pu s'attendre à ce que leur modèle ait donné naissance à des juridictions analogues, pour connaître des crimes commis dans certaines zones géographiques, mais il n'en fût rien. En effet, que ce soit le Tribunal

demeure en permanence saisie de ces affaires et fait de la coopération avec les juridictions un élément fédérateur de la justice pénale internationale⁹⁴², tandis que l'Union européenne conditionne ses futurs élargissements à l'effectivité de la coopération de l'Etat candidat avec les Tribunaux pénaux.⁹⁴³

β. Une obligation subsidiaire de coopération avec la Cour pénale internationale.

730. La création d'une Cour pénale internationale, aussi attendue ait-elle été, n'en est pas moins décevante en ce qui concerne la coopération. En effet, la Cour pénale, en dépit de son caractère universel, ne prévoit qu'une coopération restreinte sous couvert de volontarisme conventionnel. Pourtant, dès son Préambule, le Statut prévoit que la répression des crimes internationaux pour lesquels la Cour est compétente doit être doublement assurée

« par des mesures prises dans le cadre national et par un renforcement de la coopération internationale ».

731. Il est à cet effet prévu un Chapitre IX « *Coopération internationale et assistance judiciaire* » extrêmement détaillé et complet qui fait état du devoir des parties à l'égard de la Cour.

spécial pour le Timor oriental, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les Chambres de jugement des Khmers Rouges ou bien le récent Tribunal spécial pour l'Irak, aucune de ces formations ne présente le caractère de juridiction pénale internationale. Pour des raisons de contestations politiques, afin de ne pas réitérer les critiques liées à la création unilatérale des deux tribunaux pénaux internationaux, en accord avec les Nations Unies, ont été préférées à des juridictions internationales spécifiques, des juridictions purement internes chargées de connaître des crimes de droit international et des violations du droit humanitaire. Quoiqu'il en soit, vraisemblablement de par ce caractère interne, aucun des différents Statuts ne fait référence à une quelconque coopération internationale ni à une éventuelle remise ou extradition. Or, eu égard à la nature même des crimes incriminés, gageons que l'obligation de coopération est sous entendue. En effet, même si les Statuts ne sont pas explicites, il ne fait aucun doute que les Etats se voient appelés à assumer une certaine dose de coopération, ne serait-ce que pour faciliter les poursuites et les procédures d'enquête.

⁹⁴² Ainsi, la Résolution 1503 du 28 août 2003 dispose notamment à ce propos qu'il est demandé à tous les Etats de « *de coopérer avec l'Organisation internationale de police criminelle (OIPC-Interpol) pour faire arrêter et transférer les personnes mises en accusation par les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda* », de même que la résolution 1534 du 26 mars 2004 exhorte à nouveau les Etats à intensifier leur coopération avec les juridictions afin de faciliter la répression des criminels.

⁹⁴³ Concernant la candidature de la Croatie, le Conseil a ainsi estimé que les négociations d'adhésion à l'Union européenne devaient être repoussées, en raison notamment de l'insuffisance de coopération avec le Tribunal de la Haye. Le 3 octobre 2005, lors du Conseil Européen de Luxembourg, les négociations furent reprises notamment en raison des efforts faits par Zagreb concernant la recherche du général Ante Gotovina, inculpé de crimes de guerre et de crime contre l'humanité par la Tribunal de La Haye. De même, la reprise des négociations de rapprochement entre Bruxelles et Belgrade a eu lieu le 1^{er} juin 2007, suite à l'arrestation du Général Tolimir et son transfert à La Haye pour y être jugé pour génocide.

732. En raison des débats qui ont eu lieu lors des négociations, la Cour n'a pas vu le jour sur la base d'une Résolution contraignante du Chapitre 7 mais sur celle d'un Traité international. C'est cette base conventionnelle qui peut expliquer que les dispositions du Statut de la Cour relatives à la coopération, posent une obligation de coopération internationale qui, loin d'être générale, semble plutôt subsidiaire. Il n'est pas utile à cet endroit de préciser d'avantage que la nature conventionnelle du Statut de la Cour entraîne comme conséquences que celle-ci ne sera compétente qu'à l'égard des Etats qui l'ont reconnu en ratifiant son acte fondateur. Dans le même esprit, les dispositions de son Statut ne seront opposables qu'aux seuls Etats parties. Pareille restriction conventionnelle vaut évidemment pour l'obligation de coopération. On peut alors parler de coopération subsidiaire puisque celle-ci, à la différence des deux Tribunaux, est loin d'être obligatoire. En effet, il est à déplorer que l'obligation générale de coopération posée au Chapitre IX du Statut de la Cour ne s'impose qu'aux Etats parties au Statut, ceux qui l'ont ratifié et reconnu de ce fait la compétence juridictionnelle.⁹⁴⁴ Cet aspect est à regretter, surtout lorsque l'ambition de la Cour est d'être une juridiction pénale universelle, compétente pour connaître des graves crimes de droit international. Il n'en est pas moins prévu un large éventail de mesures spécifiques de coopération,⁹⁴⁵ mesures qui ne portent cependant que partiellement atteinte à la souveraineté pénale nationale puisque les modalités de coopération des Etats avec la Cour se font par le biais du canal étatique.⁹⁴⁶

SECTION 2 : COOPERATION ET EXTRADITION : ENTRE RESPECT DE LA TRADITION ET ALTERATION DES POUVOIRS SOUVERAINS DE L'ETAT.

733. La répression interne de crimes internationaux ou à caractère international est une pratique délicate, alliant respect des engagements internationaux, mise en œuvre de pratiques nationales divergentes, nécessité d'une coopération poussée et efficacité de la répression. En la matière, l'extradition est très souvent présentée comme l'entraide majeure, l'archétype de la coopération répressive internationale, sa forme la plus aboutie et

⁹⁴⁴ C'est ce qu'il ressort de l'article 86 du Statut selon lequel « *les Etats parties coopèrent pleinement avec la Cour* ».

⁹⁴⁵ Voir notamment les articles 87 sur les dispositions générale de coopération, 89 sur la remise de certaines personnes à la Cour et 93 sur les procédures annexes de coopération.

⁹⁴⁶ L'article 88 dispose en ce sens que « *les États Parties veillent à prévoir dans leur législation nationale les procédures qui permettent la réalisation de toutes les formes de coopération visées dans le présent chapitre* ».

la plus efficace. Cette procédure fait appel à un degré élevé de collaboration interétatique, pour une mise en œuvre facilitée des principes de justice. L'extradition est ainsi définie comme un « *mécanisme juridique par lequel un Etat [Etat requis] livre une personne qui se trouve sur son territoire à un autre Etat [Etat requérant] qui la réclame aux fins de poursuites ou d'exécution d'une peine* », ⁹⁴⁷ l'individu devant être recherché comme auteur ou complice d'une infraction. Le développement accru de la pratique laisse penser que cette procédure serait une procédure en perte d'autonomie, de moins en moins souveraine (§ I.), preuve en est, l'adaptation continue des Etats aux spécificités du régime extraditionnel. (§ II.)

§. I. L'extradition : une procédure en perte d'autonomie ?

734. L'extradition est la procédure la plus symptomatique de coopération internationale. Procédure courante, elle est encadrée de conditions de mise en œuvre bien spécifiques. Or, en raison du développement du droit pénal international, cette procédure souffre des atteintes portées à la souveraineté pénale. Preuve en est, l'altération des conditions traditionnelles de l'extradition. (A.) Ce qui amène à se demander si l'on se trouve désormais face à une réelle obligation d'extradition ou bien encore face à une simple habilitation. (B.)

A. L'altération des conditions traditionnelles de l'extradition.

735. Reconnaître que l'extradition est une procédure en perte d'autonomie peut s'expliquer en analysant les conditions traditionnelles propres à engager une telle pratique. En effet, le droit international se montre de plus en plus intrusif, qu'il s'agisse du caractère éminemment discrétionnaire de l'extradition (1.) ou bien de l'appréciation de la règle de la double incrimination (2.)

⁹⁴⁷Salmon (J.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit. p. 489.

1. Une compétence discrétionnaire.

736. L'extradition est avant tout une procédure souveraine liée aux prérogatives des Etats. En tant que telle, toute décision d'accorder l'extradition est un choix principalement politique, (a.) même si un commencement de juridictionnalisation de la procédure a vu le jour avec le mandat d'arrêt européen. (b.)

a. L'extradition : un choix souverain et politique.

737. La caractéristique majeure de l'extradition est son environnement extraterritorial qui explique que la base même de la procédure est un appel à la solidarité internationale en vue d'une répression efficace d'un comportement prohibé. C'est ainsi qu'il a été considéré que « *l'extradition est d'abord un acte d'extraterritorialité pénale ; c'est en second lieu un acte de coopération internationale* ». ⁹⁴⁸ L'extradition constitue donc « *un échange de bons et loyaux services sur la base d'une coopération réciproque* » ⁹⁴⁹, qui présente l'extrême avantage d'avoir réussi, dans un but commun, à transcender tous les obstacles liés à la souveraineté.

738. Il faut toujours garder à l'esprit que, lorsqu'on parle d'extradition, il convient de raisonner en terme de souveraineté, à savoir le transfert officiel d'un individu d'un domaine de souveraineté étatique à un autre. Le Professeur Vogler a fait état des conséquences juridiques liées à la procédure d'extradition. L'extradition se réalise par la remise officielle de la personne poursuivie, cette remise étant, à juste titre, le but premier et la conséquence ultime de la procédure engagée. Cette remise conduit l'Etat requérant à exercer pleinement sa compétence judiciaire et son pouvoir répressif. Dans cet état d'esprit, l'extradition permet, avant toute remise, et sous réserve d'une demande expresse émanant des autorités compétentes, l'exercice du pouvoir répressif souverain étranger. ⁹⁵⁰

739. Au risque de choquer la doctrine classique, on peut s'avancer à qualifier l'extradition d'anomalie du droit international puisque le principe de souveraineté étatique souffre avec cette procédure d'une exception majeure. En effet, l'Etat requérant dispose,

⁹⁴⁸ Saldana (Q.), *La justice pénale internationale, R.C.A.D.I.*, 1925, vol 5, p. 349.

⁹⁴⁹ Richard (P.), *op. cit.* p. 655.

⁹⁵⁰ Vogler (T.), *Rapport pour le Xème Congrès de l'Association internationale de droit pénal, les problèmes actuels de l'extradition*, Session de Fribourg-en-Brigau, *R.I.D.P.*, 1968, p. 434.

indirectement, de la possibilité d'exercer son pouvoir répressif à l'étranger, en exhortant l'Etat requis à lui remettre l'individu auteur d'actes répréhensibles. Mais d'un autre côté, l'extradition vient elle-même limiter les pouvoirs souverains de cet Etat requérant, puisque cela reste un acte de solidarité internationale, emprunt de volontarisme. Prérrogative de puissance publique inhérente à chaque ordre juridique interne, l'acceptation de l'extradition reste un acte politique, purement et exclusivement souverain de l'Etat requis. Le Professeur Puente Egido résume en termes constitutionnels ce dilemme puisque selon lui, « *l'extradition s'est traditionnellement inscrite dans la sphère de compétence du pouvoir exécutif, c'est à dire des gouvernements. Plus encore, la coopération interétatique que l'extradition présuppose s'instrumente normalement par le traité, et les traités d'extradition, comme les autres, sont œuvre (...) des gouvernements* ». ⁹⁵¹ En somme, l'extradition s'apparente à un acte de coopération interétatique, strictement gouvernemental et politique, s'opérant par la voie diplomatique. ⁹⁵²

740. La pratique internationale confirme ce caractère souverain, puisque la Cour internationale de Justice dans l'affaire *du droit d'asile* énonce qu'

« une décision relative à l'extradition implique seulement l'exercice normal de la souveraineté ». ⁹⁵³

741. Telle est également la position commune des juges Evensen, Tarassov, Guillaume et Aguilar Mawdsley dans l'affaire de *Lockerbie*, pour qui « *au regard du droit international général, l'extradition est en effet une décision souveraine de l'Etat requis qui n'est jamais tenu d'y procéder* » et d'ajouter « *tout Etat est libre de solliciter une extradition et tout Etat est libre de la refuser* ». ⁹⁵⁴ En ce sens, la remise à l'Etat requérant de l'individu poursuivi n'est absolument pas obligatoire et reste soumise à l'appréciation discrétionnaire des instances étatiques requises et concernées. Cet antagonisme résume ce lien inextricable entre la souveraineté nationale et l'extradition, cette relation complexe entre un principe fondateur de la société internationale contemporaine et une pratique

⁹⁵¹ Puente Egido (J.), op. cit, p. 31.

⁹⁵² De ce fait, l'acceptation ou le refus par l'Etat d'extrader un individu se classe dans la catégorie des actes de gouvernement, avec toutes les conséquences attachées à cette notion.

⁹⁵³ C.I.J., 20 novembre 1950, *Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou.)*, Rec, 1950, p. 266.

⁹⁵⁴ Déclaration commune de MM Evensen, Tarassov, Guillaume et Aguilar Mawdsley, in C.I.J., 14 avril 1992, *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, Demande en indication de mesures provisoires, Ordonnance, Rec, 1992, p. 25.

courante et ancestrale de justice. Dans le cadre de cette procédure, extradition et souveraineté sont indissociables.

b. Une juridictionnalisation de la procédure.

742. Dans un espace au sein duquel les frontières communes ont été supprimées, dans un souci légitime de lutte contre la criminalité transnationale, il a été décidé d'instaurer dans l'Union européenne « *un véritable espace européen de justice* ». ⁹⁵⁵ Au nombre des mesures adoptées permettant de lutter contre la criminalité à l'échelle de l'Union, celles extraditionnelles, en raison de leurs développements et de leurs évolutions, tiennent une place tout à fait particulière. En effet, force est de constater que la suppression progressive des frontières a eu pour conséquence indirecte un développement de la criminalité au niveau communautaire. Le Traité sur l'Union européenne, dans sa version consolidée dispose en son article 31. 1. b) que

« l'action commune dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise entre autres à (...) faciliter l'extradition entre Etats membres ».

743. En substituant à la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, la coopération policière et judiciaire en matière pénale, l'extradition va se trouver modifiée et va prendre la forme du mandat d'arrêt européen, tel que décidé par la *décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002*. ⁹⁵⁶ A l'époque, la doctrine s'était demandée pourquoi, après s'être dotée d'un droit extraditionnel spécifique, ⁹⁵⁷ « *avoir cherché à supprimer si vite ce qu'on a créé ?* ». ⁹⁵⁸ Il s'est avéré que dans un souci certain d'efficacité de la matière, il devenait nécessaire de « *supprimer la complexité et les risques de retard inhérents aux procédures d'extradition aux procédures d'extradition actuelles* ». ⁹⁵⁹ Extrêmement procédurale, cette décision fait partiellement écho à la *Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de*

⁹⁵⁵ Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la Présidence.

⁹⁵⁶ Décision-cadre 2002/548 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, 13 juin 2002, *JO L*, 190 du 18 juillet 2002.

⁹⁵⁷ *Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne* du 27 septembre 1996.

⁹⁵⁸ Gautier (Y.), Commentaire de la décision-cadre 2002/548, du 13 juin 2002, *Europe*, octobre 2002, p. 18.

⁹⁵⁹ Préambule de la Décision-cadre 2002/548, du 13 juin 2002.

remises entre Etats membres du 19 septembre 2001.⁹⁶⁰ Cette proposition doit reposer sur un « *degré élevé de confiance entre les Etats membres* » justifiant l'abandon du droit conventionnel existant. Il convenait ainsi d'unifier définitivement les procédures existantes en y substituant de nouvelles, qui permettraient d'éviter les écueils traditionnels que connaît l'extradition. Tel est le fondement premier du mandat d'arrêt européen qui met en place un système de substitution.

744. Aux règles existantes en matière d'extradition, est substituée une procédure de remise, pour « *faciliter les poursuites au sein des Etats membres de l'Union en les simplifiant et en les accélérant* ». ⁹⁶¹ Instaurer une remise obligatoire et contraignante permet ainsi de faciliter la lutte contre l'impunité criminelle. La première grande refonte du système de l'extradition au niveau communautaire a consisté à ôter à la procédure toute implication politique, en faisant de la remise une stricte procédure, non plus d'Etat à Etat, mais de juge à juge. En effet, « *là où, précédemment dans les procédures classiques d'extradition, le pouvoir de décision appartenait in fine au gouvernement, la procédure mise en place dans le cadre du mandat d'arrêt européen met essentiellement en présence les autorités judiciaires de deux Etats membres* ». ⁹⁶²

745. La décision-cadre est à ce propos sans ambiguïté puisque,

« le mandat d'arrêt est une décision judiciaire émise par un Etat membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre Etat membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté ». ⁹⁶³

746. Désormais, dans le cadre strictement communautaire, l'Etat perd une de ses prérogatives souveraines, puisque la remise devient obligatoire en application du mandat européen. ⁹⁶⁴ Le pouvoir exécutif, titulaire habituel de la décision d'extradition, cède la

⁹⁶⁰ Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remises entre Etats membres, 19 septembre 2001, *JO*, C 322 du 27 novembre 2001.

⁹⁶¹ Gentili-Picard de (L.), La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France, *J.C.P., édition générale*, 13 octobre 2004, p. 1775.

⁹⁶² Monville (P.), Le mandat d'arrêt européen : remise en cause du mécanisme de la simple remise, *J.T.*, juin 2003, p. 171.

⁹⁶³ Article premier.

⁹⁶⁴ Il convient de préciser que dans le cadre du mandat d'arrêt européen, la procédure d'extradition disparaîtra entre les Etats membres, et ce uniquement pour les trente deux incriminations retenues. En revanche, concernant les autres infractions, celles-ci restent soumises aux règles préexistantes en la matière.

place au juge, par définition plus impartial, et contraint de remettre l'individu concerné à l'autorité judiciaire requérante.⁹⁶⁵ Dans le même ordre d'idée et logiquement, il appartiendra exclusivement au juge de l'Etat requis d'apprécier la validité et la légitimité de la demande de remise, et pourra la rejeter.⁹⁶⁶ Recourir à une procédure strictement judiciaire permet d'agir dans l'urgence. A cette fin, gage d'efficacité et de rapidité, des délais, impératifs à respecter, ont été établis.⁹⁶⁷

2. La double incrimination.

747. Pour qu'une demande d'extradition aboutisse, il est nécessaire que les faits qui en sont à l'origine soient incriminés aussi bien dans l'Etat requérant, que dans l'Etat requis. Cette règle de la double incrimination est une condition obligatoire, (a.) qui a été réinterprétée par le droit communautaire. (b.)

a. Une condition préalable de recevabilité de la demande d'extradition.

748. En tant que condition préalable de recevabilité de la demande d'extradition, la règle de la double incrimination des faits dispose que les faits poursuivis, pour donner lieu à extradition, doivent être incriminés dans l'ordre juridique de l'Etat requérant comme de l'Etat requis. Cette incrimination doit être basée sur la sévérité de la peine, sur un seuil

⁹⁶⁵ L'exécutif national n'interviendra que dans la désignation de l'autorité judiciaire compétente pour délivrer ou exécuter le mandat, article 6.

⁹⁶⁶ Article 3. Le juge pour refuser l'exécution du mandat d'arrêt dans trois cas : si l'infraction est couverte par l'amnistie, si la remise viole la règle *non bis in idem* et si l'individu recherché n'a pas l'âge requis pour être déclaré pénalement responsable.

⁹⁶⁷ Article 17 : « 1. Un mandat d'arrêt européen est à traiter et exécuter d'urgence. 2. Lorsque la personne recherchée consent à sa remise, la décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen devrait être prise dans les dix jours suivant ledit consentement. 3. Dans les autres cas, la décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen devrait être prise dans un délai de soixante jours à compter de l'arrestation de la personne recherchée. 4. Dans des cas spécifiques, lorsque le mandat d'arrêt européen ne peut être exécuté dans les délais prévus aux paragraphes 2 ou 3, l'autorité judiciaire d'exécution en informe immédiatement l'autorité judiciaire d'émission, en indiquant pour quelles raisons. Dans un tel cas, les délais peuvent être prolongés de trente jours supplémentaires. 5. Aussi longtemps qu'aucune décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen n'est prise par l'autorité judiciaire d'exécution, celui-ci s'assurera que les conditions matérielles nécessaires à une remise effective de la personne restent réunies. 6. Tout refus d'exécuter un mandat d'arrêt européen doit être motivé. 7. Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, un État membre ne peut pas respecter les délais impartis par le présent article, il en informe Eurojust, en précisant les raisons du retard. En outre, un État membre qui a subi, de la part d'un autre État membre, plusieurs retards dans l'exécution de mandats d'arrêt européens en informe le Conseil en vue de l'évaluation, au niveau des États membres, de la mise en oeuvre de la présente décision-cadre ».

minimal, commun et comparable, de peines, généralement tournant autour d'au moins un an d'emprisonnement, excluant de ce fait les délits mineurs.⁹⁶⁸

749. En la matière, le droit conventionnel reprend cette condition. En effet, lorsque le Traité est général, portant spécifiquement sur l'extradition, sans définir explicitement les crimes que les Etats doivent comprendre comme cas d'extradition, la condition de la double incrimination devient centrale. C'est ainsi que la *Convention européenne d'extradition* du 13 décembre 1957 formalise cette approche puisque

*« donneront lieu à extradition les faits punis par les lois de la Partie requérante et de la Partie requise, d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine plus sévère ».*⁹⁶⁹

750. L'approche de la *Convention interaméricaine d'extradition* est quant à elle plus restrictive puisqu'elle conditionne la légalité de l'extradition à une incrimination minimale de deux ans.⁹⁷⁰ Cette règle procédurale constitue une condition obligatoire et préalable de toute procédure extraditionnelle, à laquelle les Etats ne sauraient déroger, sous peine de nullité ou d'invalidité de l'extradition.

751. Concernant les crimes internationaux, le droit conventionnel est un droit sectoriel et, sous une approche extraditionnelle, ne contient pas d'affirmation explicite de la règle de double incrimination. Cependant, l'exclusion du champ de la double incrimination des crimes conventionnellement prohibés paraît d'entrée de jeu inapproprié. En effet, lorsqu'ils sont parties à une Convention répressive, les Etats ont obligation d'incriminer par des peines sévères les comportements prohibés. Dès lors que plusieurs Etats sont parties à un tel Traité, réciproquement, ils s'engagent tous à cette double obligation d'incrimination et de peines sévères. Donc, pour un crime donné, dans un strict lien conventionnel, les Etats reconnaissent un modèle similaire de répression, ancré autour de la sévérité de la sanction.

⁹⁶⁸ Cette approche de la sévérité de la peine est une approche généralement retenue par l'ensemble des Etats, quelles que soient leurs traditions juridiques. Voir à ce propos Tigar (M.E.), *The extradition requirement of double criminality in complex cases : illustrating the rationale of extradition*, *R.I.D.P.*, 1991, pp. 165-181.

⁹⁶⁹ Article 2 § 1 de la *Convention européenne d'extradition*.

⁹⁷⁰ Article 3 de la *Convention interaméricaine d'extradition*: « *for extradition to be granted, the offense for which the person is sought shall be punishable at the time of its commission, by reason of the acts that constitute it, disregarding extenuating circumstances and the denomination of the offense, by a penalty of not less than two years of deprivation of liberty under the laws of both the requesting State and the requested State* ».

Ce sera justement de l'incrimination et de la sévérité, indirectement de la légalité, que l'on déduira une reconnaissance implicite, de la double incrimination en cas d'extradition.

752. Il est évident que lorsque les Etats s'engagent à réprimer, par des peines sévères, des crimes conventionnellement prohibés, tels le génocide, les disparitions forcées ou des actes de terrorisme, ils s'engagent à édicter des peines tenant compte de la nature même et de la gravité du crime. Au nom d'une certaine réciprocité, du quantum de ces peines, se dégage donc une reconnaissance de la double incrimination.⁹⁷¹ Ceci est d'autant plus vrai lorsque l'incrimination est d'origine coutumière. En effet, les incriminations coutumières concernent les crimes les plus graves, donc des crimes assortis de peines d'une sévérité exemplaire. Le défaut de lien conventionnel n'empêchera donc nullement la reconnaissance de la double incrimination, dans la mesure où les Etats ont tous un intérêt commun à réprimer, de façon sévère, le crime en cause.⁹⁷²

b. L'uniformisation européenne.

753. En matière d'extradition, il s'est avéré nécessaire d'établir un cadre juridique pénal autre que celui posé par la seule *Convention européenne d'extradition* de 1957, qui ne fait que reprendre les conditions procédurales classique du régime extraditionnel, y compris la double incrimination. La matière évolua cependant concrètement dès 1996 avec la refonte du système opérée par la *Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne* du 27 septembre 1996.

754. Dès son préambule, la Convention énonce la nécessité d'améliorer la coopération judiciaire en matière pénale, en reconnaissant l'importance de l'extradition, au sein du troisième pilier. Son article 2 vient élargir le champ d'application de l'extradition par rapport au texte de la *Convention européenne d'extradition* de 1957. De rédaction généraliste, puisque ne se référant à aucun comportement criminel spécifique, il

⁹⁷¹ Lorsque, en application du Traité d'extradition conclu entre l'Italie et l'Argentine, Rome demanda l'extradition d'Erick Priebke pour crimes de guerre, la Cour suprême argentine décida que, même si le Parlement n'avait pas spécialement modifié le code pénal pour y inclure spécifiquement les crimes de génocide et de crimes de guerre, le fait que ces crimes soient des crimes internationaux, conventionnellement et universellement prohibés suffit à autoriser l'extradition. Le caractère international permet d'assurer expressément le respect de la condition de double incrimination. *Erick Priebke s/extradicion*, arrêt du 2 novembre 1995, *Fallos, CSJN*, 318 :2148.

⁹⁷² Ainsi, si l'on se calque sur le modèle du quantum de la peine, un crime contre l'humanité ne sera jamais réprimé de moins d'un an de prison. Donc, la double incrimination se déduit dans ce cas de l'extrême gravité du crime.

conditionne l'extradition à tout acte criminel incriminé et puni en droit interne d'un maximum de douze mois par l'Etat requérant et d'un maximum de 6 mois par l'Etat requis.⁹⁷³ Dans le texte de 1957, la durée de la peine était de douze mois pour les deux parties. Restreindre la durée de la peine à 6 mois en ce qui concerne l'Etat requis, a pour conséquence d'inclure dans le champ de l'extradition des comportements qui, jusqu'alors demeuraient exclusivement de la compétence pénale interne de l'Etat membre requis. Pareille restriction étend donc indéniablement au niveau communautaire la lutte contre la criminalité transnationale. De plus, véritable atténuation à la règle de la double-incrimination, le paragraphe 2 de cet article dispose que

« l'extradition ne peut être refusée au motif que la législation de l'Etat membre requis ne prévoit pas le même type de mesure de sûreté privative de liberté que la législation de l'Etat membre requérant ».

755. La suppression explicite de la condition de double incrimination par le mandat d'arrêt européen fait écho à la liste positive de 32 infractions qui rentrent dans le cadre du champ d'application du mandat.⁹⁷⁴ Cette délimitation matérielle, à première vue restrictive, semble beaucoup moins large que le cadre général posé par la Convention de 1996. En

⁹⁷³ Article 2 : « Donnent lieu à extradition les faits punis par la loi de l'Etat membre requérant d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins douze mois et par la loi de l'Etat membre requis d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins six mois ».

⁹⁷⁴ L'article 2 § 2 de la décision-cadre dispose que « Les infractions suivantes, si elles sont punies dans l'Etat membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins trois ans telles qu'elles sont définies par le droit de l'Etat membre d'émission, donnent lieu à remise sur la base d'un mandat d'arrêt européen, aux conditions de la présente décision-cadre et sans contrôle de la double incrimination du fait : participation à une organisation criminelle, terrorisme, traite des êtres humains, exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie, trafic illicite de stupéfiants et de substance psychotropes, trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs, corruption, fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes au sens de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, blanchiment du produit du crime, faux-monnayage, y compris la contrefaçon de l'euro, cybercriminalité, crimes contre l'environnement, y compris le trafic illicite d'espèces animales menacées et le trafic illicite d'espèces et d'essences végétales menacées, aide à l'entrée et au séjour irréguliers, homicide volontaire, coups et blessures graves, trafic illicite d'organes et de tissus humains, enlèvement, séquestration et prise d'otage, racisme et xénophobie, vols organisés ou avec arme, trafic illicite de biens culturels, y compris antiquités et œuvres d'art, escroquerie racket et extorsion de fonds, contrefaçon et piratage de produits, falsification de documents administratifs et trafic de faux, falsification de moyens de paiement, trafic illicite de substances hormonales et autres facteurs de croissance, trafic illicite de matières nucléaires et radioactives, trafic de véhicules volés, viol, incendie volontaire, crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale, sabotage ».

revanche, cette liste est loin d'être limitative dès lors que le Conseil se réserve la prérogative d'ajouter d'autres infractions à la liste initialement prévue.⁹⁷⁵

756. Ce qui vient différencier le mandat d'une procédure d'extradition c'est l'absence explicite de la condition de la double incrimination des faits. Cette exigence nécessaire du droit extraditionnel disparaît pour trois raisons : d'une part, le mandat trouve son fondement dans une politique de confiance mutuelle établie entre les divers Etats membres et d'harmonisation pénale⁹⁷⁶; d'autre part, et pour reprendre les termes mêmes du Conseil, « *aux relations de coopération classiques qui ont prévalu jusqu'ici entre Etats membres, il convient de substituer un système de libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale (...) dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice* »⁹⁷⁷; enfin, on ne se trouve pas dans une procédure politique d'extradition mais dans une simple procédure de remise judiciaire. En tout état de cause, la simple référence à cette liste positive d'infractions, dans un cadre institutionnel et obligatoire, exclut d'emblée la condition de double incrimination.

757. La Cour de justice s'est récemment prononcée sur la validité du mandat au regard de la double incrimination et de la légalité. Les juges ont reconnu la validité de l'abandon de la condition de double incrimination, puisque,

« si l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre supprime le contrôle de la double incrimination pour les catégories d'infractions mentionnées à cette disposition, la définition de celles-ci et des peines applicables continue de relever de la compétence du droit de l'État membre d'émission, lequel, comme il est d'ailleurs énoncé à l'article 1^{er}, paragraphe 3, de cette même décision-cadre, doit respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels

⁹⁷⁵ Article 2 § 3 : « *le Conseil peut décider à tout moment, statuant à l'unanimité et après consultation du Parlement européen (...) d'ajouter d'autres catégories d'infractions à la liste contenue au paragraphe 2 du présent article* »

⁹⁷⁶ La décision-cadre précise à l'article 2§2 que donnent lieu à remise sur la base du mandat d'arrêt européen, sans contrôle de la double incrimination du fait, les infractions « *punies dans l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins trois ans telles qu'elles sont définies dans le droit de l'État membre d'émission* ».

⁹⁷⁷ 5^{ème} paragraphe du Préambule.

*qu'ils sont consacrés à l'article 6 UE et, par conséquent, le principe de légalité des délits et des peines ».*⁹⁷⁸

Et d'ajouter que

*« s'agissant (...) du choix des 32 catégories d'infractions énumérées à l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre, le Conseil a pu considérer, sur la base du principe de reconnaissance mutuelle et eu égard au degré élevé de confiance et de solidarité entre les États membres, que, soit en raison de leur nature même, soit en raison de la peine encourue d'un maximum d'au moins trois ans, les catégories d'infractions concernées font partie de celles dont la gravité de l'atteinte à l'ordre et à la sécurité publics justifie que le contrôle de la double incrimination ne soit pas exigé ».*⁹⁷⁹

B. Une simple habilitation d'extrader ?

758. Le droit international n'impose pas de réelle obligation d'extradition à l'Etat requis. En effet, on se trouverait face à une habilitation d'extradition gouvernée par la souveraineté pénale. Cette habilitation se caractérise tant par le recours à l'alternative extraditionnelle *aut dedere aut judicare* (1.) que par les règles propres à l'extradition des nationaux. (2.)

1. L'alternative extraditionnelle

759. Une distinction est à apporter entre les comportements criminels de droit commun soumis à la discrétionnarité et au bon vouloir de l'Etat requis, et les crimes internationaux ou les plus graves, qui, au nom de la protection de valeurs communes, sont réglementés par l'alternative extraditionnelle. Bien que cette règle soit fondamentalement liée aux procédures d'extradition, (a.), il n'en demeure pas moins qu'elle connaît à son tour certains aménagements et altérations. (b.)

⁹⁷⁸ CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, aff C6303/05, § 53.

⁹⁷⁹ *Ibid*, § 57.

a. Règle et fondement de l'alternative extraditionnelle.

760. La règle *aut dedere aut dedere* est avant tout une règle reflétant le plein exercice par les Etats de leur souveraineté pénale. Une telle approche est respectée par le droit international qui habilite les Etats à choisir entre l'extradition ou la répression nationale. (α) En revanche, si obligation de droit international il doit y avoir, ce serait en rapport avec l'existence même de cette règle. (β)

a. Une alternative reflet de la souveraineté.

761. Il est utile de préciser à cet endroit que l'extradition présente le désavantage de ne pas être obligatoire, n'étant qu'une pratique procédurale courante en droit international, reflet de la souveraineté.⁹⁸⁰ En effet, la pratique de l'extradition et sa mise en œuvre découlent exclusivement du droit conventionnel et, en tant que pratique souveraine, du droit interne. Il n'y aurait de ce fait qu'un pas à franchir pour considérer l'extradition comme « *une institution de droit national, puisque les Traités d'extradition signés par les représentants des souverainetés nationales, obligent seulement en tant que lois nationales dans la sphère du droit d'un Etat* ». ⁹⁸¹ En d'autres termes, l'extradition ne serait obligatoire que dans le cadre bien précis d'un Traité, n'étant rien d'autre qu'une simple et stricte exécution d'une obligation conventionnelle. Plus elles seront récentes, plus les Conventions répressives contiendront une liste, générale (pour les Traités bilatéraux) ou spécifique (pour les Conventions répressives spécifiques multilatérales), des infractions à incriminer et de celles soumises à extradition.

762. L'extradition étant demandée dans un but avoué de répression, ce droit conventionnel fait référence à la solution *aut dedere aut judicare*, symptomatique de la compétence universelle, telle que préconisée en son temps par Grotius. Une fois que le criminel, présumé ou reconnu, a été arrêté sur le territoire d'un Etat, celui-ci a deux possibilités, soit tout d'abord le livrer à l'Etat victime par le biais de l'extradition, si une

⁹⁸⁰ La doctrine est divisée quant à l'existence d'un texte international portant obligation d'extrader. Des débats ont pu avoir lieu en ce qui concerne *la Convention de Genève du 16 novembre 1937 portant répression du terrorisme international*. Certains y ont vu les prémices de l'extradition obligatoire en matière de répression du terrorisme (Voir, Borricand (J.), *L'extradition des terroristes*, R.S.C, 1980, pp. 662-663), tandis que d'autres, majoritaires, ont dès l'origine du texte fait état de ce défaut de caractère obligatoire. (Voir, Donnedieu de Vabres (H.), *La répression internationale du terrorisme. Les Conventions de Genève (16 novembre 1937)*, R.D.I.L.C, 1938, p. 51.

⁹⁸¹ Saldana (Q), op. cit, p. 350.

demande en a été faite, soit le juger selon ses propres procédures de droit interne. L'option « *dedere* » est généralement préférée par les Etats victimes, dans le souci de réaliser un procès impartial. L'option « *judicare* », préférée par l'Etat de nationalité, consiste, quant à elle, en une poursuite pénale, en cas de non extradition, si l'auteur de l'acte criminel est présent sur le territoire. En ce sens, l'Etat sur le territoire duquel est découvert l'auteur présumé de l'infraction est tenu de soumettre l'affaire à ses autorités judiciaires compétentes par l'exercice de l'action pénale. Lorsque l'Etat préfère juger plutôt qu'extrader, cela suppose de sa part une incrimination des infractions en actes criminels. Le principe *aut dedere aut judicare* est donc fondé sur le respect de la souveraineté, l'Etat est libre de choisir, discrétionnairement, entre l'extradition ou la poursuite. Le droit international l'habilite pleinement en ce sens.

763. Cette alternative fait également appel à la fiction courante de la territorialité. En effet, comme le criminel supposé se trouve sur le territoire de l'Etat requis, celui-ci considère, en le soumettant à son ordre pénal interne, que le crime aurait été commis sur son propre territoire. La non extradition serait ainsi justifiée par une fiction territoriale. L'Etat requis agirait fictivement comme l'Etat victime et justifierait logiquement l'établissement de sa propre compétence, territoriale et personnelle. Dans cette optique, l'individu auteur serait considéré d'un double point de vue, à la fois auteur d'un crime commis sur le territoire étatique et national de cet Etat, en ce qu'il serait sanctionné de la même façon que s'il avait été ressortissant de l'Etat victime.

β. Une alternative obligatoire ?

764. Le droit conventionnel, dès lors qu'il se veut répressif a largement repris cette pratique de l'alternative extraditionnelle, mais exclusivement sous un angle de reconnaissance de la compétence universelle puisque l'Etat

« peut (...) adopter les mesures nécessaires pour établir sa compétence en ce qui concerne les infractions (...) établies (...) lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son

*territoire et qu' [il] ne l'extrade pas vers le territoire d'une autre Partie».*⁹⁸²

765. En l'espèce, si l'extradition est refusée, l'Etat requis serait simplement titulaire d'une possibilité d'établir sa compétence pénale. En résumé, il apparaîtrait donc que si obligation il devait y avoir, elle ne serait qu'une obligation de comportement, en aucun cas de résultat, tout au plus, un devoir de comportement, l'Etat s'engageant seulement, soit éventuellement à extraditer, soit éventuellement à poursuivre, au mieux à réprimer et à condamner.

766. La règle «*aut dedere, aut judicare*», que l'on rencontre pour la première, à l'époque contemporaine, dans la *Convention internationale pour la répression du faux-monnayage*⁹⁸³ de 1929, deviendra rapidement l'un des axiomes de la lutte contre la criminalité internationale, fondée sur le recours à la compétence universelle. La doctrine est divisée quant à l'ampleur et la valeur de ce principe. Sa valeur coutumière est loin de faire l'unanimité, son caractère obligatoire encore moins.⁹⁸⁴ On pourrait malgré tout voir en cette alternative un devoir implicite, à la limite de l'obligation. On peut parler de devoir implicite puisque les Etats sont censés soit extraditer, soit juger. Dans ce cas les Etats verraient leur souveraineté encadrée. Prise individuellement, l'extradition n'est pas obligatoire. En revanche, ce qui le devient c'est cette obligation d'alternative pénale. La lacune du caractère obligatoire de l'extradition se trouverait comblée par une alternative conventionnelle obligatoire. Si l'Etat requis refuse d'extraditer, il s'est engagé conventionnellement à soumettre l'affaire à ses juridictions. A défaut, il violerait une obligation internationale à laquelle il a souscrit et agirait sur la scène internationale comme rien d'autre qu'un Etat refuge de criminels, au risque de mettre en jeu sa responsabilité.

767. La Commission du droit international s'est récemment penchée sur la question de la valeur de cette règle, qui pourrait être en partie fondée sur des règles coutumières contraignantes. Bien que la question n'ait pas été tranchée, la Commission a réaffirmé le lien existant entre compétence universelle et alternative extraditionnelle. Il est ressorti des débats

⁹⁸² Parmi tant d'autres exemples, citons cet article 4.2.b) de la *Convention des Nations unies contre le trafic illicite des stupéfiants*.

⁹⁸³ Article 9, «*l'obligation de la poursuite est subordonnée à la condition que l'extradition ait été demandée et que le pays requis ne puisse livrer l'inculpé pour une raison sans rapport avec le fait*».

⁹⁸⁴ Deux points de vue opposés, celui du Professeur Zimmermann, (op. cit.) et celui des Professeurs Bassiouni et Wise, (op. cit.).

« l'idée de reconnaître le fondement coutumier de l'obligation dans le cas de certaines catégories de crimes dans le cadre desquels les Etats avaient déjà reconnu en règle générale la notion de compétence universelle et le principe *aut dedere aut judicare* ». ⁹⁸⁵

b. L'altération de la règle *aut dedere aut judicare*.

768. La pratique est venue altérer la règle de l'alternative extraditionnelle. Certains textes conventionnels ont apporté une réponse originale à la question de son application en cas d'extradition, (α) tandis que le mandat d'arrêt européen, l'a en partie, fait disparaître. (β)

a. L'apport de la pratique conventionnelle.

769. A la formulation classiquement retenue, les Etats auront tendance à préférer la variante « *aut dedere aut prosequi* ». Sera conditionné au refus souverain de l'extradition un engagement de cet Etat, non pas de juger, mais au moins d'engager des poursuites pénales. Ces distinctions de plume ne sont rien d'autre que la traduction du respect de la souveraineté pénale étatique, dès lors que rien en droit international n'autorise, théoriquement, un Etat à enjoindre un autre, d'exercer son action pénale et son pouvoir de condamnation sur son propre territoire. Tout au plus, l'Etat requis acceptera d'engager des poursuites pénales. Or cette formule de l'alternative s'avère être la moins contraignante pour les Etats. Comme le droit international n'impose pas, explicitement, une obligation de répression, enjoindre les Etats à une obligation de poursuite sauvegarde leur souveraineté, en leur laissant toute la latitude pour décider des suites à donner à l'affaire. En revanche, à partir du moment où le crime concerné par l'alternative est un crime international, au-delà de toute obligation de poursuite, il semble que la gravité du crime entraîne une obligation de juger, donc implicitement de condamner.

770. Le droit conventionnel vient aménager et préciser l'alternative. La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* dispose que

⁹⁸⁵ Rapport de la Commission du droit international, 58^{ème} session, *Ann C.D.I.*, 2006, p. 418.

« les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ».

986

771. Il n'est, dans cette Convention, fait aucune référence à une quelconque alternative extraditionnelle. En reprenant les principes directeurs de la *Déclaration de Moscou* du 30 octobre 1943 et de l'*Accord de Londres* du 8 août 1945, la Convention fait de la répression et de la coopération la clef de voûte de la lutte contre le génocide. Bien qu'ignorant l'extradition, la répression, qu'elle soit internationale ou interne revêt un caractère obligatoire.⁹⁸⁷ Quoi qu'il en soit, pour satisfaire à la territorialité, l'extradition est requise.

772. Les quatre *Conventions de Genève* du 12 août 1949 contiennent également la règle *aut dedere aut judicare*, mais sous une rédaction relativement originale. En effet, au travers de quatre articles communs, il est stipulé que

*« Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes ».*⁹⁸⁸

773. L'emploi de termes récurrents tels que « *infractions graves* », « *obligation* » ou bien « *charges suffisantes* » illustre bien la volonté du Comité international de la Croix

⁹⁸⁶ Article VI de *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.

⁹⁸⁷ Voir en cela la position de la Cour internationale de justice, *op. cit.*

⁹⁸⁸ Article 49 de la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (1^{ère} Convention), article 50 de la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer* (2^{ème} Convention), article 129 de la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* (3^{ème} Convention) et article 146 de la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* (4^{ème} Convention).

Rouge d'inciter les Etats à une véritable répression interne des violations aux Conventions. La mise en œuvre de l'alternative, bien que restrictive puisque ne concernant que les infractions graves, n'en demeure pas moins le dénominateur commun de ces quatre textes. En effet, bien que les Etats aient la liberté de choisir entre l'une des deux branches de l'alternative, en cas de jugement interne ou d'extradition, la simple référence à la gravité des infractions, sous-entend une véritable obligation, certes implicite, de répression. Dans le strict cadre des Conventions de Genève, les Etats parties sont soumis à une véritable obligation de résultat, obligation de répression, peu en important la mise en œuvre, interne ou extraditionnelle.⁹⁸⁹

β. Une règle inopérante en droit communautaire.

774. Le mandat d'arrêt européen a également pour effet de rendre inopérante la règle *aut dedere aut judicare* entre les Etats membres. Force est de constater que cette alternative tombe en désuétude dès lors qu'il est fait appel à la solidarité effective existant entre les Etats membres de l'Union, dans un contexte communautaire contraignant. La décision-cadre est en ce sens très claire puisqu'elle rappelle, dès son préambule que « *l'objectif assigné à l'Union de devenir un espace de liberté, de sécurité et de justice conduit à supprimer l'extradition entre Etats membres et à la remplacer par un système de remise (...)* ». ⁹⁹⁰ Or, supprimer l'extradition entraîne la suppression des conditions procédurales classiques, au premier rang desquelles se trouve la règle de l'alternative extraditionnelle. De plus quelle serait la nécessité de recourir à cette alternative extraditionnelle dans un cadre strict de remise pénale obligatoire ? Comme l'extradition devient simple remise obligatoire, une telle procédure, entre Etats membres est vidée de tout son sens. ⁹⁹¹

⁹⁸⁹ Une telle obligation sera relayée par le Premier Protocole aux Conventions du 8 juin 1977, en ce que ce texte dispose dans son article 80 que, sans délai, les Etats se devront de mettre en œuvre et d'exécuter tous les obligations qui leur incombent, y compris donc celles relatives à l'alternative pénale. Article 80 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977 : « *Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit prendront sans délai toutes les mesures nécessaires pour exécuter les obligations qui leur incombent en vertu des Conventions et du présent Protocole.* »

⁹⁹⁰ Décision-cadre 2002/584/JAI, op. cit, Préambule § 5.

⁹⁹¹ Dans le cadre des relations entre Etats membres, la procédure disparaît. En revanche, entre un Etat de l'Union et un Etat tiers, la procédure subsiste.

2. La non exclusion de l'extradition des nationaux ?

775. La règle selon laquelle l'Etat n'extrade pas ses nationaux est une règle centrale de la théorie de l'extradition. Complément de l'alternative extraditionnelle, elle est l'image de la volonté des Etats de voir leur souveraineté garantie et protégée. Cette règle de l'excuse nationale est largement reprise par la pratique, (a.) même si elle souffre d'une certaine remise en cause. (b.)

a. Un refus d'extradition pour excuse nationale.

776. La règle de la non extradition des nationaux est largement diffusée. De par sa nature, il est logique de la retrouver présente dans de nombreuses législations nationales, (α) mais aussi, de la voir reprise par certains textes internationaux. (β)

a. En droit interne.

777. Il est un principe traditionnel du droit selon lequel les Etats n'extradent pas leurs nationaux. Un Etat requis d'une demande de transfert d'un de ses ressortissants préférera le juger selon son propre droit plutôt que de l'extrader et de le voir soumis à un ordre répressif étranger. Ce refus est justifié par une excuse de dignité nationale, au nom de laquelle, si délinquant il y a, c'est à son Etat et seulement à lui de s'en charger, dans le plein exercice de sa souveraineté, au sein de sa propre sphère nationale. De part et d'autre, cela s'explique par une certaine défiance à l'égard des Etats étrangers, soit quant à leur faculté de juger impartialement, afin d'éviter toute discrimination fondée sur la nationalité, soit quant à leur volonté de mettre en marche l'action répressive. Est posée ici la question de la souveraineté et de l'indépendance nationale. Pour la doctrine « *livrer un national à une justice étrangère serait une marque de faiblesse, de soumission à une autorité*

extérieure ». ⁹⁹² Cette interdiction est intrinsèquement liée au devoir de protection assumé par l'Etat à l'égard de tous ses ressortissants. ⁹⁹³

778. Cette interdiction est ainsi souvent rappelée tant en droit interne qu'en droit international. Tout d'abord, énoncée par de nombreuses lois fondamentales, elle est un principe constitutionnel. En effet, on peut constater que certains textes constitutionnels, anciens ou récents, font de la règle de non extradition, un des principes gouvernant l'ordre juridique interne.

779. L'article 61-1 Constitution de la fédération de Russie du 12 décembre 1993 stipule ainsi que,

« le citoyen de la Fédération de Russie ne peut être expulsé hors des frontières de Russie ni être extradé dans un autre Etat ». ⁹⁹⁴

Selon l'article 25 chapitre 1 de la Constitution suisse,

« les Suisses et les Suissesses ne peuvent être expulsés du pays; ils ne peuvent être remis à une autorité étrangère que s'ils y consentent ».

La Constitution de la République du Cap-Vert du 14 février 1981 dispose d'un article 35-1 au nom duquel,

« nul citoyen cap-verdien ne peut être extradé ou expulsé de son pays ». ⁹⁹⁵

⁹⁹² Massé (M.), L'extradition des nationaux, *R.S.C.*, 1994, p. 799. La doctrine est divisée quant à la notion de défiance vis à vis d'un ordre répressif étranger, cette défiance annihilant le fondement même de l'extradition, à savoir une procédure basée sur la confiance entre deux ordres juridiques étatiques. C'est en tout cas le point de vue, certes ancien, du Professeur Le Poittevin in Le Poittevin (A.), *De l'extradition des nationaux*, *J.D.I.*, 1903, pp. 24-42.

⁹⁹³ Tel a été le cas par exemple du général allemand Lammerding, responsable de crimes de guerre, condamné par contumace en France et réfugié en Allemagne. Dans une séance à l'Assemblée Nationale française du 23 mai 1958, le représentant du ministre des affaires étrangères a rappelé qu'il « est de règle constante, en matière internationale, qu'un Etat n'extrade jamais un de ses nationaux. Il est donc exclu que l'Allemagne, qui a recouvré sa souveraineté par les accords de Paris d'octobre 1954, et qui n'a jamais consenti d'exception à la règle rappelée ci-dessus accorde l'extradition de l'ex-général Lammerding », in Kiss (A.C.), *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, tome II, CNRS, 1966, p. 206.

⁹⁹⁴ Texte de la Constitution reproduit in Colas (D.), *Les Constitutions de l'URSS et de la Russie (1905-1993)*, Puf, 1997, p. 99.

Il en va de même de la Constitution togolaise en son article 24⁹⁹⁶ ou bien encore de l'article 19-1 de la Constitution de Roumanie.⁹⁹⁷ Cette pratique n'est pas récente puisqu'on peut la retrouver dans d'anciennes Constitutions, abrogées à ce jour ou appartenant à des régimes politiques n'existant plus. Tel est le cas de l'article 50 de la Constitution impériale d'Ethiopie du 4 novembre 1955, au nom duquel,

« nul sujet éthiopien ne peut être extradé en dehors du territoire de l'Empire »,⁹⁹⁸

ou de l'article 9-1 de l'ancienne Constitution du Royaume de Jordanie du 1^{er} janvier 1952 selon lequel,

« aucun jordanien ne peut être expulsé des territoires du Royaume ».⁹⁹⁹

780. La Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 se veut originale en rompant partiellement avec la tradition juridique nationale. En son article 5 § 50 elle réfute l'extradition des nationaux, exception faite des naturalisés, à deux conditions non cumulatives : si l'individu a commis un crime de droit commun avant sa naturalisation ou bien s'il est impliqué dans la participation d'un trafic de drogues.¹⁰⁰⁰

781. Quand cette interdiction n'est pas relayée par le texte constitutionnel, elle peut l'être par la législation interne. Ainsi, par une *loi relative à l'extradition des étrangers* du 10 mars 1927, la France vient entériner ce principe. Il faut effectuer une combinaison des articles 3 et 5 de la loi pour juger de son ampleur et de sa pertinence. L'article 3 stipule que

⁹⁹⁵ In Du Bois de Gaudusson (J.), Conac (G.), Desouches (C.) textes réunis par..., *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, Tome 1, la documentation française-Bruylant, 1997, p. 158.

⁹⁹⁶ Article 24 de la Constitution de la République togolaise du 14 octobre 1992, « *Aucun togolais ne peut être extradé du territoire national* », in Du Bois de Gaudusson (J.), Conac (G.), Desouches (C.) textes réunis par..., *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, Tome 2, la documentation française-Bruylant, 1998, p. 379.

⁹⁹⁷ Article 19-1 de la Constitution de la Roumanie du 23 décembre 1991 « *Un citoyen roumain ne peut être extradé ou expulsé de Roumanie* », in Lesage (M.), *Constitutions d'Europe centrale, orientale et balte*, la documentation française, 1995, p. 179.

⁹⁹⁸ In Godchot (J.E), *Les Constitutions du Proche et du Moyen-Orient*, Sirey, 1957, p. 132.

⁹⁹⁹ Ibid, p. 266.

¹⁰⁰⁰ « *no Brazilian may be extradited, except for naturalized Brazilians in the case of a common crime committed before naturalization, or proven involvement in the unlawful traffic of narcotics and similar drugs, as set forth in the law* ».

« le Gouvernement français peut livrer, sur leur demande, aux Gouvernements étrangers tout individu ou ressortissant non français... »,¹⁰⁰¹

et selon l'article 5-1,

« l'extradition n'est pas accordée (...), lorsque l'individu, objet de la demande, est un citoyen ou un protégé français ». ¹⁰⁰²

782. Comme son contenu, mais aussi son intitulé, l'indiquent, la loi ne s'applique donc pas aux français. Elle constitue ainsi l'exacte antithèse de son texte précédent, le décret du 23 octobre 1811, qui lui prévoyait la possibilité d'extrader un français auteur d'actes criminels contre un étranger sur le territoire de l'Etat requérant. Cette pratique, héritière des préceptes révolutionnaires, n'a été que très peu appliquée¹⁰⁰³ et est rapidement tombée en désuétude. La doctrine a noté que cette règle étant d'ordre public, elle ne pourrait être écartée que par une disposition expresse d'un Traité d'extradition.¹⁰⁰⁴

783. Une telle loi ne constitue pas une exception française puisqu'on retrouve une disposition analogue dans de nombreux ordres juridiques, à l'image de la loi belge du 15 mars 1874 ou de la loi iranienne de 1960. La seule possibilité de remise en cause d'une pareille interdiction reste la conclusion d'accords bilatéraux d'extradition, prévoyant expressément les cas et les procédures d'extradition et faisant explicitement référence aux traditions et juridiques internes.¹⁰⁰⁵

β. En droit international.

784. Au niveau international, et particulièrement conventionnel, ce principe est affirmé par les conventions régionales traitant de l'extradition. Le cas le plus souvent retenu reste celui de la *Convention européenne d'extradition* du 13 décembre 1957 qui énonce que,

¹⁰⁰¹ Loi relative à l'extradition des étrangers du 10 mars 1927, *J.O.*, 11 mars 1927, pp. 2874-2876.

¹⁰⁰² Ibid.

¹⁰⁰³ Vauclaire, 20 décembre 1812, Flor, 25 février 1813 et Machon 13 décembre 1820.

¹⁰⁰⁴ Levasseur (G.), Bonnard (H.), Extradition, conditions de fond, condition relatives aux qualités de la personne recherchée, *JCL droit international*, Fasc. 405-B-3.

¹⁰⁰⁵ Dans cette optique, l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa Résolution 45/116 du 14 décembre 1990, a proposé à la communauté internationale un modèle type de Traité d'extradition, tenant compte des divergences d'opinions, que les Etats sont encouragés à suivre.

*« toute Partie contractante aura la faculté de refuser l'extradition des ses ressortissants ».*¹⁰⁰⁶

785. N'est soulevée ici qu'une faculté, laissant ainsi à l'Etat toute la latitude pour préjuger souverainement du bien fondé de cette interdiction. Il en est de même dans la *Convention arabe sur l'extradition* du 14 septembre 1952 qui stipule en son article 7 que l'Etat requis est en droit de refuser l'extradition si l'individu dont l'extradition est demandée est un de ses ressortissants. Il est enfin des traditions communautaristes qui peuvent paraître surprenantes et bien loin du souci de lutter contre l'impunité. Selon une philosophie analogue à celle interdisant l'extradition des nationaux, si l'on s'en tient à une application stricte de la *Shari'a*, la loi fondamentale islamique, un Etat musulman n'extradera pas un individu de confession musulmane, si l'Etat requérant n'est pas lui-même un Etat musulman. La doctrine ne prête que peu d'attention à cette pratique mais certains auteurs s'y opposent malgré tout farouchement, mettant en avant le danger qui existerait à faire primer la conscience religieuse sur la conscience juridique.¹⁰⁰⁷

786. Les conventions répressives multilatérales, majoritairement, ne conditionnent plus l'extradition à une question de nationalité. A l'image des Conventions terroristes, le droit conventionnel fait état de la faculté d'extradition, mais surtout de la conformité avec les lois et procédures internes. L'interdiction perdure mais on lui adjoint de manière quasi générale la règle *aut dedere aut judicare* qui devint obligatoire. Si un Etat ne veut pas extradier son national, il n'y est donc pas contraint. En revanche, il sera obligé de le juger pour le crime commis. Cette règle présente l'avantage de se conformer à toutes les traditions juridiques. C'est ce qu'il ressort également du Traité type d'extradition proposé par l'Assemblée générale des Nations Unies. Ce Traité pose d'emblée une obligation générale d'extradition à la charge des Etats mais n'en prévoit pas moins un éventuel refus étatique de mettre en œuvre la procédure pour excuse de nationalité, sous réserve de jugement interne, puisque,

« extradition may be refused (...) If the person whose extradition is requested is a national of the requested State. Where extradition is refused on this ground, the requested State shall, if the other State so requests, submit the case to

¹⁰⁰⁶ Article 6 § 1 a) de la *Convention européenne d'extradition*.

¹⁰⁰⁷ Azmayesh (A.), *L'extradition en droit iranien et les problèmes nouveaux*, *R.I.D.P.*, 1991, pp. 685-699.

*its competent authorities with a view to taking appropriate action against the person in respect of the offence for which extradition had been requested ».*¹⁰⁰⁸

787. Ce modèle conventionnel a inspiré les textes ultérieurs en la matière. Ainsi, la *Convention arabe pour la lutte contre le terrorisme*, prévoit un article, général, selon lequel,

*« chaque Etat contractant s'engage à extraditer les accusés ou les condamnés pour des infractions terroristes à la demande de tout autre Etat contractant, conformément aux règles et conditions prévues par la présente Convention ».*¹⁰⁰⁹

788. Un principe général d'extradition des terroristes est donc favorisé, mais une référence aux procédures et pratiques nationales ressort puisque,

*« l'extradition n'est pas permise (...) si le système juridique de l'Etat requis ne l'autorise pas à extraditer ses propres ressortissants, ledit Etat s'engage alors à porter l'accusation contre ceux d'entre eux qui ont commis l'une des infractions terroristes dans tout autre Etat contractant, si l'acte est passible dans les deux Etats d'une peine privative de liberté de durée non inférieure à une année ou d'une peine plus lourde et la nationalité de la personne dont l'extradition est demandée est déterminée au moment de l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée, et à cet égard, les investigations menées par l'Etat requérant seront mises à contribution ».*¹⁰¹⁰

789. Au nombre de ces textes rédigés selon le modèle prédéfini par les Nations Unies, il est également possible de retenir la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes* du 9 juin 1994 qui énonce que,

¹⁰⁰⁸ Article 4 du Traité type d'extradition, Résolution 45/116 du 14 décembre 1990.

¹⁰⁰⁹ Article 5 de la *Convention arabe pour la lutte contre le terrorisme*.

¹⁰¹⁰ Article 6 § h de la *Convention arabe pour la lutte contre le terrorisme*.

« l'extradition sera assujettie aux mêmes conditions prévues dans la Constitution et les autres lois de l'Etat requis »,¹⁰¹¹

(y compris la non extradition pour excuse nationale) mais elle opère un renvoi aux juridictions internes de l'Etat requis, étant prévu que si

« un Etat partie n'accorde pas l'extradition, il soumet l'affaire à ses autorités compétentes comme si le crime avait été commis dans sa juridiction aux fins d'instruction et, le cas échéant, de poursuites pénales, dans les conditions définies par sa législation nationale ».¹⁰¹²

b. Une remise en cause ?

790. Qu'elle soit ancienne ou contemporaine, cette pratique est largement diffusée. Peut-on en déduire qu'une coutume internationale est en train de se cristalliser ? A l'heure actuelle, c'est inenvisageable. Force est en effet de constater que le développement de l'interdiction d'extrader les nationaux est une tradition juridique qui est loin d'être unanime et qui est inconnue des systèmes de *common law* ; l'*opinio juris* à ce sujet faisant défaut. Le droit international ne poserait qu'une faculté étatique de refuser l'extradition des nationaux, et non pas une stricte interdiction d'extradition. Il est des juridictions suprêmes internes qui ont eu à se prononcer sur la valeur même de cette pratique, sur sa place dans l'ordonnement juridique. Tel fut le cas du Conseil d'Etat français. Certains auteurs estimaient ainsi que le principe de non extradition des nationaux était un principe fondamental reconnu par les lois de la République française, et à ce titre ayant valeur constitutionnelle, donc supérieure aux lois.¹⁰¹³ Saisi par le Premier ministre, le Conseil d'Etat a rendu un avis dans lequel il lui était demandé de se prononcer sur la valeur à accorder à cette pratique. L'Assemblée générale du Conseil a estimé que,

« sans doute les lois adoptées et les conventions internationales signées par la France expriment-elles l'ancienneté et la constance de la règle (...). Mais au soutien

¹⁰¹¹ Article 5 de la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes*.

¹⁰¹² Ibid, article 6.

¹⁰¹³ Luchaire (F.), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 366.

*de celle-ci, il n'existe pas de motifs tels qu'elle puisse être considérée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle ».*¹⁰¹⁴

791. Pour le Conseil d'Etat, ce principe trouve son fondement, certes dans une tradition juridique, mais surtout dans une loi. En vertu de la hiérarchie des normes, cette règle n'a alors qu'une « *valeur supplétive* »¹⁰¹⁵ par rapport aux Conventions bilatérales d'extradition conclues par la France, qui ne font que rarement référence à la pratique et renvoient à la législation interne. En tout état de cause, en droit pénal français, le principe de non extradition des nationaux n'aurait que valeur législative.

792. Quoiqu'il en soit, la légalité morale de la non extradition des nationaux est largement discutable. En effet, quelles garanties offrent l'Etat national de juger effectivement ses ressortissants ? Dans un Etat démocratique, il ne fait aucun doute qu'à plus ou moins long terme, le criminel inculpé sera jugé. Mais qu'en est-il des autres régimes ? La question se pose d'autant plus lorsque l'Etat à qui est demandée l'extradition est un Etat refuge du terrorisme. Tel fut le cas de Libye. Sa mauvaise volonté à extrader ou à juger ses ressortissants, dans les premières années suivant l'attentat de Lockerbie, fut évidente et entraîna la prise de mesures par le Conseil de Sécurité sur la base du Chapitre VII.

793. Pourquoi alors ne pas enjoindre les Etats à suivre la Résolution que l'Institut de droit international a adoptée lors de sa session d'Oxford ? Sous réserve de réciprocité, celle-ci propose aux Etats d'en finir avec cette règle, puisque

*« l'extradition des nationaux serait un moyen d'assurer la bonne administration de la justice pénale, parce qu'on doit considérer comme désirable que la juridiction du forum delicti commissi soit, autant que possible, appelée à juger ».*¹⁰¹⁶

¹⁰¹⁴ Conseil d'Etat, A.G, 24 novembre 1994, *Avis n° 356-641*, reproduit in Peyrical (J.M), De l'éventuelle extradition des ressortissants français, *P.A.*, 5 janvier 1996, n° 3, p. 22.

¹⁰¹⁵ Ibid.

¹⁰¹⁶ Résolution de l'Institut de droit international, Session d'Oxford, *Ann. I.D.I.*, 1892, pp. 126-130.

794. L'Institut préconise ainsi de favoriser l'exercice de la justice pénale au détriment de la souveraineté pénale et de l'excuse de dignité nationale. Les Etats, pour lutter contre l'impunité, devraient tenir compte de pareille proposition et l'intégrer dans leurs droits internes. Pour information, la session d'Oxford de l'Institut de droit international date de 1880.

795. Une approche similaire sera reprise par le mandat d'arrêt européen. Dans les faits, il a été question d'éviter les incohérences juridiques de l'affaire *Garcia-Moreno* qui, en 1993, opposait l'Espagne à la Belgique sur une question de refus d'extradition au sein de l'Union européenne.¹⁰¹⁷ Or, ancrés dans une réelle solidarité communautaire, « *dans le cadre de l'Union européenne, il est relativement rare que les Etats ne donnent pas suite à des demandes d'extradition émanant d'un autre Etat membre* ». ¹⁰¹⁸ Dans ce cadre bien précis, l'appartenance nationale a cédé le pas à la citoyenneté européenne. De ce fait, un Etat membre de l'Union ne pourra exciper de son droit interne pour refuser l'extradition d'un national. En créant un ordre juridique unique et en instaurant une procédure de remise obligatoire la condition de rattachement national devient superfétatoire. En fait de quoi, un Etat ne pourra plus devenir le refuge d'un national recherché, au motif qu'il n'extrade pas ses nationaux.

§. II. Les Etats face aux spécificités du régime extraditionnel.

796. En tant que procédure souveraine, l'extradition répond à un certains nombre de conditions. Lorsqu'un Etat est requis de procéder à une extradition, il doit se s'interroger sur son bien fondé, au regard de certains éléments. Tout d'abord, il doit s'interroger sur la nature même de l'infraction qui justifierait une extradition. (A.) Ensuite, il doit se demander si accorder cette dernière ne porterait pas atteinte aux droits fondamentaux de l'individu. (B.)

¹⁰¹⁷ La Belgique refusa dans un premier temps d'accorder à l'Espagne l'extradition de ses ressortissants terroristes en invoquant le caractère politique des infractions reprochées mais également leur qualité de réfugiés au sens de la Convention de Genève de 1951

¹⁰¹⁸ Bribosia (E.), Weyembergh (A.), Extradition et asile: vers un espace judiciaire européen ?, *R.B.D.I.*, 1997, p. 72.

A. La nature de l'infraction en cause.

797. La nature même de l'infraction pour laquelle l'extradition est requise peut jouer en faveur d'un refus étatique. En effet, certaines infractions présentent de telles caractéristiques qu'une extradition aux fins de répression n'est ni autorisée, ni envisageable. (1.) Or, comme toute règle, celle-ci souffre d'un certain nombre d'exceptions et de remises en cause, légitimes. (2.)

1. Un privilège de non extradition lié à la nature de l'infraction.

798. Il est des cas dans lesquels la nature même de l'infraction vient anéantir toute demande d'extradition. Il appartiendra à l'Etat requis de décider si la nature de l'infraction lui permet d'extrader ou bien s'il doit protéger l'individu en refusant l'extradition. Ce privilège de non extradition vaut principalement pour les infractions politiques (a.) mais concerne également d'autres comportements. (b.)

a. Les infractions politiques.

799. Il est reconnu, tant par les pratiques internes, législatives¹⁰¹⁹ ou constitutionnelles¹⁰²⁰ que, sous réserve de qualification en ce sens, les infractions

¹⁰¹⁹ La loi belge sur les extraditions du 1^{er} octobre 1833, reprise par la loi du 15 mars 1874, stipule en son article 6 que « *l'étranger ne pourra être poursuivi ou puni pour aucun délit politique antérieur à l'extradition (...)* ». De même, l'article 5 § 2 de la loi française du 10 mars 1927 stipule en ce sens que « *l'extradition n'est pas accordée (...) lorsque le crime ou délit a un caractère politique ou lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique* ». Cette disposition fait écho à la séance sénatoriale du 4 mars 1926 au cours de laquelle il a été rappelé que « *Toutes les sociétés s'accordent pour refuser l'extradition en matière politique (...)* in Kiss (A-C.), op cit, p. 209. Le Thai Extradition Act de 1929 fait en son article 12 état de cette interdiction. Plus récemment, on peut citer le cas de la Suisse et de sa Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981. Son article 3§1 prévoit que la coopération et l'extradition seront irrecevables « *si la procédure vise un acte qui, selon les conceptions suisses, revêt un caractère politique prépondérant (...)* ». Pareille disposition est également présente dans la loi espagnole d'extradition du 21 mars 1985. Le Jamaican Extradition Act du 8 juillet 1991 contient en son point 7) 1) a) l'interdiction selon laquelle « *A person shall not be extradited under this Act (...) if it appears (...) that the offense of which is accused or was convicted is an offence of a political character* ». Identiquement, le Canadian Extradition Act du 17 juin 1999 dispose à cet effet, en son point 46 1) c), que « *The Minister shall refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that (...) the conduct in respect of which extradition is sought is a political offence or an offence of a political character* ».

¹⁰²⁰ L'article 13. 3 de la Constitution espagnole dispose que « *les délits politiques sont exclus de l'extradition* ». De même, il est prévu en l'article 10 de la Constitution italienne que « *l'extradition pour délits politiques d'un ressortissant étranger n'est pas admise* ». On peut également retenir la Constitution

politiques ne peuvent donner lieu à l'extradition de leur auteur. Le droit extraditionnel ne connaît pas de définition généralement acceptée de la notion de délit politique. Tout au plus, « *la seule unification internationale relative à la définition du terme délit politique s'est effectuée sous la forme de définitions négatives ; si aucun accord ne pouvait être conclu quant au contenu positif du terme, un certain consensus se faisait toutefois autour de la détermination de ce qui n'était pas constitutif d'un délit politique* ». ¹⁰²¹ En droit interne, une telle définition sera la plupart du temps prétorienne. ¹⁰²² Ceci explique que ce régime spécifique, créateur de ce que le Professeur Vitu qualifie « *d'immunité extraditionnelle* » ¹⁰²³, reste un acte souverain de l'Etat requis. En effet, il est de pratique courante et générale que seul l'Etat requis pourra décider de qualifier, souverainement, une infraction d'infraction politique, accédant ainsi souverainement ou non à la demande d'extradition de l'Etat requérant. ¹⁰²⁴ Non exhaustivement, la qualification interne tiendra compte du climat politique, des conflits internes présents ou à venir, de la commission de crimes potentiellement internationaux ou bien encore du combat personnel mené par l'accusé. Mais il faut noter qu'un élément politique entourant l'infraction ne viendra pas automatiquement la faire qualifier d'infraction politique. ¹⁰²⁵

portugaise qui contient, en son article 33, une disposition tout à fait analogue, ou bien encore la Constitution brésilienne en son article 51.

¹⁰²¹ Van Den Wijngaert (C.), op. cit., p. 508.

¹⁰²² « *Les délits politiques sont ceux qui portent atteinte à l'ordre politique, ceux qui sont dirigés contre la constitution du Gouvernement et contre la souveraineté, qui troublent l'ordre établi par les lois fondamentales de l'Etat, la distribution des pouvoirs ; (...) il y a délit politique aussi souvent qu'on se trouve en face d'actes ayant pour but soit de renverser ou de modifier l'organisation des grands pouvoirs de l'Etat, soit de détruire, d'affaiblir ou de déconsidérer l'un de ces pouvoirs, soit d'exercer une action illégitime sur le jeu de leur mécanisme ou sur la direction générale et suprême qui en résulte pour les affaires de l'Etat, soit de transformer en quelqu'un de leurs éléments ou en tous, les conditions sociales faites par la constitution aux individus ; qu'en bref, ce qui distingue le délit politique du délit commun c'est que le premier ne lèse que l'Etat considéré dans son organisation politique, dans ses droits propres, tandis que le second lèse exclusivement des droits autres que les droits propres de l'Etat (...)* », in C.A Grenoble, 13 janvier 1947, *Gatti Giovanni*, S. 1947, 2, 44.

On peut également se référer si besoin est à l'opinion de Lord Radcliff dans l'affaire *Schtraks*, jugée par la Chambre des Lords en 1964. Celui-ci va définir de manière quasi similaire la notion d'infraction politique mais va lui adjoindre un élément matériel supplémentaire, à savoir que l'individu extradable doit être considéré comme un fugitif luttant contre l'ordre politique de son Etat. C'est en raison de ce statut de fugitif qu'il aura trouvé refuge dans l'Etat requis. (House of Lords, *Regina v Governor of Brixton Prison, Ex p Schtraks*).

¹⁰²³ Vitu (A.), Le meurtre politique en droit international et en droit extraditionnel, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur, droit pénal droit européen*, Gazette du Palais, Litec, 1992, p. 368.

¹⁰²⁴ Sur la valeur et la portée de cet acte de qualification, le juge français s'est largement prononcé. Voir notamment les commentaires du Doyen Labayle, Le juge et le droit administratif de l'extradition face aux logiques de l'entraide répressive internationale, *R.F.D.A.*, 1994, pp. 21-34.

¹⁰²⁵ Pour exemple, il a été décidé que des attentats anarchistes, bien que ce mouvement ait été le puissant symbole de l'opposition et de la remise en cause politique et sociale de l'ordre établi, n'étaient pas des infractions politiques au regard de l'extradition, en raison de l'absence d'un conflit politique évident, lors de leur commission. (Queen's Bench, 11 juillet 1894, *Meunier*). Une attaque à main armée commise par un

800. La jurisprudence interne s'est largement faite l'écho de cette interdiction. Les juridictions américaines¹⁰²⁶, belges¹⁰²⁷, britanniques¹⁰²⁸ ou françaises¹⁰²⁹, pour ne citer qu'elles, se sont fréquemment penchées sur la question. Le droit conventionnel interdit également une telle pratique générale, à l'image de la *Convention européenne sur l'extradition* qui énonce ainsi en son article 3 § 1 que

« l'extradition ne sera pas accordée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée par la Partie requise comme une infraction politique ou comme un fait connexe à une telle infraction »,

801. Se pose la question de la démarcation existante entre les faits de nature politique et ceux relevant simplement du droit commun. Le fondement d'une telle prohibition demeure vaguement incertain. Le Professeur Levasseur en soulève le caractère exorbitant du droit commun et en fait « *un régime exceptionnellement favorable, accordé à raison des aléas*

individu se réclamant du fascisme et avançant cette appartenance pour contester son extradition, n'a pas été assimilée à un délit politique (Tribunal fédéral suisse, 23 janvier 1952, *Nappi*). De même, une tentative d'attentat explosif, par un individu connu pour être un opposant politique au régime franquiste, n'a pas été considérée comme une infraction politique puisque les actes « *visaient, dans un pays non engagé, des personnes étrangères à l'ordre politique combattu* ». (C.M.A Bruxelles, 8 mai 1964, *Abarca*).

¹⁰²⁶ La « *political offence exception* » américaine traite de toutes infractions à caractère politique excluant l'emploi de la violence. Une telle qualification a été retenue notamment dans des cas d'espionnage et de trahison. Tel fût la cas de l'affaire C. A. 1st Cir. *Chandler v. United States*, (171 F.2d 921. 1948). Dans l'affaire *Artucovic*, (Court of Appeals, 24 juin 1958, *Artucovic*), une solution traditionnelle à la pratique américaine prohibant les extraditions politiques a reconnu comme infractions politiques les exactions inhumaines commises par l'intéressé lors du second conflit mondial en Yougoslavie. Cette espèce est choquante en ce sens que « *ni la gravité, ni le caractère international des infractions ne furent pris en considération* », in Van Den Wijngaert (C.), *La définition du délit politique dans la théorie et la pratique du droit de l'extradition in Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pédone, 1980, p. 521 ; US District Court, 11 mai 1979, *Mac Mullen, A.J.I.L.*, 1979, p. 431 (lancement d'objets explosifs dans des casernes britanniques suivi de désertion).

¹⁰²⁷ Ont été ainsi qualifiés de délit politique, non-extraditionnel, le vol qualifié (Chambre de mise en accusation de la C.A de Gand, 30 septembre 1909, *Miclazewski*), l'incendie, le vol et le pillage, sous couvert d'opinions révolutionnaires se leur auteur (C.M.A de Bruxelles, 9 juillet 1910, *Gaivas*), le meurtre inspiré par une opinion révolutionnaire et exécuté dans un but politique (C.M.A de Bruxelles, 11 avril 1911, *Chimansky*), une fusillade lors d'une manifestation à caractère politique (C.A de Liège, 17 juillet 1923, *Cappa*), l'aide apportée à un mouvement de libération nationale (C.M.A, 5 avril 1960, *Arbaoui*).

¹⁰²⁸ La mort d'un fonctionnaire lors d'une rébellion armée (Queen's Bench, 10-11 novembre 1890, *Castioni*), une mutinerie à bord d'un navire en raison des persécutions politiques futures et certaines (Queen's Bench, 29 novembre-13 décembre 1954, *Regina v. Governor of Brixton Prison, ex parte Kolczynski*).

¹⁰²⁹ C.A Aix, 12 mai 1941, *Anso, Gaz. Pal.*, 1941, II, 224 (le délit d'exportation illégale de capitaux n'est pas une infraction politique); C.A Toulouse, 6 juin 1941, *Just Gimeno, Gaz. Pal.*, 1941, II, 223-224 (assassinats et pillages au cours d'une guerre civile); C.A Paris, 22 avril 1953, *Rodriguez, Gaz. Pal.*, 153, 113-114 (guérilla); C.E, 2^e s.-sect, 24 juin 1977, *Astudillo-Calleja, S.*, 1977, pp. 695 et s (hold up et propagande politique) ; C.A de Paris, 15 juillet 77, *Croissant*, in *Mouvement d'action judiciaire, L'affaire Croissant*, Maspero, 1977, p. 137 et s (meurtres et tentatives de meurtre à l'aide d'engins explosifs dans une optique révolutionnaire) ; C.E, 27 juillet 1979, *Salati, Rec.*, 1979 (menace et contrainte).

de l'action publique et du respect de la liberté d'opinion et d'expression ». ¹⁰³⁰ Dans une société attachée au respect des droits fondamentaux de la personne humaine, la non extradition pour délits politiques « témoigne d'un certain idéal politique de liberté ». ¹⁰³¹ Pareille règle peut ainsi être considérée comme témoignant d'un certain degré d'impunité, ce qui a fait dire à certains auteurs qu'elle constitue « purement et simplement une exception au principe de collaboration interétatique en matière pénale ». ¹⁰³²

b. Les autres infractions.

802. Bien que le privilège de non extradition concerne essentiellement les infractions politiques, l'Etat conserve le droit de décider souverainement d'exclure des cas d'extradition les infractions fiscales (α) et les infractions militaires. (β)

a. Les infractions fiscales.

803. L'extradition ne peut aboutir pour des délits fiscaux, commis dans le but de payer moins d'impôt, moins de droits de douane ou toute autre fraude fiscale. Il est traditionnellement reconnu aux infractions fiscales une réelle immunité les excluant du champ habituel de l'extradition, à moins que les Etats n'en décident autrement. En effet, la *Convention européenne d'extradition* dispose qu'

« en matière de taxes et impôts, de douane, de change, l'extradition ne sera accordée, dans les conditions prévues par la présente Convention, seulement s'il en a été décidé entre Parties contractantes pour chaque infraction ou catégories d'infractions ». ¹⁰³³

804. Le texte consacre ainsi un privilège général de non extraditions pour les infractions fiscales, sous réserve du défaut d'un accord contradictoire en la matière. ¹⁰³⁴ Le *Deuxième*

¹⁰³⁰ Levasseur (G.), Le problème de l'infraction politique dans le droit de l'extradition, *J.D.I.*, 1990, p. 561.

¹⁰³¹ Huglo (C.), L'extradition en ce qui concerne les délits politiques, *Gaz. Pal.*, 25 septembre 1973, p. 596.

¹⁰³² *Ibid.*, p. 590.

¹⁰³³ Article 5 de la *Convention européenne d'extradition*.

¹⁰³⁴ L'accord mentionné est principalement un accord bilatéral et général d'extradition. En revanche, le droit international multilatéral commence, à dénier aux infractions fiscales cette immunité extraditionnelle. En effet, en se basant sur un degré certain de gravité des infractions en cause, l'excuse fiscale ne devient plus une cause de refus de l'extradition. Ainsi, la *Convention internationale pour la répression du financement du*

Protocole additionnel de la Convention européenne d'extradition, consacre également cette immunité mais de manière moins restrictive puisque la condition de l'accord étatique disparaît au profit de celle de la double incrimination. Il est ainsi prévu qu'

*« en matière de taxes et impôts, de douane et de change, l'extradition sera accordée entre les Parties contractantes, conformément aux dispositions de la Convention, pour les faits qui correspondent, selon la loi de la Partie requise, à une infraction de même nature ».*¹⁰³⁵

β. Les infractions militaires.

805. Il est de coutume de reconnaître que l'extradition ne sera pas accordée pour les délits militaires, à savoir les infractions commises par des agents des forces armées, contre des biens et objectifs militaires, et notamment la violation des obligations militaires telles l'insubordination, la mutinerie, la trahison ou bien la fuite devant l'ennemi. L'Etat requis est en effet libre de refuser souverainement l'extradition demandée dès lors que la qualification militaire de l'infraction est avérée. En revanche, un délit de droit commun commis par un membre des forces armées ne constitue pas un délit militaire et sera susceptible d'extradition.

806. Une telle position est largement confirmée par la pratique étatique, à l'image de la loi française d'extradition qui dispose que « *les infractions commises par des militaires, marins ou assimilés lorsqu'elles sont punies par la loi française comme des infractions de droit commun* »¹⁰³⁶, sont des infractions susceptibles d'extradition. Une interprétation à contrario de la loi permet donc d'exclure les violations des strictes obligations militaires du champ d'application de l'extradition. Seules les infractions de droit commun rentreront dans les cas prévus par la loi. Une telle approche sera confirmée en droit conventionnel. En effet, la *Convention européenne d'extradition* dispose explicitement que

terrorisme dispose en son article 13 que « aucune des infractions visées à l'article 2 ne peut être considérée, aux fins d'extradition ou d'entraide judiciaire, comme une infraction fiscale. En conséquence, les États Parties ne peuvent invoquer uniquement le caractère fiscal de l'infraction pour refuser une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire ». De même, la Convention de Palerme retient en son article 16.15 que « les États Parties ne peuvent refuser une demande d'extradition au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales ».

¹⁰³⁵ Article 2 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition.

¹⁰³⁶ Loi du 10 mars 1927, article 4 § 2. 6.

« l'extradition à raison d'infractions militaires qui ne constituent pas des infractions de droit commun est exclue du champ d'application de la présente Convention ». ¹⁰³⁷

2. Les causes de l'altération de la liste des infractions ouvrant extradition.

807. Ce privilège de non extradition n'en est pas pour autant absolu, puisqu'il peut être remis en cause en raison de la gravité du crime. La gravité apparaît comme l'élément centralisateur de l'altération de la liste des infractions ouvrant extradition. **(a.)** L'exemple le plus symptomatique de ce mouvement reste celui de la clause belge. **(b.)**

a. La remise en cause du critère politique : le critère de gravité.

808. L'interdiction d'extradition pour raisons politiques n'est pas absolue puisqu'il est reconnu que dans certains cas, le caractère politique de l'infraction n'excuse en rien sa gravité. La fin politique alléguée ne justifie aucunement la commission d'actes criminels graves et rend ainsi l'extradition possible. Ce critère de la gravité, « *élément clé de l'édifice extraditionnel* » ¹⁰³⁸ fait que le droit extraditionnel dispose fréquemment que ces infractions seront considérées, non pas comme des infractions à caractère politiques mais bien comme des infractions de droit commun, susceptibles d'extradition. En accord avec le Professeur Vieira, la première référence à pareille « *exception à l'exception* » se trouve dans une loi mexicaine de 1902 qui prévoit en son article 2 que « *l'extradition ne pourra être accordée pour des délits politiques ou pour des faits qui auraient une connexion avec ceux-ci. Les faits qualifiés comme anarchisme par la législation du pays requérant et par celle de l'Etat requis ne seront pas réputés comme politiques* ». ¹⁰³⁹

809. La loi française de 1927 s'inspire de cette prohibition. Bien qu'elle soit restrictive en ce qu'elle ne touche que les actes commis lors d'une guerre civile achevée, elle n'en retient pas moins, en son article 5 § 2, un certain critère de gravité puisque, en ce qui concerne

¹⁰³⁷ Article 4 de la *Convention européenne d'extradition*.

¹⁰³⁸ Cette citation de Mme Ringel est reprise par le Professeur Levasseur, op cit, *J.D.I.*, 1990, p. 575.

¹⁰³⁹ Cité in Vieira (M.A.), L'évolution récente de l'extradition dans le continent américain, *R.C.A.D.I.*, 1984, vol 185, p. 254.

« (...) les actes commis au cours d'une insurrection ou d'une guerre civile, par l'un ou l'autre des partis engagés dans la lutte et dans l'intérêt de sa cause, ils ne pourront donner lieu à l'extradition que s'ils constituent des actes de barbarie odieuse et de vandalisme défendus suivant les lois de la guerre (...) ».

En une seule disposition sont reconnus deux principes directeurs : l'exception politique mais aussi l'exception de gravité.

810. Cette restriction à l'extradition a largement été reprise à l'époque contemporaine et a inspiré de nombreux textes internationaux, à l'image de ce projet issu des Conclusions du Xe Congrès International de droit pénal. Dans son projet de Résolution, l'Association Internationale de droit pénal propose de refuser l'extradition pour des motifs politiques et retient qu'il sera interdit de « faire valoir cette restriction à l'extradition, lorsque le fait incriminé consiste en un crime contre l'humanité, un crime de guerre ou une infraction grave au sens des Conventions de Genève de 1949 ». ¹⁰⁴⁰ On peut cependant estimer cette proposition laconique, en raison de l'absence du crime de génocide, puisque la Convention de 1948, antérieure au Congrès de Rome, interdit explicitement une quelconque qualification politique pour ce crime. En effet, elle énonce que

« le génocide et les autres actes énumérés à l'article III ne seront pas considérés comme des crimes politiques pour ce qui est de l'extradition ». ¹⁰⁴¹

811. Selon une formulation commune et élargie, on retrouve cette exception dans certains textes conventionnels multilatéraux. Ainsi, l'article 11 de la *Convention apartheid* est rédigé dans des termes identiques à ceux du texte de 1948 puisque,

« les actes énumérés à l'article II de la présente Convention ne seront pas considérés comme crimes politiques aux fins de l'extradition ».

¹⁰⁴⁰ Projet de résolution de l'Association internationale de droit pénal, Xème Congrès international de droit pénal, Session de Rome, 29 septembre-5 octobre 1969, Conclusions de la quatrième question, les problèmes actuels de l'extradition, *R.I.D.P.*, 1970, p. 13.

¹⁰⁴¹ Article VII de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.

812. De même, l'article 1 de la *Convention européenne pour la répression du terrorisme* dispose que

« pour les besoins de l'extradition entre Etats contractants, aucune des infractions mentionnées ci-après ne sera considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques ».

Bien qu'ayant un champ d'application spatialement restreint, ce texte présente l'avantage, outre d'exclure du domaine politique un certain nombre d'infractions, de faire directement référence aux incriminations de la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs* du 16 décembre 1970 et de la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile* du 23 septembre 1971. Le *Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition* vient quant à lui compléter la Convention en restreignant le champ d'application de l'article 3. Sont exclues de la qualification politique les incriminations de crime contre l'humanité, celles issues de la Convention contre la torture et de celles de Genève.¹⁰⁴²

813. Ces références conventionnelles sont les plus explicites qui soient, puisque, à l'image de la *Convention torture*, nombreux sont les textes qui prévoient simplement que

*« les infractions visées (...) sont de plein droit comprises dans tout Traité d'extradition conclu entre Etats parties ».*¹⁰⁴³

¹⁰⁴² Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition du 15 octobre 1975. Titre I, article 1 : *« Pour l'application de l'article 3 de la Convention, ne seront pas considérés comme infractions politiques: a) les crimes contre l'humanité prévus par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée le 9 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies; b) les infractions prévues aux articles 50 de la Convention de Genève de 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 51 de la Convention de Genève de 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 130 de la Convention de Genève de 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre et 147 de la Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre; c) toutes violations analogues des lois de la guerre en vigueur lors de l'entrée en application du présent Protocole et des coutumes de la guerre existant à ce moment, qui ne sont pas déjà prévues par les dispositions susvisées des Conventions de Genève ».*

A l'image du droit conventionnel existant, qui réfute l'excuse politique, le mandat d'arrêt européen prévoit une remise obligatoire pour certains crimes que le droit international ne considère pas comme des infractions politiques (terrorisme, racisme, xénophobie). En fait de quoi, bien que le texte ne soit pas explicite en la matière, il ne fait aucun doute que les Etats membres ne pourront refuser une remise pour une infraction qu'ils considèrent comme politique.

¹⁰⁴³ Article 8 § 1 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

814. Cette rédaction large permet une interprétation qui l'est tout autant, étant entendu qu'en visant l'ensemble des infractions prévues par la Convention, il n'est, par défaut, pas admis une quelconque excuse d'infraction politique venant anéantir l'extradition. Une telle pratique est largement reprise dans les Conventions terroristes. En effet, le terrorisme demeure une infraction aux fondements éminemment idéologiques et politiques. Il est logique de considérer qu'accorder l'impunité aux terroristes, en raison de leurs combats politiques, reviendrait à officialiser et à légitimer le chaos.

815. La pratique américaine en la matière parle d'une « *exception to the exception* »¹⁰⁴⁴ pour les crimes internationaux. L'excuse politique ne vaut donc pas pour ces derniers, ceux dont on sait qu'ils portent atteinte aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale ; « *l'impunité résultant de l'application de l'exception pour délits politiques [étant] inacceptable à cause de la gravité et du caractère international des faits* ». ¹⁰⁴⁵ Même sous couvert d'orientations politiques, la qualification de droit commun primera en raison du caractère grave des agissements en cause. « *L'exception de délinquance politique* » ne vaudra pas en raison de la gravité des agissements. ¹⁰⁴⁶

816. Tout comme la qualification politique générale de l'infraction, l'appréciation spécifique de la gravité des actes en cause demeure une prérogative éminemment souveraine de l'Etat requis.¹⁰⁴⁷ Quand les juridictions internes ont à se prononcer sur la légalité d'une procédure d'extradition, une fois la qualification, infraction politique-infraction de droit commun, effectuée, il est fréquent qu'elles s'interrogent sur la gravité des agissements en cause. Dès lors, ce critère de gravité va primer sur la qualification politique. Celle-ci devient inopérante et autorise l'extradition. C'est ce qu'il ressort d'une jurisprudence fournie telle l'affaire *Croissant*, dans laquelle le Conseil d'Etat français a décidé en l'espèce que

¹⁰⁴⁴ Bassiouni (C.), Extradition : the United States model, *R.I.D.P.*, 1991, p. 483.

¹⁰⁴⁵ Van Den Wijngaert (C.), La Belgique et l'exception pour délits politiques en matière d'extradition: analyse critique de la pratique judiciaire et administrative, *R.D.P.C.*, 1979, p. 848.

¹⁰⁴⁶ Cette limitation du champ d'application de l'exception politique n'est pas que l'apanage du droit multilatéral. Fréquents sont en effet les textes extraditionnels bilatéraux qui viennent dénier au meurtre, à l'homicide, au terrorisme ou bien à tout acte de violation de certaines obligations conventionnelles répressives le caractère d'infraction politique. Tel est notamment le cas du Traité complémentaire américano-britannique du 25 juin 1985 destiné à modifier le Traité d'extradition du 8 juin 1972.

¹⁰⁴⁷ Voir notamment, Plender (R.), Le nouveau Traité d'extradition entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni et l'exception d'infraction politique, *A.F.D.I.*, 1988, pp. 635-651. Dans son commentaire du Traité, il revient sur le fait qu'« *un fugitif se trouvant en Angleterre ne peut s'opposer à son extradition vers les Etats-Unis sous prétexte que son infraction est politique, dès lors qu'elle prend la forme d'un meurtre, d'un homicide volontaire, d'un enlèvement ou d'un crime ou délit impliquant l'emploi d'une bombe ou d'une arme à feu* », p. 646.

« la circonstance que ces crimes qui ne sont pas politiques par leur objet, auraient eu pour but (...) de renverser l'ordre établi en République Fédérale d'Allemagne ne suffit pas, compte tenu de leur gravité, à les faire regarder comme ayant un caractère politique ». ¹⁰⁴⁸

817. De jurisprudence constante, d'autres juridictions, judiciaires ou administratives, se sont prononcées, ou s'étaient déjà prononcées à l'identique ¹⁰⁴⁹ ou en adjoignant parfois au critère de gravité un caractère exceptionnel, ¹⁰⁵⁰ inhumain et barbare, ¹⁰⁵¹ ou en insistant sur l'innocence de la victime. ¹⁰⁵² Depuis la Convention avortée de Genève du 16 novembre 1937, les textes internationaux répressifs excluent ainsi tous « l'exception de délinquance politique » ¹⁰⁵³ parmi les cas d'extradition, à priori et à posteriori. ¹⁰⁵⁴

b. L'exemple de la clause belge.

818. Certaines Conventions, élargissent encore plus le champ d'application de cette exception en prévoyant une clause d'attentat, plus connue sous la dénomination de « *clause belge* ». Cette « *clause belge* » fait référence aux attentats commis contre les chefs d'Etat. L'infraction est politique puisqu'elle touche à la vie du représentant suprême de l'Etat et elle ne peut être blanchie par une quelconque excuse idéologique. Les attentats à la vie d'un chef d'Etat sont courants mais leur qualification en délit politique est souvent problématique. La gravité de ce crime est indéniable puisqu'elle vient directement porter atteinte à la survivance d'un régime politique et à l'ordre public subséquent. L'article 3 de la

¹⁰⁴⁸ CE, Ass, 7 juillet 1978, *Croissant, Rec*, 1978, p. 290 et s.

¹⁰⁴⁹ CE, Sect. Cont, 15 février 1980, *Winter, S*, 1980, p. 449 et s ; C.E, Ass, 25 septembre 1985, *Lujambio Galdeano, Rec*, 1984, p. 308 et s ; C.E, Ass, 8 avril 1987, *Procopio, Rec*, 1987, p. 136 et s ; C.E, 20 septembre 1993, *Sanchez Del Acro, R.G.D.I.P*, 1994, p. 1006 et s ; C.E, 9 mai 1994 ; *Bracci, Rec*, 1994, p. 226 et s ; Cass. Crim, 21 septembre 1984, *Garcia-Ramirez, Bull. crim*, 1984, p. 733 et s.

¹⁰⁵⁰ C.A Versailles, 7 avril 1987, *Roberto Soraggi, Gaz. Pal*, 11 juillet 1987, p. 399 et s.

¹⁰⁵¹ C.A Aix, 15 novembre 1928, *Morelli*, *Clunet*, 1930, pp. 108-109, C.A Alger, 10 octobre 1941, *Rodriguez Martinez Manuel, Gaz. Pal*, 1941, I. 16, C.A Paris, 5 décembre 1957, *Colman, R.C.D.I*, 1947, p. 435 et Ces différentes décisions traitent principalement d'infractions qualifiées d'intelligence avec l'ennemi ou d'actes de vandalisme et de barbarie, contraires aux lois de la guerre.

¹⁰⁵² C.M.A Bruxelles, 8 mai 1964, *Abarca*, op. cit.

¹⁰⁵³ *Ibid*, p. 245.

¹⁰⁵⁴ Pour exemple, la Convention de Montréal, *la Convention contre la prise d'otage* ou bien encore la *Convention pour la répression du financement du terrorisme* retiennent communément que ces infractions « sont de plein droit considérées comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre Etats parties avant l'entrée en vigueur de la présente Convention. Les Etats parties s'engagent à considérer ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition qu'ils pourront conclure entre eux par la suite ».

Convention européenne d'extradition vient ainsi interdire l'extradition pour motifs politiques mais prévoit néanmoins un paragraphe 3 selon lequel

« l'attentat à la vie d'un chef d'Etat ou d'un membre de sa famille ne sera pas considéré comme une infraction politique »,

donc comme une infraction de droit commun susceptible d'extradition.

819. Une telle pratique permet ainsi d'éviter des incohérences juridiques, telles celles qui ont suivi l'assassinat à Marseille, le 9 octobre 1934, du roi Alexandre de Yougoslavie et d'Emile Barthou, ministre français des affaires étrangères. Deux inculpés de ce meurtre avaient trouvé refuge en Italie. Jugées par la Cour d'appel de Turin, les demandes d'extradition de la France restèrent lettre morte pour trois raisons. D'une part, il a été rappelé dans cette affaire que l'extradition était, au nom de la territorialité, en grande partie réglée par la loi pénale italienne. D'autre part, les faits reprochés ont été considérés comme constitutifs de délits politiques. Enfin, le Traité d'extradition franco-italien de 1870, en vigueur à l'époque, ne contenait aucune référence à la clause d'attentat, interdisant simplement l'extradition pour délits politiques.¹⁰⁵⁵ En fait de quoi l'extradition ne fut pas concédée, puisque *« la Cour de Turin a estimé que l'assassinat du roi Alexandre de Yougoslavie et de M Barthou sont des délits politiques parce qu'ils ont porté atteinte à l'intérêt politique de la France et de l'Etat yougoslave »*.¹⁰⁵⁶ Juridiquement, la solution semblait à certains légitime, politiquement, elle aurait pu avoir *« des conséquences analogues à celles de l'attentat, tristement célèbre, de Sarajevo »*.¹⁰⁵⁷

820. Cette jurisprudence est loin d'être un cas isolé. Deux exemples illustrant cette dualité et ces questions de qualification méritent d'être exposés. Cabanne de Laprade, auteur de l'attentat manqué de Pont sur Seine contre le Général de Gaulle avait trouvé refuge en Belgique mais fut extradé vers la France car les juges belges étaient liés par une clause d'attentat prévue par la Convention franco-belge d'extradition du 15 août 1874.¹⁰⁵⁸ En revanche, Watin, co-auteur de l'attentat du Petit Clamart ne fut pas extradé de Suisse du

¹⁰⁵⁵ C.A Turin, 23 novembre 1934, *Pavelitch et Kvaternik*, in *Rev. crit. Dr. Int.*, 1935, pp. 765-766.

¹⁰⁵⁶ Rousseau (H.), note sous l'arrêt de la Cour de Turin, *ibid*, p. 767.

¹⁰⁵⁷ Donnedieu de Vabres (H.), *La répression internationale du terrorisme*, op. cit, p. 37.

¹⁰⁵⁸ C.M.A de Bruxelles, 17 octobre 1963, *Cabanne de Laprade*.

fait d'une pratique récurrente suisse visant à la non-reconnaissance, dans les Traités d'extradition qui la lie, de la validité des clauses d'attentat.¹⁰⁵⁹

821. A défaut d'une qualification politique de l'infraction, le droit commun s'appliquera. Pareille clause est courante en droit conventionnel. En ce qui concerne le cas européen, il a été substitué aux diverses Conventions bilatérales d'extradition, un régime général de droit commun tel que prévu par la *Convention européenne d'extradition*. Les Conventions bilatérales encore en vigueur ont tendance à ne pas restreindre la clause d'attentat aux seules atteintes à la vie d'un chef d'Etat ou aux membres de sa famille. Ainsi, est toujours prohibée l'infraction pour des mobiles politiques, mais ne doivent pas être « *considérés comme infraction politique les crimes d'homicide volontaire ou d'empoisonnement* »¹⁰⁶⁰, sans distinction aucune quant à la qualité de la victime. Dans une Résolution du 1^{er} septembre 1983 relative à l'extradition, l'Institut de droit international s'intéresse à la clause d'attentat en élargissant la portée restrictive de la simple « *clause belge* ». L'Institut préconise ainsi aux Etats de l'élargir

*« aux actes particulièrement odieux notamment ceux visant les représentants des Etats (...), les membres des missions diplomatiques, les représentants des Etats auprès des organisations internationales et les fonctionnaires de celles-ci ».*¹⁰⁶¹

822. A ce stade, il faut saluer l'initiative du législateur brésilien qui, dans une loi du 19 août 1980 sur la situation juridique des étrangers, vient synthétiser en un seul texte l'interdiction de l'extradition politique, le critère de gravité et la clause générale d'attentat. L'article 77 de la dite loi dispose en effet que

« l'extradition ne sera pas accordée quand (...) le fait constitue un crime politique (...) 3.) Le Tribunal Fédéral

¹⁰⁵⁹ Ainsi, le Tribunal fédéral suisse a justifié son refus d'extradition selon que « *l'assassinat peut (...) apparaître comme la dernière ressource lorsque la personne visée incarne pratiquement le système politique de l'Etat, en sorte qu'on puisse penser que sa disparition entraînera une modification de ce système* », Tribunal Fédéral suisse, 7 octobre 1964, *Watin*.

¹⁰⁶⁰ Voir dans ce sens l'article 49§2 de l'*Accord de coopération en matière judiciaire entre la République française et la République de Côte d'Ivoire* du 24 avril 1961 ou bien encore la *Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la République française et la République du Gabon* du 23 juillet 1963.

¹⁰⁶¹ Résolution relative à l'extradition, Institut de droit international, 1^{er} septembre 1983, *Ann IDI*, 1984, p. 307.

Suprême pourra ne pas considérer comme crime politique les attentats contre les Chefs d'Etat ou autres autorités, ainsi que les actes d'anarchisme, de terrorisme, de sabotage, de séquestration se personne, ou qui constituent une propagande de guerre ou des procédés violents pour subvertir l'ordre politique et social ».

823. Confier une telle appréciation, extensive, au pouvoir judiciaire suprême permettrait, selon la doctrine, d'éviter toute confusion et de garantir ainsi l'impartialité de la décision et de la qualification.¹⁰⁶²

B. Extradition et droits fondamentaux.

824. Lorsque l'Etat requis accorde l'extradition, il doit la concilier avec le respect des droits fondamentaux de l'individu. En effet, la question du but poursuivi par l'extradition est capitale. Si celle-ci est demandée dans un but déguisé de porter atteinte aux droits fondamentaux de l'individu, l'Etat requis aura toute la liberté de refuser la demande. En cela, le recours à la clause française est primordial (1.). Par extension, l'extradition sera refusée si elle entraîne d'éventuelles atteintes majeurs aux droits les plus fondamentaux. (2.)

1. La clause française : la prévention du but déguisé de la poursuite.

825. L'Etat requis est le seul compétent pour apprécier la légitimité de la demande de l'Etat requérant, donc pour « *apprécier la sincérité ou les arrières pensées de l'Etat requérant* ». ¹⁰⁶³ En effet, l'extradition ne sera pas accordée si l'Etat requis a de sérieuses raisons de croire que l'individu concerné verra sa situation personnelle s'aggraver ou sera victime de graves discriminations. En la matière, les Conventions contemporaines font œuvre d'humanisme, puisque, teintées de droits de l'homme, elles prévoient, à l'image de la *Convention européenne d'extradition*, que celle-ci ne sera pas accordée

¹⁰⁶² De Araujo Jr (J.M), L'extradition dans la Constitution brésilienne de 1988, *R.I.D.P.*, 1991, pp. 567-585.

¹⁰⁶³ Levasseur (G.), Bonnard (H.), Extradition, conditions de fond, conditions relatives à l'infraction, *Jcl droit international*, Fasc 405-B-4, p. 22.

« si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons ». ¹⁰⁶⁴

826. L'exemple de cette clause, dite française, est l'illustration parfaite du caractère souverain, éminemment discrétionnaire et non obligatoire de la mise en œuvre et de l'application d'une procédure d'extradition. Elle permet de prévenir « le risque que l'Etat requérant cherche à contourner les normes qui excluent, dans l'Etat requis, la coopération lorsque celle-ci est demandée à des fins politiques ou discriminatoires, en la requérant pour la répression de délits de droit commun qui camouflent les véritables motifs de la poursuite ». ¹⁰⁶⁵ Ainsi, l'Etat requis aura la faculté d'apprécier, préventivement, le but de la procédure, en quelque sorte de contrôler l'exercice de la souveraineté pénale de l'Etat requérant. Pareille clause de sauvegarde permet de s'assurer qu'une extradition ne sera pas demandée sous couvert d'une répression politique déguisée en répression de droit commun.

827. Une telle clause se retrouve dans la quasi-totalité des Conventions. Ainsi les Traités accordent une valeur obligatoire à cette clause de non-discrimination. Elle peut être spécifique, à l'image de celle contenue dans la Convention contre la torture et selon laquelle

« aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». ¹⁰⁶⁶

828. Elle peut également être plus générale, en prévoyant une obligation beaucoup plus extensive calquée sur la clause de la *Convention européenne d'extradition*. ¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁴ Article 3 § 2 de la *Convention européenne d'extradition*.

¹⁰⁶⁵ Zimmermann (R.), op, cit, pp. 436-437.

¹⁰⁶⁶ Article 3 § 1. En l'espèce, notons que le fondement de cette interdiction réside dans la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture.

2. L'extradition face aux risques d'atteintes majeures aux droits fondamentaux.

829. L'Etat requis pourra refuser souverainement l'extradition si l'individu risque d'être condamné à la peine capitale pour le crime qu'il a commis (a.), ou bien s'il risque d'être torturé ou bien de subir des traitements inhumains ou dégradants. (b.)

a. Le risque de la peine capitale.

830. Il est reconnu que l'extradition sera refusée par l'Etat si l'individu concerné risque d'être passible de la peine capitale. L'Etat requis se réserve ainsi le droit de refuser la procédure, au nom de considérations élémentaires d'humanité garantissant la survie de l'individu, mais aussi au nom de la confiance mutuelle que s'accordent les Etats. Pour cela la *Convention européenne d'extradition* précise que

*« si le fait à raison duquel l'extradition est demandée et puni de la peine capitale par la loi de la Partie requérante, et que, dans ce cas, cette peine n'est pas prévue par la législation de la partie requise, ou n'y est généralement pas exécutée, l'extradition pourra n'être accordée qu'à la condition que la Partie requérante donne des assurances jugées suffisantes par la Partie requise, que la peine capitale ne sera pas exécutée ».*¹⁰⁶⁸

831. En ce sens, la loi belge sur l'extradition dispose que si les faits reprochés à l'individu sont passibles, dans l'Etat requérant de la peine de mort, la Belgique peut adopter deux solutions. Soit l'extradition est *de facto* refusée, ce qui semble la solution la

¹⁰⁶⁷ Pour ne pas multiplier les exemples, il est possible de se référer à la *Convention pour la protection des personnes contre les disparitions forcées* dont l'article 13 § 7 stipule que « aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'Etat partie requis d'extrader s'il y a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons ». Le cas n'est donc pas isolé puisqu'il se retrouve dans la *Convention européenne pour la répression du terrorisme* (article 5), la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* (article 15) ou bien encore la *Convention des Nations Unies contre la corruption* (article 44 § 15) ou dans la *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire* (article 16).

¹⁰⁶⁸ Article 11 de la *Convention européenne d'extradition*.

plus en adéquation avec le respect des droits humains. Soit l'extradition est accordée à la seule condition que l'Etat requérant ait formellement assurée que la peine capitale ne sera pas prononcée à l'issue du jugement.¹⁰⁶⁹

832. Le Code de Procédure pénale français dispose que

*« L'extradition n'est pas accordée : (...) lorsque le fait à raison duquel l'extradition a été demandée est puni par la législation de l'Etat requérant d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français ».*¹⁰⁷⁰

833. Cette disposition est large d'interprétation. Quelle peine ou mesure de sûreté peut-on considérer comme étant contraire à l'ordre public français ? Assurément, la peine de mort en fait partie. La loi française ne fait que retranscrire en des termes généraux cette faculté qu'ont les Etats de refuser une extradition si une peine de mort est susceptible d'être prononcée. La peine capitale est en France triplement prohibée, par la loi du 9 octobre 1981, portant abolition de la peine de mort, par la ratification des Protocoles n° 6 et n°13 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que par l'article 66-1 de la Constitution. Les juridictions françaises ont cependant largement interprété cette disposition et ont conditionné une éventuelle extradition à l'engagement de l'Etat requérant de ne pas prononcer de peine capitale. Tel était le fond de l'affaire Aylor où le Conseil d'Etat avait à se prononcer sur la légalité d'un décret d'extradition vers le Texas où la requérante était passible de la peine capitale.¹⁰⁷¹ La Haute juridiction n'a pas annulé le décret d'extradition au motif que, même si la requérante était passible, pour les crime commis, de la peine capitale, l'extradition aura lieu, dans la mesure où le gouvernement français a reçu, du gouvernement américain, toutes les garanties nécessaires que *« le ministère public compétent ne requerrait pas la peine capitale contre l'intéressée »*.¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁹ Loi sur les extraditions du 15 mars 1874 dispose en son article premier § 2 que *« lorsque l'infraction, pour laquelle l'extradition est demandée, est punissable de la peine de mort dans l'Etat requérant, le gouvernement n'accorde l'extradition que si l'Etat requérant donne les assurances formelles que la peine de mort ne sera pas exécutée »*.

¹⁰⁷⁰ Article 696-4. 6.

¹⁰⁷¹ CE, Ass, 15 octobre 1993, *Mme Aylor Rec*, 1993, p. 283. La requérante, citoyenne américaine, était accusée d'avoir fait assassiner, à Dallas, la maîtresse de son mari et d'avoir tenté de le faire supprimer. Ayant réussie à s'enfuir en France, elle fût arrêtée et placée sous écrou extraditionnel. Le 18 janvier 1993, la France, par décret accorda l'extradition vers les Etats-Unis.

¹⁰⁷² Ibid. Voir notamment le commentaire de Jean Chappez, in *J.D.I.*, 1994, pp. 413-419.

834. Comme le droit international des droits de l'homme protège le droit à la vie et enjoint les Etats à abolir la peine de mort, il est logique que les juridictions et les organes internationaux protecteurs des droits fondamentaux, condamnent les Etats qui ne respecteraient pas cette prise d'engagement. Dans l'affaire *Einhorn contre France*¹⁰⁷³, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé irrecevable la requête d'un citoyen américain, selon qui, en étant extradé vers les Etats-Unis, il risquait la peine de mort. Or, au vu des circonstances de l'affaire, la Cour a relevé que le gouvernement français avait reçu, du gouvernement américain, toutes les assurances nécessaires et suffisantes que, suite à extradition, la peine de mort ne serait ni requise ni exécutée.¹⁰⁷⁴ Dans l'affaire *Chamaiev et autres contre Géorgie et Russie*, treize tchéchènes détenus en Géorgie estimaient qu'ils risquaient la peine de mort s'ils étaient extradés vers la Russie. Pour la Cour, au regard de l'évolution du droit interne russe et des garanties tant judiciaires que gouvernementales qui ont été apportées, la peine capitale ne sera ni exécutée, ni appliquée.¹⁰⁷⁵

835. A contrario, le Comité des droits de l'homme a eu à se prononcer sur un problème similaire à propos d'un citoyen américain reconnu coupable d'assassinat, incarcéré au Québec puis extradé vers la Pennsylvanie, où son crime est passible de la peine capitale. Le requérant s'estime victime d'une violation par le Canada des ses droits reconnus par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, et notamment une violation des dispositions protégeant le droit à la vie¹⁰⁷⁶ et prohibant la torture.¹⁰⁷⁷ Il était demandé au

¹⁰⁷³ Cour EDH, Décision finale sur la recevabilité, 16 octobre 2001, *Ira Samuel Einhorn c. France*. Le requérant, citoyen américain réfugié en France était accusé du meurtre de son épouse, perpétré en Pennsylvanie, avant le rétablissement de la peine de mort dans cet Etat. Selon lui, « il existerait des motifs sérieux et avérés de croire qu'il encourt un risque réel de se voir condamner à la peine de mort en Pennsylvanie et donc exposer au « syndrome du couloir de la mort », source de peine ou traitement inhumain ou dégradant », § 23.

¹⁰⁷⁴ Pour les juges de Strasbourg, « la Cour constate que les circonstances de l'espèce et les assurances obtenues par le Gouvernement sont de nature à écarter le danger d'une condamnation à mort du requérant en Pennsylvanie. Relevant par ailleurs que le décret d'extradition du 24 juillet 2000 dispose expressément que « la peine de mort ne pourra être ni requise ni prononcée ni exécutée à l'encontre d'Ira Samuel Einhorn », la Cour estime que le requérant ne se trouve pas exposé à un risque sérieux de traitement ou de peine prohibés par l'article 3 de la Convention à raison de son extradition vers les Etats-Unis », *ibid*, § 26.

¹⁰⁷⁵ Cour EDH, 12 avril 2005, *Affaire Chamaiev et autres c. Russie*. Pour les juges, « quant aux garanties, la Cour note qu'elles ont été fournies à l'égard de chacun des requérants dans les lettres du 26 août et du 27 septembre 2002 (paragraphes 68 et 71 ci-dessus) par le procureur général par intérim, la plus haute autorité chargée des poursuites pénales en Russie. Il n'est pas contesté par les parties que le procureur général géorgien a également obtenu des garanties verbales de la part de ses collègues russes (paragraphe 184 ci-dessus). Dans les lettres de garanties susmentionnées, le procureur général russe par intérim a formellement assuré aux autorités géorgiennes que les requérants ne seraient pas condamnés à la peine capitale et a rappelé que de toute manière aucune condamnation à mort ne pouvait recevoir exécution en Russie depuis le moratoire de 1996. La lettre du 27 septembre 2002 comportait également des garanties expresses contre « la torture [et les] traitements ou peines cruels, inhumains ou attentatoires à la dignité humaine » » § 343.

¹⁰⁷⁶ Article 6 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

¹⁰⁷⁷ Article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

Comité de statuer sur le fait de savoir si le Canada, qui a aboli la peine de mort, avait commis une violation des droits garantis par le Pacte en extradant l'auteur du crime vers un État dans lequel il était sous le coup d'une condamnation à mort, sans s'être assuré que la peine capitale ne serait ni prononcée, ni exécutée. Le Comité va privilégier une approche extensive de la notion de droit à la vie telle que garantie par le Pacte. En effet, vu le consensus grandissant en faveur de l'abolition de la peine de mort, le Comité rappelle que

*« les pays qui ont aboli la peine de mort sont tenus de ne pas exposer un individu au risque réel de son application. Ils ne peuvent donc pas renvoyer quelqu'un de leur juridiction, par voie d'expulsion ou d'extradition, s'il peut être raisonnablement prévu que l'intéressé sera condamné à mort, sans obtenir la garantie que la peine capitale ne sera appliquée ».*¹⁰⁷⁸

836. Or, en l'espèce, les faits prouvent que le Canada n'a pas obtenu cette assurance du gouvernement américain que l'extradition ne déboucherait pas sur une condamnation à la peine capitale. Pour le Comité,

*« le Canada, en tant qu'État partie qui a aboli la peine capitale, indépendamment du fait qu'il n'a pas encore ratifié le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte, visant à abolir la peine de mort, a commis une violation du droit à la vie garanti au paragraphe 1 de l'article 6 en expulsant l'auteur vers les États-Unis alors qu'il est sous le coup d'une condamnation à mort, sans demander l'assurance qu'il ne serait pas exécuté. Le Comité reconnaît que le Canada n'a pas prononcé lui-même la peine capitale mais estime qu'en renvoyant l'auteur vers un pays où il est condamné à mort, il a établi le lien essentiel de la chaîne de causalité qui rendrait possible l'exécution de l'auteur ».*¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁸ Comité des droits de l'homme, 5 août 2003, *Judge c. Canada*, communication, n° 829/1998, § 10.4.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, § 10.6.

b. Le risque de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

837. Dans un même état d'esprit, il est reconnu que l'extradition devra être refusée par l'Etat si l'individu concerné risque de subir des actes de tortures ou des actes inhumains ou dégradants. Le droit international des droits de l'homme a fait de cette prohibition une norme impérative à la charge des Etats. Concernant l'extradition, seule la Convention de 1984 dispose que

*« aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ».*¹⁰⁸⁰

838. Obligation préventive, elle est une réponse, en termes d'obligations étatiques, à la qualification de norme impérative. Cette obligation vise à protéger les criminels des éventuelles atteintes à leurs droits, une fois transférés dans le pays requérant. Bien que prohibant de telles pratiques, les Conventions protectrices des droits de l'homme ne précisent aucunement une quelconque obligation à la charge des Etats parties de refuser l'extradition si un risque de torture existe. C'est de l'interprétation jurisprudentielle qu'il faudra dégager une telle obligation implicite.

839. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi dégagé, de l'esprit même de la Convention européenne des droits de l'homme, et de l'obligation générale de protection des droits garantis¹⁰⁸¹, une réelle obligation de ne pas extraditer si l'individu risque d'être victime de torture ou d'actes inhumains ou dégradants. Les juges de Strasbourg ont ainsi dégagé de l'affaire *Soering* qu'

« un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre

¹⁰⁸⁰ Article 3 § 1 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.

¹⁰⁸¹ Article premier de la Convention.

État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé ». ¹⁰⁸²

840. En effet, la Cour a reconnu que l'extradition d'un individu vers les Etats-Unis constituait un traitement inhumain, dans la mesure où, condamné à mort, le requérant serait victime du « *syndrome du couloir de la mort* ». ¹⁰⁸³ Ce syndrome du couloir de la mort est donc pleinement constitutif d'un traitement inhumain, invalidant l'extradition. ¹⁰⁸⁴ De ce fait, il a été reconnu qu'un Etat qui donnerait suite à une demande d'extradition dans ses conditions, au risque d'actes de torture ou de mauvais traitements, verrait sa responsabilité engagée pour violation des dispositions impératives de l'article 3 de la Convention européenne. ¹⁰⁸⁵

841. L'affaire *Soering* demeure, à l'heure actuelle, le seul cas où un risque de violation de l'article 3 de la Convention, ait été avéré, dans le cadre précis d'une procédure d'extradition. Depuis lors, à l'image de la pratique concernant l'extradition et la peine capitale, la jurisprudence a enjoint les Etats de s'assurer préventivement, que l'individu extradé ne sera pas victime de mauvais traitements. A ce titre, l'Etat requérant aura l'obligation de fournir à l'Etat requis toutes les garanties probantes nécessaires afin d'assurer que l'extradition ne sera pas l'occasion de violations des droits garantis par l'article 3. Sur cette base, la Cour a déclaré irrecevables de nombreuses requêtes ¹⁰⁸⁶ ou bien a reconnu que les garanties de bonne foi et les assurances fournies par l'Etat défendeur étaient probantes et suffisantes. ¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸² Cour EDH, 7 juillet 1989, *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, § 88.

¹⁰⁸³ Ibid, § 111 : « *la très longue période à passer dans le "couloir de la mort" dans des conditions aussi extrêmes, avec l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale, et à la situation personnelle du requérant, en particulier son âge et son état mental à l'époque de l'infraction, une extradition vers les États-Unis exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3* ».

¹⁰⁸⁴ Voir à ce propos Labayle (H.), *Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour Européenne des droits de l'homme*, *JCP G*, 1990, I, 3452.

¹⁰⁸⁵ Les juges ont à juste titre reconnu que « *pareille décision peut soulever un problème au regard de l'article 3 (art. 3), donc engager la responsabilité d'un État contractant au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'État requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* », *ibid*, § 91.

¹⁰⁸⁶ Cour edh, 16 avril 2002, *Peñaflor Salgado c. Espagne*, décision sur la recevabilité, Cour edh, 16 octobre 2006, *Burga Ortiz c. Allemagne*, décision sur la recevabilité,

¹⁰⁸⁷ Cour edh, 4 février 2005, *Affaire Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, Cour edh, 10 août 2006, *Affaire Olaechea Cahuas c. Espagne*.

842. Qu'elle soit générale ou spécifique, la coopération est le pendant de l'obligation de poursuite. Les Etats ont pris conscience que sans coopération, la lutte contre la criminalité internationale serait inefficace ou altérée. En cela, le droit international impose et encadre toute une série de mécanismes et de procédures, afin de garantir l'entraide la plus énergique et la plus large possible. Il reviendra aux Etats de les mettre en œuvre et de les respecter, dans leurs relations mutuelles, afin de faciliter les poursuites pénales, dans l'optique d'une éventuelle répression. L'exemple de l'extradition est symptomatique de cette implication du droit international dans la théorie de la coopération. En effet, le droit international s'insinue dans les règles extraditionnelles, en imposant des limites à l'action de l'Etat, faisant de cette procédure une pratique de moins en moins souveraine et discrétionnaire.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER.

843. La mise en mouvement de l'appareil judiciaire est une étape primordiale et centrale de la chaîne répressive. Elle répond à l'établissement des compétences et annonce l'éventualité d'une répression. Par une telle opération l'Etat prend donc ses responsabilités vis-à-vis du droit international, et met tout en œuvre pour que le criminel soit traduit devant la justice. Les poursuites engagées en droit interne répondent à la nécessité de lutter contre l'impunité. Il en va de la crédibilité de l'Etat sur la scène internationale, ce qui lui impose un comportement irréprochable et exemplaire. S'il ne remplit pas son obligation de poursuite, il serait assimilé à un Etat refuge de criminel et verrait sa responsabilité engagée pour manquement à ses obligations internationales. Bien que les poursuites pénales demeurent de l'apanage exclusif des Etats, la souveraineté pénale se trouve une nouvelle fois atteinte, dans la mesure où le droit international préside au bon déroulement des procédures nationales.

844. Dans un même ordre d'idée, le droit international impose aux Etats une réelle obligation de coopération afin de lutter contre la criminalité et de favoriser les poursuites. Le choix de la coopération est traditionnellement un choix purement souverain. Or, une fois de plus, le droit international vient enjoindre les Etats à collaborer. Dès lors que le crime présente un certain degré d'extraterritorialité, une telle collaboration répond à un impératif de lutte efficace et effective contre la criminalité internationale. En effet, même si une telle coopération est imposée au mépris de la souveraineté, il n'empêche qu'elle constitue le meilleur moyen pour assurer une répression rapide et efficace.

TITRE SECOND.

LE CHOIX DE SANCTION PENALE : ENTRE RESPECT DE LA SOUVERAINETE INTERNE ET CONTRAINTES INTERNATIONALES.

845. L'ultime étape de la chaîne répressive, est celle qui voit le comportement prohibé sanctionné par l'Etat. En effet, arrive le moment où le criminel a été poursuivi et attend sa peine. C'est à cet endroit que le droit international reste, toute proportion gardée, le plus discret, laissant aux Etats une marge de manœuvre relativement large et importante, car punir reste de la compétence de l'Etat. Il n'empêche que le droit international pose des normes précises à respecter pour le choix et le prononcé de la sanction pénale nationale. Le législateur national est le destinataire privilégié de ces normes, le juge n'étant que l'exécutant des règles édictées par le droit interne. En effet, le droit international n'a pas franchi cette étape qui ferait du juge national le destinataire direct de règles répressives.

846. En dépit de l'absence avérée d'une réelle obligation de répression, l'Etat devra prendre ses responsabilités en fixant la sanction. La fixation de la sanction pénale est une alors étape cruciale. Pour une bonne administration de la justice, cette sanction doit être exemplaire, et répondre parfaitement à la philosophie et aux buts de la peine. Rechercher une sanction efficace répond donc à une série d'impératifs : la peine doit être suffisamment rétributive pour être dissuasive, mais n'est pas pour autant un acte entièrement souverain, car elle reste soumise à des préceptes imposés ou suggérés par le droit international. **(Chapitre I.)**

847. Dans un même ordre d'idées, le prononcé de la peine est gouverné tant par des règles nationales que par des règles internationales. En effet, il apparaît que la sanction prévue et prononcée doit refléter l'exacte responsabilité du criminel. A ce titre, des règles et des contraintes sont prévues, et s'imposent aux autorités nationales. **(Chapitre II.)**

CHAPITRE I : LA RECHERCHE D'UNE SANCTION EFFICACE.

848. Une fois que les poursuites ont débouché sur un jugement, si peine il doit y avoir, celle-ci doit répondre pleinement à la nécessité de répression des crimes. Le droit international prescrit que la sanction doit avant tout être efficace. Or, la nature même de la société internationale fait que cette obligation a pour titulaire les Etats, puisque l'efficacité de la dite sanction et son choix ne peuvent passer que par l'ordre juridique national. (**Section 1.**) En revanche, le droit international n'est pas complètement étranger au choix de la sanction, puisqu'il se fait, en la matière, de plus en plus intrusif. (**Section 2.**)

SECTION 1 : UNE EFFICACITE DE LA SANCTION PASSANT PAR L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL.

849. L'obligation de répression n'est pas explicitement consacrée en droit international. Tout au long du processus de criminalisation, l'Etat perd du terrain quant à l'exercice de sa souveraineté pénale. Or, dans ce cas précis, force est de constater que l'Etat se retrouverait dans une situation ambivalente, puisque d'un côté, le droit international le contraindrait à réprimer les crimes commis, au nom d'une réelle obligation de répression, (§ **I.**) mais de l'autre lui laisserait une certaine latitude nationale quant à l'élaboration législative de ses pratiques répressives. (§ **II.**)

§. I. L'identification d'une réelle obligation de répression.

850. Face au silence du droit international en la matière, il est apparu nécessaire de s'interroger sur l'existence réelle d'une obligation de répression. En effet, une telle obligation se déduirait du droit international même, lorsqu'il impose aux Etats d'incriminer, d'établir leur compétence et de poursuivre. Cette obligation, implicite, serait une obligation inconditionnelle, (**A.**) à destination exclusive des Etats. (**B.**)

A. Une obligation inconditionnelle de répression.

851. L'obligation de répression qu'imposerait le droit international constitue l'obligation ultime, l'aboutissement de toute la chaîne répressive internationale. (1.) Si les Etats ne respectent pas les prescriptions ainsi posées, ne risquent-ils pas de voir engagée leur responsabilité internationale ? (2.)

1. L'obligation ultime.

852. Le droit international n'a pas osé franchir ce dernier cap souverain, en imposant une réelle obligation de répression. Toutefois, bien que celle-ci ne soit pas explicitement prévue par le droit international, elle se déduit de la nature même des textes, de leur contenu et des obligations qui en découlent. (a.) Elle constitue finalement une réelle obligation positive de résultat. (b.)

a. Une obligation implicite.

853. L'obligation de poursuite, telle qu'initiée par le droit international, impose à l'Etat de mettre en marche son appareil judiciaire afin de juger le criminel en cause. Or, au nom de l'équité de la justice, il est évident que poursuite ne signifie pas condamnation et que la répression ne peut être automatique. Cependant, la lutte contre l'impunité demeure l'élément essentiel et fondamental à prendre en considération afin d'instaurer une réelle obligation de répression. C'est notamment la raison pour laquelle le Préambule du *Statut de la Cour pénale internationale* précise qu'

« il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux »,

et d'ajouter de surcroît que

« les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national ».

854. Cependant, face au rempart de la souveraineté pénale étatique, le droit international ne s'est pas résolu explicitement à imposer aux Etats une réelle obligation de condamnation. Il ne fait que poser les bases, de plus en plus contraignantes, d'un certain système répressif national, mais n'a pas franchi le cap irréversible de contraindre pleinement les Etats à réprimer. Il ne fait qu'imposer l'incrimination, l'établissement de la compétence pénale et l'engagement des poursuites. Seulement, force est de constater que plusieurs éléments militent en la faveur d'une réelle reconnaissance pleine et entière d'une obligation implicite de répression à la charge des Etats. En effet, le silence du droit conventionnel ne signifie pas défaut d'obligation de répression et de condamnation. Comme l'a remarqué le juge Ranjeva dans sa déclaration annexée à l'arrêt Yérodi de la Cour internationale de justice,

*« l'évolution du droit pénal conventionnel, dans les dernières décennies, s'est orientée vers la consécration de l'obligation de réprimer ».*¹⁰⁸⁸

855. Quels seraient ces éléments qui sous-entendraient l'existence d'une réelle obligation de répression et de condamnation ? Le plus probant est sans aucun doute l'existence d'une obligation d'incrimination. En effet, le droit international se fait de plus en plus contraignant à l'égard des Etats, passant d'une simple habilitation à une réelle obligation d'incrimination. En conséquence, imposer aux Etats d'adopter des peines efficaces et sévères en modifiant leur législation interne, laisse augurer une réelle prise en compte du crime en cause devant les juridictions nationales, aboutissant à une répression certaine et efficace. La doctrine a d'ailleurs reconnu à ce propos que *« la menace d'une peine corroborant l'interdiction des comportements définis est inscrite dans la norme internationale »*.¹⁰⁸⁹

856. Dans un même ordre d'idée, l'engagement obligatoire de poursuites pénales en droit interne répond à l'impératif de lutte contre l'impunité posé en droit international. L'abandon croissant de l'opportunité des poursuites au profit de la légalité des poursuites, milite en la faveur d'une reconnaissance de l'obligation de répression, puisque rendre les poursuites obligatoires appelle à envisager une condamnation réelle. De même, le droit conventionnel fait de la recherche de la responsabilité pénale individuelle l'un des

¹⁰⁸⁸ C.I.J., *Affaire du mandat d'arrêt*, op. cit., Déclaration de M. Ranjeva, *Rec* 2002, p. 57, § 7.

¹⁰⁸⁹ Martin (J.C.), *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, op. cit., p. 125.

éléments centralisateurs de la lutte contre l'impunité, limitant notamment les excuses de l'ordre supérieur ou tout autre circonstance atténuante susceptible de rentrer en considération. Or, la recherche et la sanction de la responsabilité pénale seront manifestement plus efficaces si elles aboutissent à une condamnation. Enfin, il est évident que l'accroissement de la reconnaissance du recours à la compétence universelle laisse supposer que l'Etat qui s'est reconnu compétent pour connaître du crime et le poursuivre, le punira.

857. Pour illustrer ces propos, il est possible de se référer à l'exemple évocateur de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*. Dès son Préambule, la Convention confère au crime de disparition forcée un caractère d'extrême gravité, pouvant même, dans l'absolu, être qualifié de crime contre l'humanité.¹⁰⁹⁰ Ensuite, vient l'étape de l'obligation d'incrimination¹⁰⁹¹, puis celle de la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle¹⁰⁹², l'étape de l'adoption nécessaire de peines sévères¹⁰⁹³ et enfin celle de l'établissement obligatoire des compétences pénales.¹⁰⁹⁴ Or malgré l'absence explicite d'obligation de condamnation, il est évident qu'au regard de l'engagement des poursuites, de la gravité du crime en cause associée aux obligations précédemment étudiées, il ne semble plus faire de doute que le

¹⁰⁹⁰ Les Etats parties à la Convention se disent « conscients de l'extrême gravité de la disparition forcée, qui constitue un crime et, dans certaines circonstances définies par le droit international, un crime contre l'humanité ».

¹⁰⁹¹ Article 4 « Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour que la disparition forcée constitue une infraction au regard de son droit pénal ».

¹⁰⁹² Article 6 « 1. Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsable au moins : a) Toute personne qui commet une disparition forcée, l'ordonne ou la commande, tente de la commettre, en est complice ou y participe; b) Le supérieur qui : i) Savait que des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs commettaient ou allaient commettre un crime de disparition forcée, ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement; ii) Exerçait sa responsabilité et son contrôle effectifs sur les activités auxquelles le crime de disparition forcée était lié; et iii) N'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer la commission d'une disparition forcée ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. c) L'alinéa b) ci-dessus est sans préjudice des normes pertinentes plus élevées de responsabilité applicables en droit international à un chef militaire ou à une personne faisant effectivement fonction de chef militaire. 2. Aucun ordre ou instruction émanant d'une autorité publique, civile, militaire ou autre, ne peut être invoqué pour justifier un crime de disparition forcée ».

¹⁰⁹³ Article 7 : « Tout Etat partie rend le crime de disparition forcée passible de peines appropriées qui prennent en compte son extrême gravité ».

¹⁰⁹⁴ Article 9 : « 1. Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée : a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous sa juridiction ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet Etat; b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est l'un de ses ressortissants; c) Quand la personne disparue est l'un de ses ressortissants et que cet Etat partie le juge approprié. 2. Tout Etat partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée quand l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction, sauf si ledit Etat l'extrade, ou le remet à un autre Etat conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence ».

droit international imposerait aux Etats une réelle obligation de condamnation. De plus, lorsque le crime est d'origine coutumière, cette obligation est d'autant plus identifiable que les crimes concernés, tel le crime contre l'humanité, sont d'une telle gravité et d'une telle ampleur qu'ils appellent à coup sûr une répression effective.

b. Une obligation positive de résultat.

858. L'obligation de répression ainsi posée est donc une obligation implicite, dont la valeur nécessite cependant d'être clarifiée. En effet, quelle valeur peut-on accorder à une obligation implicite posée en droit international sans heurter la souveraineté nationale et les sensibilités étatiques ? Les points de vue divergent à ce propos. La Cour internationale de justice a reconnu aux droits issus de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* une valeur *erga omnes* puisque

« les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. (...) Dans une telle Convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention ».¹⁰⁹⁵

859. Donc, fort logiquement, une telle position vaudrait pour l'obligation de répression induite dans la Convention. En revanche, appliquer une telle solution à d'autres Conventions répressives ou protectrices des droits fondamentaux pourrait être certainement excessif, dans la mesure où l'obligation solidaire et l'intérêt à agir ne sont certainement pas aussi facilement identifiables qu'en matière de lutte contre le génocide.

860. Si l'on s'en tient à la position de la Cour, un tel *obiter dictum* pourrait être retenu pour les droits issus des Conventions réprimant les crimes les plus graves, assurant *ipso facto* à l'obligation de répression une valeur universelle. Ceci vaudrait notamment pour le crime de torture ou de disparitions forcées. En revanche, en ce qui concerne les autres Conventions, force est de constater que le volontarisme et la qualité de partie viendraient

¹⁰⁹⁵ CIJ, avis consultatif du 28 mai 1951, *Rec CIJ*, op. cit., p. 23. Ce principe est rappelé ultérieurement dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, op. cit.

limiter le caractère même de l'obligation, puisqu'une telle obligation ne vaudrait qu'à l'encontre de l'Etat partie, au mieux, sous condition de réciprocité, entres plusieurs Etats contractants.¹⁰⁹⁶ Toujours est-il qu'en imposant aux Etats parties une obligation de répression, le droit international leur impose une réelle obligation positive, certes implicite, de résultat : celle de sanctionner efficacement et effectivement les crimes commis et les atteintes aux droits garantis. A défaut d'une telle répression nationale, les Etats pourraient voir engagée leur responsabilité internationale pour violation de leur obligation conventionnelle.

2. Le spectre de la responsabilité internationale.

861. Dès lors qu'une obligation internationale doit être exécutée de bonne foi, si un Etat ne répond pas à l'obligation implicite de répression induite par le droit international, il risque de voir sa responsabilité engagée. Cette violation d'une obligation internationale à laquelle il a souscrit est d'autant plus grave, qu'en en qui concerne l'obligation de répression, les Etats sont face à une obligation de résultat. En effet, dès lors que l'Etat est titulaire d'une telle obligation, il est de son devoir de l'honorer. A défaut, il se rendrait coupable de violation manifeste et caractérisée.

862. La Commission du droit international privilégie une approche large de la notion de violation des obligations internationales, dans la mesure où elle se réfère aussi bien aux obligations issues du droit conventionnel que celles s'imposant aux Etats selon le droit coutumier. En effet, le projet de 2001 dispose qu'

*« il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci ».*¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁶ Tout au plus, face au silence du Traité, c'est la jurisprudence qui prendra le relais en imposant aux Etats de sanctionner pénalement les atteintes aux droits garantis. Tel est le cas en ce qui concerne les droits fondamentaux et les atteintes notamment au droit à la vie qui doivent être pénalement sanctionnées et réprimées en droit interne, alors même que la Convention ne fait que garantir le droit à la vie et n'a aucune ambition répressive. Voir en cela les développements consacrés dans le premier Titre de ce travail à l'incrimination par interprétation jurisprudentielle.

¹⁰⁹⁷ Commission du droit international, Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, *Ann CDI*, 2001, article 12.

863. Comme il l'a été remarqué dans le commentaire de cette disposition, « *la violation d'une obligation internationale consiste dans le manque de conformité entre le comportement requis de l'État par cette obligation et celui qu'il a effectivement adopté - c'est-à-dire, entre les exigences du droit international et les faits en cause* ». ¹⁰⁹⁸ Parmi ces obligations se trouvent donc celles prescrites par le droit international pénal, et notamment celle de réprimer effectivement les crimes incriminés. ¹⁰⁹⁹

864. Ainsi, en ce qui concerne les quatre Conventions de Genève, de l'obligation générale de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire, il faut déduire que « *les Etats ont la responsabilité collective de rechercher et de réprimer pénalement les auteurs d'infractions graves au droit international humanitaire commises sur leur territoire mais aussi sur le territoire des autres Etats* ». ¹¹⁰⁰ Les Conventions, posent comme obligation absolue de poursuivre et de réprimer les auteurs des infractions graves. Cette obligation est tellement absolue qu'elle ne bénéficie d'aucune exonération puisqu'

« aucune Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre Partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions prévues ». ¹¹⁰¹

865. En conséquence, si la répression fait défaut ou bien si elle est imparfaitement menée à terme, l'Etat irait à l'encontre de ses obligations et pourrait voir sa responsabilité engagée, d'autant plus que les droits et obligations issus des Conventions sont des normes coutumières, intéressant tout Etat. ¹¹⁰²

866. La Serbie s'est vue récemment condamnée par la Cour internationale de justice, sur la base de la Convention de 1948, non pas pour génocide, mais pour manquement à ses obligations conventionnelles. Bien que

¹⁰⁹⁸ Rapport Crawford, p. 132.

¹⁰⁹⁹ Le projet de 2001 est beaucoup plus étoffé que celui de 1996 qui prévoyait qu' « *il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation* », *Ann CDI*, 1996, vol II, p. 64.

¹¹⁰⁰ Dieng (A.), *op. cit.*, p. 320.

¹¹⁰¹ Article 51 de la *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, article 52 de la *Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, article 131 de la *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre*, article 148 de la *Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*.

¹¹⁰² Ce principe a notamment été confirmé par la Cour internationale de justice, CIJ, 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec* 1986.

« la Cour conclut (...) que les parties contractantes à la Convention sont tenues de ne pas commettre de génocide à travers les actes de leurs organes ou des personnes ou groupes dont les actes leur sont attribuables », ¹¹⁰³

les juges n'ont pas osé reconnaître directement la responsabilité personnelle de l'Etat serbe dans le génocide bosniaque. En revanche, la Cour a reconnu la responsabilité de la Serbie pour manquement à son obligation conventionnelle issue de l'article 1^{er} de la Convention, à savoir manquement à l'obligation de prévention et de répression. Eu égard au but et à l'objet de la Convention, la Serbie n'a pas agi avec toute la diligence requise qui aurait voulu que soient pleinement et efficacement punis, en droit interne, les auteurs du génocide. Or, au-delà d'une stricte responsabilité individuelle, il ne fait aucun doute que cette affaire fait ressurgir la notion de crime d'Etat, susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier. Le raisonnement des juges est ambigu. En effet, eu égard à la définition du génocide, ils se sont référés à la responsabilité individuelle pour établir la responsabilité étatique. La responsabilité individuelle de l'individu pour génocide devient le vecteur de la responsabilité internationale de l'Etat serbe pour génocide. Cependant, la Cour ne s'est pas aventurée sur ce terrain pénal, qui n'entre pas dans ses compétences propres. Elle a préféré une approche strictement juridique de la cause, comme le prévoit la clause compromissoire de l'article IX, ce qui a fait dire à la doctrine que « *ce jugement, aussi exceptionnel qu'il soit, demeure une affaire de responsabilité d'Etat, pas celle d'individus criminels* ». ¹¹⁰⁴ En conséquence, ne pouvant juger *ultra petita*, la Cour s'est contentée d'apprécier les faits au regard des seules obligations conventionnelles serbes. ¹¹⁰⁵

867. Quelle forme peut donc prendre la condamnation d'un Etat pour non-respect de ses obligations internationales ? Il est évident que l'Etat dont la responsabilité a été mise en cause devra réparer le préjudice causé en prenant acte de sa condamnation et appliquant l'obligation souscrite. Plus le crime sera grave, plus la sanction pour non respect des obligations internationales sera importante. Dans le cas précis des crimes internationaux, le non respect des obligations conventionnelles ou coutumières peut être assimilé à une atteinte caractérisée à la paix et la sécurité internationales. Il en ressort que les Etats

¹¹⁰³ CIJ, 26 février 2007, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, § 167, *Rec.*, 2007.

¹¹⁰⁴ Dupuy (P.M.), *Crime sans châtement, ou mission accomplie*, *R.G.D.I.P.*, 2007, p. 244.

¹¹⁰⁵ Voir à ce propos, Gaeta (P.), *Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle*, *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 273 et s.

réfractaires seraient passibles de sanctions prises, par le Conseil de sécurité, sur la base du Chapitre 7 de la Charte des Nations Unies, car la non répression en droit national d'un crime international n'est rien d'autre qu'un moyen de favoriser l'impunité et peut être lourde de conséquences au regard du maintien de la paix.¹¹⁰⁶

B. L'intervention nationale dans l'obligation de répression.

868. Lorsqu'il est question de réprimer un crime dénoncé en droit international, il convient d'appliquer le principe selon lequel la répression nationale, par le biais du canal étatique est la règle, (1.) tandis que la répression internationale demeure une dérogation exceptionnelle. (2.)

1. Obligation de répression et canal étatique.

869. Il a été précisé que la répression des crimes, au nom de la souveraineté, passe par le seul canal étatique. Dans cette optique, deux théories ont été reprises ou adaptées à la situation : celle du mur étatique (a.) et celle du dédoublement fonctionnel. (b.)

a. Le concept du mur étatique.

870. Seul l'Etat est à même de connaître de la répression des crimes prohibés en droit international.¹¹⁰⁷ En effet, en raison de la nature même de la société internationale, la répression des crimes dénoncés en droit international ne peut se faire que par le canal étatique. Le défaut de caractère *self executing* de la plupart des Conventions internationales, fait que la répression se heurterait à un mur étatique, qui empêcherait l'application de la norme internationale. En conséquence, seule une norme nationale rendra effective en droit interne la norme internationale, donnant par là même à l'ordre juridique national une compétence exclusive en terme de répression.

¹¹⁰⁶ Les sanctions prises contre la Libye suite à l'affaire de Lockerbie étaient de celles-ci, étant notamment reproché à la Libye de ne pas avoir rempli ses obligations internationales en ne jugeant pas ses nationaux terroristes.

¹¹⁰⁷ La doctrine a reconnu à ce propos que « *l'Etat n'est jamais absent dans les droits nationaux contemporains car c'est par le bras de son appareil de justice (...) que la sanction est prononcée* », Chemillier-Gendreau (M.), La notion de sanction en droit international, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 117.

871. Hans Kelsen, avait remarqué en son temps que « *comme le droit international est dépourvu d'organes spéciaux pour remplir les fonctions législatives, judiciaires et administratives, ces fonctions sont remplies par les membres eux-mêmes de la communauté juridique. Quand le droit international général prévoit des actes de contrainte à titre de sanction, il autorise les Etats intéressés à exécuter ces actes selon le principe de la justice privée* ». ¹¹⁰⁸ Kelsen privilégie ainsi le recours à l'ordre juridique national afin de pallier aux défaillances de l'ordre international à réprimer les comportements prohibés. Bien que sa théorie soit générale, elle s'applique logiquement à la répression spécifique des crimes, tel que le prévoit le droit international. C'est ainsi que la norme nationale d'incrimination vient compléter et rendre effective la norme internationale, ce qui a fait dire à certains auteurs que « *la répression par les Etats doit alors s'analyser comme le vecteur en droit interne d'intérêts supranationaux* » ¹¹⁰⁹, car il est acquis que l'effectivité des règles pénales internationales ne sera pleinement garantie qu'en passant par le relais des droits nationaux. Dès lors, il devient évident que « *l'Etat n'est jamais absent (...) car c'est par le bras de son appareil de justice que la sanction est prononcée, la légalité rétablie, la réparation précisée et la peine fixée* ». ¹¹¹⁰

872. L'Etat apparaît donc comme le facteur central et incontournable de la répression des crimes. Conscients de leur mission, les Etats se sont érigés en juge protecteur de la communauté internationale, ce que la Cour pénale internationale semble avoir confirmé, puisque

« les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale » ¹¹¹¹,

précisant davantage une réelle obligation de résultat en la matière selon laquelle

¹¹⁰⁸ Kelsen (H.), *Théorie du droit international public*, R.C.A.D.I, 1953, vol 84, p. 32.

¹¹⁰⁹ Fichet-Boyle (I.), Mossé (M.), *op. cit.*, p. 878.

¹¹¹⁰ Chemillier-Gendreau (M.), *La notion de sanction en droit international*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 117.

¹¹¹¹ Préambule du Statut de la Cour pénale internationale.

« il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ». ¹¹¹²

b. Une adaptation de la théorie du dédoublement fonctionnel.

873. La thèse du dédoublement fonctionnel est une théorie qui est applicable en l'espèce à l'intervention des Etats dans la répression des crimes incriminés par le droit international. Initiée par Georges Scelle, cette doctrine veut que « *dans l'ordre interétatique où il n'existe pas de gouvernants et agents spécifiques internationaux, les agents et gouvernants étatiques qui les remplacent sont investis d'un double rôle. Ils sont agents et gouvernants nationaux lorsqu'ils fonctionnent dans l'ordre juridique étatique ; ils sont agents et gouvernants internationaux lorsqu'ils agissent dans l'ordre juridique international. C'est ce que nous appelons la loi fondamentale du dédoublement fonctionnel* ». ¹¹¹³ Selon le dédoublement fonctionnel, les agents de l'Etat agissent aussi bien au plan interne qu'international, et par extension, l'Etat agit aussi bien en tant que membre de la communauté internationale qu'en tant qu'entité souveraine. L'absence d'une structure internationale supérieure conduit donc les Etats à se substituer à la communauté internationale afin de rendre effectives en droit national les incriminations et la répression. En assurant la répression, les Etats deviennent les agents d'exécution du droit international, agissant au nom de la communauté internationale.

874. La doctrine a ressuscité la théorie de Georges Scelle au regard de la compétence des juridictions nationales pour connaître des crimes internationaux. Dans un premier temps, l'absence d'une Cour pénale internationale permanente donnait au juge national compétence pour connaître et réprimer ces crimes, au nom de la compétence universelle. Ainsi, « *lorsque les tribunaux internes établissent leur compétence (...), ils interviennent non seulement au nom de la défense des intérêts individuels de l'Etat du lieu d'arrestation mais aussi au nom de la défense des intérêts de la communauté* ». ¹¹¹⁴ En tant que tels, les Etats se voient contraints de connaître des crimes en cause et de les réprimer. Dans un second temps, malgré l'existence de la Cour pénale internationale, la règle du dédoublement fonctionnel reste d'actualité, car la Cour est une juridiction complémentaire reposant sur la règle *Pacta sunt servanda*. La place des Etats quant à la répression des

¹¹¹² Ibid.

¹¹¹³ Scelle (G.), Règles générales du droit de la paix, *R.C.A.D.I.*, 1933, vol 46, p. 358.

¹¹¹⁴ Bigouma (N.), op. cit, p. 37.

crimes internationaux reste donc prioritaire, obligatoire et fondamentale, la Cour n'intervenant qu'en cas de défaillance de l'ordre juridique national.

2. L'existence limitée de peines strictement internationales.

875. Le droit international est avant tout un droit interétatique, ne régissant que l'organisation de la société internationale, au travers de ses acteurs principaux, Etats et organisations internationales. L'une des caractéristiques essentielles de cette société internationale est l'absence de législateur international, unique et universel, qui en régirait l'organisation. A défaut, le droit international ne pourra pas prescrire directement de sanctions pénales, laissant cette prérogative à l'appréciation souveraine du législateur national.¹¹¹⁵

876. Il semble qu'une seule tentative de prescription aux Etats de sanctions pénales, par le droit international général, ait vu le jour mais échoua face aux réticences souveraines des Etats. Encore l'était-elle dans un projet de la Commission du droit international. En effet, le *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* de 1996 prescrivait aux Etats une obligation de punir les auteurs de faits internationalement illicites qui pouvaient engager la responsabilité des Etats. Au titre des satisfactions accordées à l'Etat lésé, se trouvait celle de la punition du responsable. En effet, il était prévu que,

*« l'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite une satisfaction pour le dommage (...) la satisfaction peut prendre une ou plusieurs des formes suivantes : (...) si le fait internationalement illicite résulte de fautes graves d'agents de l'Etat ou d'agissements criminels d'agents de l'Etat ou de personnes privées, une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou leur châtement ».*¹¹¹⁶

¹¹¹⁵ Ce qui a fait dire à la doctrine: «sanctions- mais...est-ce qu'il y en a en droit international ? », Nahlik (S.E.), Le problème des sanctions en droit international humanitaire, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 469.

¹¹¹⁶ Art 45, *Ann CDI*, 1996, p. 67.

877. Retenir parmi les satisfactions des formes contraignantes telle le châtement du responsable revient à reconnaître une réelle obligation de répression et à imposer aux Etats l'adoption de sanctions pénales, dans le but de punir directement ces auteurs de faits internationalement illicites. Or, ce point de vue ne fut pas retenu, les Etats n'étant, ni prêts ni enclins, à se défaire à l'époque d'une parcelle de souveraineté pénale.¹¹¹⁷

878. En revanche, dans une optique bien spécifique, les seules sanctions pénales strictement internationales à avoir été instaurées, l'ont été par le Conseil de sécurité, dans le cadre des deux Tribunaux pénaux internationaux. En effet, les deux Tribunaux sont dégagés de toute intervention et contrainte étatique dans le prononcé de la peine et sont, de ce fait, habilités à prononcer des sanctions pénales. Le Conseil de sécurité a agi en fait et place d'un législateur, en prévoyant lui-même des sanctions pénales effectives, efficaces et appropriées. Eu égard à la nature des Tribunaux, les sanctions pénales prononcées sont bel et bien des sanctions internationales, bien qu'inspirées des peines nationales. Le Statut du Tribunal de la Haye dispose donc à ce propos que

« 1. La Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement. Pour fixer les conditions de l'emprisonnement, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie.

2. En imposant toute peine, la Chambre de première instance tient compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction et la situation personnelle du condamné.

3. Outre l'emprisonnement du condamné, la Chambre de première instance peut ordonner la restitution à leurs

¹¹¹⁷ C'est la raison pour laquelle le projet de 2001 se veut moins polémique en rejetant la possibilité de châtement du coupable au titre des satisfactions. L'article 37 dispose ainsi que « 1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation. 2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée. 3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable », Ann CDI, 2001.

*propriétaires légitimes de tous biens et ressources acquis par des moyens illicites, y compris par la contrainte ».*¹¹¹⁸

§. II. L'implication du législateur national dans la mise en œuvre de la sanction pénale.

879. Comme l'a remarqué Hans Kelsen, « *l'existence d'un crime ne dépend pas de l'exécution effective de la peine, mais du fait qu'une peine est prévue par le droit, que quelqu'un est autorisé ou obligé de punir le criminel* ». ¹¹¹⁹ Le droit international, bien qu'il ne prescrive pas de peines, influe sur l'action du législateur, dans la mesure où celui-ci doit s'accorder avec des règles et des principes posés à un niveau supra-étatique. Mais le législateur reste seul compétent pour prescrire librement une peine, d'autant que « *dans le schéma classique du fonctionnement des institutions, le législateur fait la loi, le juge l'applique* ». ¹¹²⁰ Le choix d'une sanction correspondant à une obligation de résultat, le principe de la légalité des peines doit être respecté, (A.) même si la liberté accordée au législateur en la matière ne semble pas si absolue. (B.)

A. Le respect de la légalité des peines.

880. Si l'on devait effectuer un classement parmi les principes régissant le droit pénal, il ne fait aucun doute que le principe de la légalité occuperait la première place, tant par sa valeur que par son importance. Inhérent à tout Etat de droit, la légalité est une règle garantissant une liberté souveraine du législateur pour élaborer la peine. (1.) Bien que le droit international n'ait pas consacré la légalité de la peine, il n'a pas manqué de voir en cette règle une véritable garantie de justice. (2.)

¹¹¹⁸ Article 24 du Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie. L'article 23 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda dispose de la même façon que « *1. La Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement. Pour fixer les conditions de l'emprisonnement, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux du Rwanda. 2. En imposant toute peine, la Chambre de première instance tient compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction et la situation personnelle du condamné. 3. Outre l'emprisonnement du condamné, la Chambre de première instance peut ordonner la restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens et ressources acquis par des moyens illicites, y compris par la contrainte* ».

¹¹¹⁹ Kelsen (H.), *R.C.A.D.I.*, 1953, vol. 84, op. cit, p. 38.

¹¹²⁰ Du Mesnil du Buisson (G.), *Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine*, *R.S.C.*, 1998, p. 256.

1. Une liberté souveraine du législateur pour élaborer la peine.

881. Selon l'adage classique, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, aucun crime ni peine y afférant ne peut exister sans qu'une loi ne l'ait prévu. Ce socle de l'édifice pénal trouve son origine dans le souci de lutter contre l'arbitraire judiciaire, les disparités aussi bien territoriales que sociales, ainsi que l'impunité. Sous son aspect légalité des peines, ce principe prescrit le droit de n'être puni qu'en vertu d'une loi, la sanction devant être légalement établie. (a.) Il en découle une liberté du législateur quant à l'établissement de l'échelle des peines. (b.)

a. Des peines obligatoirement et strictement prévues par la loi.

882. C'est à la loi seule qu'il appartient de définir les infractions et d'en préciser les sanctions, la loi demeurant l'expression unique de la volonté générale. Le droit international consacre certes la légalité des délits, mais ne pénètre pas dans la légalité des peines, laissant au législateur le soin de les établir, se bornant à en faire le destinataire de prescriptions, somme toute générales. Ainsi, le principe de la légalité des peines impose au législateur de créer des sanctions pénales justes et adéquates, à charge au juge de les respecter et de les appliquer.¹¹²¹

883. Nombreuses sont les constitutions nationales qui reconnaissent logiquement et explicitement le principe de la légalité des peines. Ainsi, la Constitution grecque en son article 5 alinéa 3 dispose que,

¹¹²¹ On trouve les prémices de ce principe chez Montesquieu, mais celui qui va en être le grand penseur demeure Cesare Beccaria. Le grand intérêt du Traité de Beccaria est qu'il englobe en un seul texte les pensées de son auteur sur le droit pénal, et non comme ses prédécesseurs sur des points bien précis. Il a véritablement développé l'idée, en la généralisant, que le droit pénal se fonde sur la loi. Donc, les incriminations doivent être fixées par la loi et non découvertes par le juge. Les peines doivent également être fixées par la loi, « *seules les lois peuvent fixer les peines qui correspondent aux délits. Ce pouvoir ne peut être détenu que par le législateur qui représente toute la société réunie par un contrat social* » (Chapitre 3). En prônant l'unification des incriminations et son corollaire, l'unité des peines, Beccaria va poser les bases du système pénal contemporain et de l'état de droit. En effet, un tel principe a pour conséquence qu'aucun système juridique fondé sur le respect du droit ne pourra s'en exonérer, au risque de devenir dictatorial. Cette légalité des délits et des peines peut aussi être considérée comme la traduction d'une certaine confiance légitime entre l'individu et son système judiciaire. Dès lors que les incriminations et les peines sont légalement posées, l'individu n'aura plus à souffrir d'un sentiment d'impunité ou d'injustice. En contre partie de cette reconnaissance, à l'image du droit interne français, l'individu ne pourra se prévaloir de sa méconnaissance de l'application du principe de la légalité puisque nul n'est censé ignorer la loi.

« nul n'est poursuivi, arrêté, emprisonné ou soumis à d'autres contraintes que dans les cas et selon les conditions déterminées par la loi ».

De même, l'article 14 de la Constitution belge énonce que

« nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

Selon l'article 28 de la Constitution slovène,

« nul ne peut être condamné pour un acte que la loi n'a pas défini comme étant répréhensible, et pour lequel elle n'a pas prescrit de peine ».

Enfin, l'article 38 de la nouvelle Constitution cambodgienne qui, bien que rédigé de façon singulière, n'en reconnaît pas moi le principe puisqu'il est prévu que

« l'accusation, l'arrestation, la garde à vue ou la détention d'un individu ne pourront être exécutées que conformément aux dispositions légales ».

884. Les différentes législations pénales reprennent bien évidemment ce principe directeur. Le code pénal suisse dispose en son article 1 que

« nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi ».

L'article 111-3.2 du Code pénal français dispose que

« nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

Une disposition similaire se retrouve dans l'article premier du Code pénal tunisien, puisque

« nul ne peut être puni qu'en vertu d'une disposition d'une loi antérieure ».

dans l'article 2 du nouveau Code pénal de la République du Vietnam énonçant que

« nul ne peut être poursuivi au pénal pour une infraction qui n'est pas prévue expressément par le Code pénal »,

ou bien encore dans l'article 3 du Code pénal russe disposant que

« le caractère délictueux d'un acte et la sanction qui s'y attache, sont définis exclusivement par le présent Code ».

b. Le libre choix de l'échelle des peines.

885. Selon le principe de la légalité des peines, le législateur national sera le seul compétent pour déterminer souverainement l'échelle des peines applicables. Cette liberté dans le choix de la peine à adopter traduit pleinement l'autonomie procédurale de l'ordre juridique national par rapport au droit international. Celui-ci ne s'est pas risqué sur le terrain de la légalité des peines. Les Etats n'auraient pas accepté de se voir imposer, directement, une typologie de sanctions pénale.¹¹²²

886. En conséquence, force est de constater que la souveraineté pénale de l'Etat ne se trouverait que moyennement atteinte, le législateur restant maître de l'ordonnancement des sanctions nationales.¹¹²³ Il est donc, en principe, souverainement libre de décider de la forme et de l'ampleur de la sanction, pour un crime donné. De plus, le libre choix de l'échelle des peines se concilie avec les traditions juridiques propres aux Etats et explique, en dehors des ordres juridiques intégrés, telle l'Union européenne, les disparités et le manque d'harmonisation pouvant exister entre les Etats.

887. Pour illustrer cette liberté du législateur dans le choix de l'échelle des peines, il est possible d'étudier le cas de deux Etats aux traditions juridiques diamétralement opposées, la France et la Mauritanie. En matière de peines criminelles, les unes sont teintées de droits

¹¹²² En de très rares occasions, le droit international s'est aventuré, extrêmement prudemment, sur ce terrain en prescrivant aux Etats le recours à des peines particulières. Outre la Convention de Mannheim qui prescrit des amendes précises aux Etats, la *Convention pour la répression du trafic illicite de drogues nuisibles* du 26 juin 1936 suggérait aux Etats de prévoir notamment la peine de prison. Il ne s'agissait en l'espèce que d'une simple habilitation à prévoir de telles peines, *cf infra*. Autre exemple, la *Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique* du 3 juillet 1977, habilite les Etats à recourir éventuellement à la peine de mort. Le texte ne prescrit pas le recours à la peine capitale, il l'autorise simplement. *cf infra*.

¹¹²³ Pour exemple, la Constitution française stipule en son article 34 que « *la loi fixe les règles concernant (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* ».

fondamentaux et de laïcité, les autres inspirées par la loi religieuse et les rites tribaux, mais elles répondent parfaitement à cette exigence que seul le législateur a compétence pour établir les peines. D'un côté, le législateur français a prévu une échelle générale des peines, strictement basée sur des mesures privatives de liberté, puisque,

*« les peines criminelles encourues par les personnes physiques sont : 1° La réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité ; 2° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de trente ans au plus ; 3° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de vingt ans au plus ; 4° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de quinze ans au plus. La durée de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps est de dix ans au moins ».*¹¹²⁴

888. Le Code pénal mauritanien, quant à lui, largement inspiré de la loi islamique, outre des peines privatives de liberté prévoit également des peines corporelles, au fondement parfaitement légal. La loi mauritanienne dispose ainsi que,

*« les peines en matière criminelle sont ou afflictives et infamantes ou seulement infamantes »*¹¹²⁵,

précisant que,

*« la mort, l'amputation, la flagellation, les travaux forcés à perpétuité, les travaux forcés à temps, la réclusion sont des peines afflictives et infamantes ».*¹¹²⁶

889. Or de telles peines respectent scrupuleusement le principe de la légalité et la liberté de l'échelle des peines, puisque

*« nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi ».*¹¹²⁷

¹¹²⁴ Article 131-1 du Code pénal français.

¹¹²⁵ Article 6 du Code pénal mauritanien.

¹¹²⁶ Ibid, article 7. Ainsi, notons que la consommation d'alcool est punie de quatre vingt coups de fouets (article 341), tandis que les atteintes aux moeurs religieuses seront, selon la gravité, puni de peines sévères, allant de l'amende, à l'emprisonnement ou la lapidation, voire, dans certains cas, la peine de mort. (articles 306 et s.)

890. Dans un cas bien plus spécifique, celui de la répression du crime de génocide, les deux approches nationales divergent. Ainsi, le législateur français a spécifiquement prévu une disposition nationale réprimant le crime de génocide de la réclusion criminelle à perpétuité¹¹²⁸, tandis que son homologue mauritanien n'en a pas disposé, le génocide étant, en principe, puni selon les règles de droit commun relatives à l'homicide.¹¹²⁹

2. Une garantie de justice reconnue par le droit international.

891. Le principe de la légalité a été repris par les normes internationales, en tant que garantie de justice. Au-delà d'un droit strictement interne, il est avant tout un droit de l'homme, dont il appartient à l'Etat d'assurer le respect. Nombreux sont ainsi les grands textes protecteurs des droits de l'homme qui en font état. Le premier texte à avoir véritablement énoncé cette légalité est la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789 qui, en son article 7 retient que

« nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrite ».

892. Bien que cette déclaration ait longtemps été considérée comme une simple source d'inspiration à destination de l'Etat français, en l'intégrant au Préambule de la Constitution de 1958, on lui a reconnu une véritable valeur constitutionnelle, donc indérogeable.¹¹³⁰ Abstraction faite de ce cas constitutionnel français, les grands textes protecteurs des droits de l'homme font tous état de ce principe. *La Déclaration universelle des droits de l'homme* dispose en son article 11.2 que

¹¹²⁷ Ibid, article 4.

¹¹²⁸ Article 212-1 du Code pénal français : « constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants : atteinte volontaire à la vie ; atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique ; soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe ; mesures visant à entraver les naissances ; transfert forcé d'enfants. Le génocide est puni de la réclusion criminelle à perpétuité ».

¹¹²⁹ A l'heure actuelle, la Mauritanie n'est pas partie à la Convention sur le génocide.

¹¹³⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

« nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international ».

893. L'article 15 du *Pacte sur les droits civils et politiques* reprend en des termes quasi identiques, cette obligation,¹¹³¹ de même que l'article 7 de la *Convention européenne des droits de l'homme*.¹¹³² A l'image de la Convention européenne, d'autres textes régionaux et généralistes protecteurs des droits de l'homme intègrent le principe de la légalité. C'est le cas de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* en son article 9¹¹³³ et de la *Charte africaine de droits de l'homme et des peuples* en son article 7.2.¹¹³⁴ Au niveau communautaire, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* suit le même schéma directeur en matière de légalité puisqu'elle proclame le principe en son article 49.1.¹¹³⁵ Dans les textes protecteurs des droits de l'homme, il est intéressant de remarquer que le principe de la légalité des incriminations et des peines est toujours cité dans le même article qu'un autre principe directeur, celui de la non rétroactivité. Afin d'éviter d'éventuelles incohérences d'application ou d'interprétation, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de clarifier l'emploi des termes. En effet, les juges de Strasbourg se sont prononcés sur le principe de la légalité des délits et des peines en soulignant que

« (...) l'article 7 par. 1 de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé. Il consacre aussi, de manière plus

¹¹³¹ Article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques « *nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises* ».

¹¹³² Article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme « *nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international* ».

¹¹³³ Article 9 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme « *nul ne peut être condamné pour une action ou omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction d'après le droit applicable* ».

¹¹³⁴ Article 7.2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples « *nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction légalement punissable* ».

¹¹³⁵ Article 49.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « *nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international* ».

générale, le principe de la légalité des délits et des peines
(...) ». ¹¹³⁶

894. De plus, la Cour précise le contenu de ce principe général, puisque « *la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment* ». ¹¹³⁷ Faisant application de cette jurisprudence, la Cour va estimer dans l'affaire *E.K. contre Turquie* que la condamnation de la requérante, éditrice d'une revue, à une peine d'emprisonnement était incompatible avec le principe *nulla poena sine lege*, tel que prévu à l'article 7 de la Convention. En effet, la loi turque prévoit une peine d'emprisonnement à l'encontre des rédacteurs en chefs d'articles pouvant notamment porter atteinte à l'intégrité territoriale. La condamnation de Mme E.K sur cette base fut invalidée par Strasbourg au motif que

« la condamnation de la requérante en tant qu'éditrice d'une publication non périodique se fondait en l'occurrence sur une interprétation extensive, par analogie, de la règle énoncée ». ¹¹³⁸

Partant, la violation de l'article 7 et du principe de la légalité est alléguée, une loi sanctionnant spécifiquement les éditeurs n'existant pas. ¹¹³⁹

B. Une liberté du législateur contrariée.

895. Le droit international ne contraint pas les Etats à adopter une peine spécifique, mais force est de constater que l'appréciation du législateur quant à l'ampleur de la peine sera orientée, voire encadrée. En effet, le droit international va venir fixer des critères à respecter, au nom d'une certaine rationalité punitive, à savoir que cette peine doit être nécessairement sévère (1.) et obligatoirement nécessaire. (2.)

¹¹³⁶ Cour edh, arrêt du 25 mai 1993, 3/1992/348/421, *Kokkinakis c/ Grèce*, § 52.

¹¹³⁷ Cour edh, 22 mai 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, § 50 ; Cour edh, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, § 28 ; Cour edh, 24 mai 2007, *Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, § 33.

¹¹³⁸ Cour edh, arrêt du 7 février 2002, *E.K c. Turquie*, § 55.

¹¹³⁹ La Turquie a déjà été condamnée pour des faits similaires, notamment sur le même sens, dans l'affaire *Baskaya et Okuçuoğlu*, Cour edh, arrêt du 8 juillet 1999, *Baskaya et Okuçuoğlu c. Turquie*, §§ 42 et s.

1. Une peine nécessairement sévère.

896. Il ne fait aucun doute qu'il appartiendra au législateur de fixer, en droit interne, des peines nécessairement sévères, qui tiendront compte de la gravité du crime en cause. A ce niveau, le droit international est flou, mais apparaît néanmoins contraignant, dans la mesure où l'obligation d'incrimination deviendra pleinement effective par l'adoption de peines ou de sanctions rigoureuses, sévères ou tenant compte de la gravité du crime. Ce sera donc de la gravité du crime que se déduira l'obligation de recourir à un certain degré de sévérité de la peine. Le droit conventionnel prescrit aux Etats l'adoption de peines devant traduire la réalité du crime ainsi que sa gravité et la répulsion qu'il peut provoquer. Il appartiendra au législateur de se livrer à une appréciation subjective du droit international et de le rendre pleinement effectif dans l'ordre juridique national, en prescrivant des peines sévères. Ainsi, une disposition selon laquelle

« chaque État Partie prend les mesures qui peuvent être nécessaires pour (...) réprimer lesdites infractions par des peines tenant dûment compte de leur gravité »,¹¹⁴⁰

est monnaie courante et traduit parfaitement l'absence avérée de lien entre d'une part l'obligation de répression et d'autre part le choix subjectif effectué par le législateur.¹¹⁴¹

897. En somme, le droit international ne fixera pas le quantum de la peine mais un ensemble de bases nécessaires, qu'il appartiendra à l'Etat de retranscrire. Celui-ci doit donc se comporter avec toute la diligence requise afin de prévoir des peines suffisamment sévères, contrepartie de l'obligation souscrite en droit international. C'est la raison pour laquelle, afin de ne pas être taxés de laxisme juridique, certains Etats ont instauré un système de peines minimales, obligatoires, seuil que le juge national devra impérativement respecter lors du prononcé de la peine, ne pouvant aller en deçà de ce que la loi a prévu. Ce seuil minimal de peine traduit, en tant que tel, la nécessaire prise en compte de la gravité du crime.

¹¹⁴⁰ Article 5.b) de la *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*.

¹¹⁴¹ L'article 4.2 de la *Convention contre la torture* dispose par exemple que « *tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité* ».

2. Une peine obligatoirement nécessaire.

898. Le législateur a pour mission de retranscrire en droit interne les principes philosophiques qui président aux destinées de la peine. La peine doit être la traduction des idéaux philosophiques qui la caractérisent. Il appartient dès lors au législateur de répondre à la fonction sociale de la peine qui ne peut être cantonnée qu'à un rôle strictement répressif. En effet, il lui appartiendra de traduire en droit interne ce besoin social impérieux selon lequel la peine doit être suffisamment répressive pour être dissuasive, mais aussi rétributive voire curative.¹¹⁴² A ce propos, il convient de rappeler qu' « *une sanction n'est dissuasive que si elle est connue ; elle ne l'est d'autre part que si elle est crédible, c'est-à-dire si elle a des chances sérieuses d'intervenir* ». ¹¹⁴³

899. Le droit international, bien que silencieux, n'en impose pas moins, implicitement, aux Etats, de prévoir des peines nécessaires, lorsqu'il leur est prescrit d'adopter, en adéquation avec la gravité du crime, des peines d'une certaine intensité. Ainsi, cette obligation de peines nécessaires est notamment sous-entendue dans la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, lorsqu'il est prévu que

« *les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer, l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces* ». ¹¹⁴⁴

Dans un même ordre d'idées, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants* dispose que

« *tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées* ». ¹¹⁴⁵

¹¹⁴² Il a été remarqué à ce propos que le droit pénal ayant une fonction dissuasive, celle-ci « *sera nulle si les sanctions accompagnant la prohibition d'un certain type de comportements, et en particulier, ceux violant les droits fondamentaux, sont si légères qu'elles ne pouvaient passer pour nourrir suffisamment la crainte de les subir* », in Tigroudja (H.), thèse dact., op. cit., p. 423.

¹¹⁴³ Rivero (J.), Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 681.

¹¹⁴⁴ Article V de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.

¹¹⁴⁵ Article 4.2 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*.

900. S'imposant telle qu'elle au législateur, la règle de la nécessité constitue de surcroît un réel principe modérateur de son action, garantie d'une justice équitable, respectant les droits de l'accusé. Ce principe modérateur fait évidemment partie des ordres juridiques nationaux. L'exemple le plus symptomatique reste celui de la France. En effet, en tant que droit de l'homme, cette règle se retrouve dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Son article 8 dispose ainsi que

« la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

901. Une telle disposition est sujette à de nombreuses interprétations, dont celle selon laquelle la règle de la proportionnalité en découlerait. Dans cette disposition, la filiation de la proportionnalité et de la légalité est évidente. Une interprétation extensive de ce texte permet de fonder ce raisonnement selon lequel est sous-entendue, dans le caractère strictement nécessaire de la peine, sa proportionnalité par rapport à l'infraction commise. En effet, pour que la peine soit « *évidemment nécessaire* », elle doit être considérée comme étant la réponse exacte de la société au comportement du délinquant. Donc, exactement proportionnée aux conséquences du comportement répréhensible. Ce texte est d'autant plus important que la France a reconnu à la Déclaration de 1789 une valeur constitutionnelle, qui fait que la règle de la nécessité des peines est une règle constitutionnelle, fondamentalement indérogeable et sacrée.¹¹⁴⁶ En se référant au principe de nécessité, le Conseil constitutionnel a notamment reconnu une valeur constitutionnelle à la règle de non-cumul des peines, en affirmant que

*« en vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ; que le principe de proportionnalité qui en découle implique que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé ».*¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, op. cit.

¹¹⁴⁷ Conseil constitutionnel, décision 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, § 85. Le Conseil n'a fait que confirmer, en la généralisant, sa jurisprudence relative à la prohibition du cumul des peines au regard de la proportionnalité, affirmée par la Déclaration de 1789. Il a notamment retenu que « *lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, le principe de*

SECTION 2 : L'INTRUSION DU DROIT INTERNATIONAL DANS LE CHOIX DE LA SANCTION.

902. En laissant aux Etats une importante marge de liberté quant au choix de la sanction, le droit international se veut protecteur de leur souveraineté pénale. Cependant, le droit international n'est pas totalement absent, puisqu'il, est des cas dans lesquels il restreint la liberté du législateur. Tout d'abord, il prohibe toute sanction pénale portant atteinte aux droits fondamentaux. (§ I.) Ensuite, dans de cas rares, il interdit aux Etats d'avoir recours à des sanctions pénales. (§ II.)

§. I. Sanctions pénales et protection des droits fondamentaux.

903. Les sanctions pénales nationales ne peuvent être des sanctions qui violent les droits fondamentaux. Le droit international impose aux Etats de ne pas prévoir de telles peines puisque « *le droit de la communauté internationale de réagir s'est imposé progressivement face à une souveraineté qui n'apparaissait plus que comme un sanctuaire intolérable pour violer les droits de l'homme* ». ¹¹⁴⁸ En somme, le droit international autorise toute sanction pénale, pourvu qu'elle respecte les droits fondamentaux de l'individu. C'est ainsi que sont prohibées les peines inhumaines et dégradantes (A.) et que la pratique de la peine de mort est largement encadrée et contrôlée. (B.)

A. La prohibition des peines inhumaines et dégradantes.

904. De l'interdiction absolue et générale de la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, se déduit une obligation plus spécifique à destination des Etats, selon laquelle les sanctions pénales qu'ils édictent ne doivent pas constituer des sanctions inhumaines ou dégradantes. En l'espèce, il n'est pas utile de s'intéresser à la pratique de la torture en tant que telle, mais plutôt au prononcé par les juridictions nationales de sanctions

proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues », Décision N° 97-395 DC, 30 décembre 1997, *Loi de finance pour 1998*, § 41.

¹¹⁴⁸ Cohen-Jonathan (G.), *Avant-propos, in La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Panthéon Assas, 2003, p. 8-9.

pénales qui présentent un caractère inhumain ou dégradant. Il est entendu que l'Etat doit tout mettre en œuvre pour que la sanction prononcée contre l'individu ne soit ni inhumaine ni dégradante. Le droit international impose alors une obligation de ne pas prévoir de sanctions attentatoires aux droits fondamentaux. En effet, de jurisprudence constante, les juridictions compétentes reconnaissent qu'un individu, même s'il est détenu

*« en exécution d'une condamnation qui lui a été infligée à raison de crimes perpétrés au mépris des droits les plus élémentaires de la personne humaine [n'est pas privé] de la garantie des droits et libertés [qui lui sont reconnus] ».*¹¹⁴⁹

En conséquence, les peines corporelles sont prohibées, (1.) et la question des peines perpétuelles doit être soulevée. (2.)

1. La prohibition des peines corporelles.

905. Selon une jurisprudence constante des juridictions protectrices des droits fondamentaux, pour être qualifiée d'inhumaine ou de dégradante, une peine doit atteindre un degré certain de gravité et d'intensité.¹¹⁵⁰ Le caractère inhumain de la peine répond à un standard international de prohibition des peines corporelles. En effet, par nature, une sanction corporelle ne répond pas aux exigences de garantie et de protection des droits de l'accusé. C'est la raison pour laquelle, le droit international, les prohibe, puisqu'elles portent par nature atteinte à l'intégrité même de l'individu. Les Conventions de Genève disposent, à ce propos, par deux fois que,

« sont interdites toute peine collective pour des actes individuels, toute peine corporelle, toute incarcération dans des locaux non éclairés par la lumière du jour et, d'une

¹¹⁴⁹ Com edh, Décision, 8 mars 1962, *Ilse Koch c. RFA*.

¹¹⁵⁰ Voir à ce propos, Cour. Edh, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, « pour tomber sous le coup de l'article 3 (art. 3) un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc », § 162.

manière générale, toute forme quelconque de torture ou de cruauté »,¹¹⁵¹

ou bien que,

« les Hautes Parties contractantes s'interdisent expressément toute mesure de nature à causer soit des souffrances physiques, soit l'extermination des personnes protégées en leur pouvoir. Cette interdiction vise non seulement le meurtre, la torture, les peines corporelles, les mutilations et les expériences médicales ou scientifiques non nécessitées par le traitement médical d'une personne protégée, mais également toutes autres brutalités, qu'elles soient le fait d'agents civils ou d'agents militaires ». ¹¹⁵²

906. Une telle prohibition s'explique logiquement par la nécessité évidente de protéger les intérêts les plus fondamentaux de l'individu. En effet, l'Etat est titulaire d'une réelle obligation positive de n'infliger aucune peine corporelle, au risque d'une violation manifeste des droits garantis à l'accusé. Il était donc logique de retrouver une telle prohibition dans ce texte fondamental qu'est la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*. En l'espèce, cette prohibition est induite de la nature même des peines corporelles, l'intégrité physique totale de l'individu étant fondamentale. L'interdiction des peines corporelles découle donc de l'interdiction plus générale de la torture et des traitements inhumains.

907. Comme l'a remarqué le Comité des droits de l'homme, la notion de torture ne doit pas être appréciée dans un sens réducteur, puisque pouvant concerner également des sanctions pénales. En effet, en interprétant l'article 7 du Pacte sur les droits civils et politiques, qui dispose de manière générale que,

« nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »,

¹¹⁵¹ Article 87 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre. (III)

¹¹⁵² Article 32 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. (IV)

le Comité est venu proclamer une réelle interdiction des peines corporelles, en reconnaissant que,

*«comme il ressort des termes de cet article, le champ de la protection requise s'étend bien au-delà de ce que l'on entend normalement par torture. Il n'est peut-être pas nécessaire d'établir des distinctions très nettes entre les différentes formes de peines ou de traitements qui sont interdites : ces distinctions dépendent de la nature, du but et de la gravité du traitement utilisé. De l'avis du Comité, l'interdiction doit s'étendre aux peines corporelles, y compris les châtiments excessifs imposés à titre de mesures éducatives ou disciplinaires. Même une mesure telle que l'emprisonnement cellulaire peut, selon les circonstances, surtout lorsque la personne est détenue au secret, être contraire à l'article 7 ».*¹¹⁵³

908. En effet, répondre à un crime, aussi odieux soit-il, par une peine corporelle, reviendrait à favoriser la rétribution du crime selon la loi du talion. Or, une telle approche ne serait rien d'autre que de la vengeance, fût-elle cautionnée par la législation nationale. C'est la raison pour laquelle la prohibition des peines corporelles a souvent acquis une valeur constitutionnelle. Ainsi, cette interdiction se retrouve-t-elle dans la Constitution suédoise selon laquelle

« tout citoyen est à l'abri de tout châtiment corporel. Il est également protégé de la torture (...) »,¹¹⁵⁴

mais aussi dans l'ancienne Constitution suisse qui énonçait explicitement que

« les peines corporelles sont interdites ».¹¹⁵⁵

909. Les juridictions protectrices des droits fondamentaux ont logiquement reconnu que les peines corporelles sont prohibées, en ce qu'elles constituent des peines dégradantes et

¹¹⁵³ Comité des droits de l'homme, 30 mai 1982, Observation générale n° 7, *La torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (art. 7), § 2.

¹¹⁵⁴ Constitution suédoise du 28 février 1974, Chapitre II, article 5.

¹¹⁵⁵ Constitution de la Confédération suisse du 31 janvier 1874, article 65.2.

inhumaines. Il revient donc aux Etats, en vertu de leur obligation générale de respecter les prescriptions des Conventions, d'interdire notamment la torture, y compris d'interdire toutes peines ou châtements corporels. Ainsi, pour la Cour européenne des droits de l'homme,

*« les peines judiciaires corporelles impliquent, par nature, qu'un être humain se livre à des violences physiques sur l'un de ses semblables. En outre, il s'agit de violences institutionnalisées, en l'occurrence autorisées par la loi, prescrites par les organes judiciaires de l'État et infligées par sa police. Ainsi, quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 (art. 3): la dignité et l'intégrité physique de la personne».*¹¹⁵⁶

910. Dans un même ordre d'idées, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu que l'Etat violait ses obligations internationales prohibant les traitements inhumains lorsqu'un individu, condamné pour viol à la réclusion criminelle était en plus condamné à être fouetté, selon les dispositions pénales nationales. Les juges ont ainsi estimé que,

« the very nature of this punishment reflects an institutionalization of violence, which, although permitted by the law, ordered by the State's judges and carried out by its prison authorities, is a sanction incompatible with the Convention. As such, corporal punishment by flogging constitutes a form of torture and, therefore, is a violation per se of the right of any person submitted to such punishment to have his physical, mental and moral integrity respected, as provided in Article 5(1) and 5(2), in connection with Article 1(1) of the Convention. Accordingly, Trinidad and Tobago's Corporal Punishment Act must be considered in

¹¹⁵⁶ Cour edh, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, § 33.

contravention to Article 5(1) and 5(2) of the Convention
».¹¹⁵⁷

911. Malgré de telles condamnations, la prohibition des peines corporelles n'est pas toujours une réalité irréfutable. En effet, certains Etats, à l'image de l'Arabie Saoudite, ont maintenu dans leur législation interne des peines corporelles, manifestement inhumaines et dégradantes, portant atteinte à la dignité de la personne humaine. Pour le Comité contre la torture,

*« la condamnation à des peines corporelles par les autorités judiciaires et administratives et l'application de ces peines, y compris en particulier la flagellation et l'amputation, ne sont pas compatibles avec la Convention ».*¹¹⁵⁸

912. Un tel rapport ne fait que traduire la réalité ambiguë de la législation pénale saoudienne. En effet, le droit pénal saoudien prévoit le recours à des peines corporelles. Or, ces dernières sont prohibées par le droit international, notamment par la Convention contre la torture, texte ratifié par l'Arabie Saoudite. Cependant, bien que cet Etat soit lié par une telle Convention, l'Arabie a fait une réserve selon laquelle *« le Royaume d'Arabie saoudite ne reconnaît pas les compétences du Comité décrites au paragraphe 20 de la Convention »*. En d'autres termes, en ne reconnaissant pas la compétence du Comité contre la torture en matière d'enquête, l'Arabie Saoudite demeure libre de maintenir, en droit interne, de telles pratiques. Dès lors, à partir du moment où la compétence de l'organe de contrôle n'est pas reconnue, la Convention est en partie vidée de sa substance, laissant le champ libre à l'Etat partie d'adapter le texte dans l'ordre juridique interne, sans un quelconque risque de contrôle. En conséquence une telle réserve fait appel à la bonne foi de l'Etat, et à sa diligence dans l'application efficace et complète de la Convention. En l'espèce, il faut noter que l'Arabie Saoudite ne s'est engagée qu'à interdire l'application des peines corporelles pour les mineurs.

¹¹⁵⁷ Cour idh, 11 mars 2005, *Caesar c. Trinidad et Tobago*, § 72.

¹¹⁵⁸ Comité contre la torture, Vingt-huitième session, 12 juin 2002, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Arabie Saoudite, CAT/C/CR/28/5.

2. La question de la peine perpétuelle.

913. La notion de peines inhumaines ne touche pas que les peines corporelles. En effet, en se plaçant dans le cadre de la protection des droits accordés au condamné, la peine prononcée est parfois susceptible, vu sa durée, de porter atteinte aux droits garantis, d'autant lorsque la peine prononcée est perpétuelle.

914. Pour la Commission européenne des droits de l'homme,

*« la peine d'emprisonnement régulièrement infligée peut soulever un problème sous l'angle de l'article 3 par la manière dont elle est exécutée et par sa durée ».*¹¹⁵⁹

915. Par nature, la peine perpétuelle porte pleinement et durablement atteinte au droit à la liberté. Même si les peines strictement et exclusivement perpétuelles demeurent rares,¹¹⁶⁰ il est très fréquent d'associer la peine prononcée à une période de sûreté incompressible, d'autant plus importante que le crime sera grave. Or, une telle peine pourrait logiquement être considérée comme constitutive d'un traitement inhumain dans la mesure où le condamné n'aurait aucun espoir de voir l'échéance de sa peine. Une telle peine, irréversible, voire irréformable, ne traduit finalement que la fonction rétributive de la sanction, et semble faire abstraction de sa fonction sociale car, par nature, une peine à perpétuité n'est pas conciliable avec une éventuelle réhabilitation du condamné.

916. Mais la jurisprudence des droits de l'homme ne semble pas prête à déclarer qu'une peine perpétuelle constituerait un traitement inhumain. L'affaire *Lucien Léger* en est la preuve. En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que de jurisprudence constante, elle se refuse à contrôler l'ampleur d'une peine perpétuelle dans la mesure où très rares sont les cas dans lesquels un individu, condamné à perpétuité, purge sa peine jusqu'à la fin de sa vie.¹¹⁶¹ La Cour estime que la peine subie, aussi longue soit-elle, ne retire pas au condamné l'espoir d'une éventuelle libération conditionnelle. Pour le

¹¹⁵⁹ Com edh, Décision du 6 mai 1978 sur la recevabilité de la requête, *Kotalla c. Pays-Bas*.

¹¹⁶⁰ Une telle interdiction peut acquérir une valeur constitutionnelle, comme c'est le cas au Portugal, dont la norme suprême énonce en son article 30.1 que « *il ne peut y avoir de peines ni de mesures de sûreté privatives ou restrictives de liberté à perpétuité* ».

¹¹⁶¹ Les juges de Strasbourg ont reconnu à ce propos qu'« *il n'a jamais été prévu que les détenus purgeant des peines perpétuelles obligatoires resteraient en fait incarcérés toute leur vie, sauf cas exceptionnels* », Cour edh, 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, § 72.

requérant, sa peine était inhumaine, dès lors qu'il n'avait pu effectivement bénéficier de la moindre mesure d'aménagement de peine en quarante et un ans de détention. Or,

*«tout en reconnaissant qu'une condamnation à perpétuité telle que celle infligée et subie par le requérant entraîne nécessairement angoisses et incertitudes liées à la vie carcérale et, une fois libéré, aux mesures d'assistance et de contrôle et à la possibilité d'être réincarcéré, la Cour ne considère pas que, dans les circonstances de l'espèce, la peine du requérant atteignait le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention. Elle n'aperçoit aucune autre circonstance, quant à une éventuelle aggravation des souffrances inhérentes à l'emprisonnement, pour conclure que le requérant a été victime d'une épreuve exceptionnelle susceptible de constituer un traitement contraire à l'article 3 ».*¹¹⁶²

917. En effet, le requérant a bénéficié durant son incarcération de toutes les garanties procédurales reconnues au condamné, y compris celle lui permettant de demander une libération conditionnelle. Eu égard aux faits de l'espèce, cette demande a de nombreuses fois été rejetée. Une telle décision n'a pas été sans causer quelques remous au sein de la juridiction, et a fait s'interroger le juge Costa, dans son opinion partiellement dissidente, sur le point de savoir *« si une peine véritablement incompressible, sans espoir, sans autre perspective que celle de mourir en prison, ne serait pas un substitut à la peine de mort pourtant abolie en vertu du Protocole n° 6 dans presque tous les Etats contractants, et ne serait pas radicalement incompatible avec les articles 2 et/ou 3 de la Convention »*.¹¹⁶³ Une telle position suggère ainsi qu'une peine perpétuelle serait contraire aux prescriptions de l'article 3 de la Convention.¹¹⁶⁴

¹¹⁶² Cour edh, 11 avril 2006, *Léger c. France*, § 93.

¹¹⁶³ Opinion partiellement dissidente du juge Costa, *ibid*, § 9. Le même jour, la Cour a accepté de se prononcer sur le caractère inhumain, au regard de l'article 3 de la Convention, d'une peine perpétuelle, en déclarant recevable une requête selon laquelle il lui est demandé de reconnaître que le caractère obligatoire de la peine et l'absence de libération conditionnelle constituent un traitement inhumain au regard de l'article 3, Cour edh, 11 avril 2006, Décision sur la recevabilité, *Kafkaris c. Chypre*.

¹¹⁶⁴ Concernant la détention de mineurs à une peine perpétuelle, la Cour a reconnu une éventuelle irrégularité au regard de l'article 3, puisque, *« ne pas tenir compte des modifications qui interviennent inévitablement avec la maturité signifierait que les [mineurs condamnés] seraient considérés comme privés de leur liberté »*.

B. Entre condamnation et survivance : la problématique de la peine de mort.

918. Les Etats restent souverains dans le choix de la peine et de ses modalités d'exécution. Certains Etats, y compris les plus démocratiques, maintiennent la peine de mort. La peine capitale est la peine absolue et ultime, celle prononcée à l'encontre des crimes les plus graves. La peine de mort est logiquement assimilée à l'atteinte suprême au droit à la vie (1.) et, à cet égard, son maintien n'est autre qu'une violation flagrante des droits fondamentaux. (2.)

1. Une atteinte au droit à la vie.

919. Il ne fait aucun doute que le prononcé de la peine capitale est, de par sa nature, une atteinte flagrante au droit à la vie. Face à la réprobation grandissante d'une telle pratique, un mouvement abolitionniste de plus en plus unanime a vu le jour (a.), ce qui laisse croire qu'en abolissant universellement la peine de mort, le droit à la vie devient un droit acquis. (b.)

a. L'émergence d'une universalité de la prohibition de la peine capitale.

920. La peine de mort peut être considérée, à juste titre, comme la sanction pénale absolue, celle d'une intensité si importante, qu'elle doit être perçue comme éminemment dissuasive.¹¹⁶⁵ La peine capitale constitue une réelle atteinte au droit à la vie, ce droit protégé, fondamental et sacré. C'est la raison pour laquelle, il est largement reconnu que

pour le reste de leur existence, ce qui, comme le requérant et le délégué de la Commission l'ont souligné, pourrait poser des problèmes au regard de l'article 3 (art. 3) de la Convention », in Cour edh, 21 février 1996, Hussain c. Royaume-Uni, § 53. Pour une approche identique, voir également, Cour edh, 21 février 1996, Singh c. Royaume-Uni, § 61.

¹¹⁶⁵ A contrario, sur l'effet dissuasif de la peine de mort, voir notamment, Normandeau (A.), Le terrorisme international et la peine de mort, *R.S.C.*, 2006, pp. 895-898. Dans cette étude, l'auteur s'interroge sur l'éventualité et l'utilité d'un rétablissement de la peine de mort pour les actes de terrorisme basés sur du fondamentalisme religieux. Il retient que « *le rétablissement de la peine de mort dans le code pénal n'aurait sur eux [les terroristes] vraiment aucun effet intimidant significatif. La seule raison d'exécuter les terroristes, s'ils étaient arrêtés, jugés coupables et condamnés, serait la punition à l'état pur : œil pour œil, dent pour dent* », p. 897.

« le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine [qui] forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme ». ¹¹⁶⁶

921. Dans une éventuelle classification des droits fondamentaux, force est donc de constater que le droit à la vie apparaît en tête de liste, constituant le droit le plus inaliénable et fondamental. La définition du droit à la vie se rapproche inévitablement de la définition même des droits de l'homme, ces droits inhérents, par essence, à la personne humaine. En tant que droit fondamental, il est logique de le retrouver au sein des grands textes internationaux qui, en garantissant le droit à la vie, viennent implicitement ou non prohiber aux Etats de recourir à la peine de mort.

922. En effet, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, seul texte à portée universelle, garantit explicitement le droit à la vie, en reconnaissant que,

« tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ». ¹¹⁶⁷

Point de départ de la prohibition de la peine capitale, cette Déclaration pêche cependant dans deux directions : d'un côté, elle ne consacre que le droit à la vie, sans être explicite quant à la prohibition de la peine de mort que l'on peut simplement déduire. D'un autre côté, la simple valeur déclarative du texte ne peut servir que de source d'inspiration aux pratiques nationales et internationales. Quoiqu'il en soit, de la protection du droit à la vie s'est rapidement détaché un encadrement de la peine capitale, depuis que la *Convention européenne des droits de l'homme* a retenu que,

« le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi », ¹¹⁶⁸

que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* a précisé que,

¹¹⁶⁶ Cour edh, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, op. cit, § 94.

¹¹⁶⁷ Article 3 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*.

¹¹⁶⁸ Article 2.1 de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

*«le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie ».*¹¹⁶⁹

et que la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* a disposé que

*« toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie ».*¹¹⁷⁰

923. Certes, de ces trois textes, ne découle pas une prohibition totale de la peine de mort, mais un encadrement de son exécution, une reconnaissance de la pratique, teintée de légalité et de lutte contre l'arbitraire. Il faudra attendre le *Protocole n° 6 de la Convention européenne des droits l'homme* pour que, de la protection du droit à la vie, se dégage une réelle interdiction de la peine capitale à destination des Etats. En effet, à la faveur de la tendance générale à l'abolition de la peine de mort au sein du Conseil de l'Europe, a été privilégiée une approche humaniste de la peine capitale, en deux temps. D'abord,

*« la peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté ».*¹¹⁷¹

ensuite, au nom d'un compromis entre les Etats abolitionnistes et ceux maintenant cette sentence,

*« un Etat peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ; une telle peine ne sera appliquée que dans les cas prévus par cette législation et conformément à ses dispositions. Cet Etat communiquera au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe les dispositions afférentes de la législation en cause ».*¹¹⁷²

¹¹⁶⁹ Article 6.1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

¹¹⁷⁰ Article 4.1 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*.

¹¹⁷¹ Article 1 du *Protocole n° 6*.

¹¹⁷² Article 2 du *Protocole n° 6*.

924. Les situations de recours à la peine de mort restent donc exceptionnelles et le Conseil de l'Europe a tablé sur la bonne volonté des Etats d'entretenir des relations pacifiques dépourvues de tout recours à la force. En fait de quoi, toute réserve ou dérogation au Protocole sont interdites. Mais le Conseil de l'Europe, n'a pas voulu imposer aux Etats dont les législations militaires prévoyaient ce type de peine, de les modifier en annulant les dispositions litigieuses.¹¹⁷³ En conséquence, les Etats parties au Protocole n° 6 ne peuvent plus se prévaloir des dispositions de l'article 2 de la Convention pour édicter et prononcer la peine capitale. Suivant un schéma similaire, un *Deuxième Protocole Facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, visant à abolir la peine de mort, a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies.¹¹⁷⁴ Ce dernier prévoit expressément que

*« aucune personne relevant de la juridiction d'un Etat partie au présent Protocole ne sera exécutée ».*¹¹⁷⁵

925. Grande innovation, ce texte s'adresse directement aux Etats en leur enjoignant une obligation de résultat, certes timide, mais bien réelle, puisque

*« chaque Etat partie prendra toutes les mesures voulues pour abolir la peine de mort dans le ressort de sa juridiction ».*¹¹⁷⁶

926. Cependant l'abolition proposée ne reste que partielle, puisque les Etats conservent la possibilité d'adopter des réserves, en ce qui concerne le maintien de la peine de mort en temps de guerre.¹¹⁷⁷ En relation avec ce Protocole, notons que le Parlement Européen a

¹¹⁷³ Sur la base de cette déclaration de l'article 2, le gouvernement chypriote a notamment reconnu que la peine de mort restait applicable en temps de guerre, selon la législation nationale, en cas de trahison, d'abandon de poste confié à un commandant militaire, de capitulation ouverte de l'officier commandant, d'incitation à la rébellion au sein des forces armées, de communication de secrets militaires à un Etat, un espion ou un agent étrangers et d'incitation à la rébellion de prisonniers de guerre. Ce Protocole rencontra un franc succès car il fut ratifié par de nombreux Etats, y compris ceux réfractaires à l'abolition de la peine de mort.

¹¹⁷⁴ Résolution 44/128 du 15 décembre 1989 : *Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort.*

¹¹⁷⁵ Article 1.1 du Deuxième Protocole.

¹¹⁷⁶ Article 1.2 du Deuxième Protocole.

¹¹⁷⁷ L'article 2.1 prévoit ainsi qu'« il ne sera admis aucune réserve au présent Protocole, en dehors de la réserve formulée lors de la ratification ou de l'adhésion et prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre ». Sur cette base, citons la réserve formulée par l'Azerbaïdjan et selon laquelle « la République d'Azerbaïdjan déclare, en adoptant [ledit Protocole] qu'elle autorise dans des cas exceptionnels, par une loi spéciale, l'application de la peine de mort pour certains crimes graves commis durant la guerre ou en cas de menace de guerre ».

adopté deux Résolutions sur l'initiative en faveur d'un moratoire universel sur la peine de mort. Il ressort de la première que

*« le Parlement européen (...) demande que soit mis en place, immédiatement et sans condition, un moratoire universel sur les exécutions capitales, en vue de l'abolition universelle de la peine de mort, à travers une résolution pertinente en ce sens de l'Assemblée générale des Nations unies, que le secrétaire général de l'ONU devrait pouvoir contrôler dans son application réelle».*¹¹⁷⁸

Et de la seconde que

*« le Parlement européen (...) invite la présidence de l'Union à encourager les pays qui ne l'ont pas encore fait à signer et à ratifier le deuxième protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques et à encourager les États membres qui ne l'ont pas encore fait à signer le protocole n° 13 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances ».*¹¹⁷⁹

b. Le droit à la vie : un droit acquis ?

927. Face au mouvement général abolitionniste, le Conseil de l'Europe est allé bien plus loin en proclamant une prohibition absolue de la peine de mort. En effet, le *Protocole n°13 à la Convention européenne des droits de l'homme* prescrit une prohibition de la peine capitale, de tout temps, quelles que soient les circonstances, sans réserves ni dérogations possibles. En effet, le Préambule du Protocole est clair, puisque le Conseil de l'Europe précise la valeur fondamentale du droit à la vie, dans la mesure où *« le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine*

¹¹⁷⁸ Résolution du Parlement européen sur l'initiative en faveur d'un moratoire universel sur la peine de mort, 1^{er} février 2007, non publiée au JO.

¹¹⁷⁹ Résolution du Parlement européen sur l'initiative en faveur de d'un moratoire universel sur la peine de mort, 26 avril 2007, non publiée au JO.

reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ». Le but d'un tel texte est simple : reconnaître un droit absolu à la vie, imposant aux Etats de garantir et de protéger un droit si fondamental qu'il en devient un droit pleinement acquis et indérogeable.¹¹⁸⁰ L'exemple du Conseil de l'Europe constitue à l'heure actuelle le cas le plus abouti de prohibition de la peine capitale. En effet, un tel texte vient garantir l'obligation positive de résultat à la charge des Etats membres du Conseil de protéger pleinement la vie des individus présents sur leur territoire.¹¹⁸¹ En tout état de cause, un Etat qui souhaiterait revenir sur ses engagements en la matière violerait purement et simplement son obligation générale de protection des droits reconnus.

928. Dans des conditions similaires, le Protocole du 8 juin 1990 vise à l'abolition de la peine de mort au sein des Etats membres de la Commission interaméricaine des droits de l'homme.¹¹⁸² Or, le faible nombre d'Etats l'ayant ratifié induit que les dispositions de l'article 4 de la Convention restent largement en vigueur. Mais la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* présente l'avantage d'interdire aux Etats de revenir sur leurs engagements en la matière. C'est ainsi qu'il est prévu que

*« la peine de mort ne sera pas rétablie dans les Etats qui l'ont abolie ».*¹¹⁸³

929. Lorsque le Pérou a rétabli dans sa Constitution la peine de mort, alors que celle-ci avait été abolie en 1979, la Cour a logiquement reconnu une violation manifeste et caractérisée des obligations dont le Pérou est titulaire, et notamment une violation de l'article 4.3 de la Convention, en retenant que

« that the promulgation of a law in manifest conflict with the obligations assumed by a state upon ratifying or adhering to the Convention is a violation of that treaty. Furthermore, if

¹¹⁸⁰ A l'heure actuelle, 40 Etats du Conseil de l'Europe ont ratifié le Protocole n° 13.

¹¹⁸¹ La France, a ratifié le Protocole n°13 le 10 octobre 2007. Au préalable, elle avait révisé sa constitution pour y insérer une disposition selon laquelle « nul ne peut être condamné à la peine de mort », article 66-1. En conséquence, l'interdiction de la peine de mort a acquis une valeur fondamentale et supérieure. Voir à ce propos, Rassat (M-L.), Mort de la peine de mort, *JCP.G*, 28 mars 2007, n° 13, pp. 3 et s.

¹¹⁸² Le Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort dispose ainsi, article 1, « les Etats parties au présent Protocole n'appliqueront la peine de mort sur leur territoire à aucun individu soumis à leur juridiction », article 2. 1 « néanmoins, au moment de la ratification ou de l'adhésion, les Etats parties à cet instrument peuvent déclarer qu'ils se réservent le droit d'appliquer la peine de mort en temps de guerre tel que défini par le droit international pour des délits très graves de caractère militaire ».

¹¹⁸³ Article 4.3 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*.

*such violation affects the protected rights and freedoms of specific individuals, it gives rise to international responsibility for the state in question ».*¹¹⁸⁴

930. Au delà de cet aspect, la Convention ne tolère le recours à la peine de mort que pour les crimes les plus graves, excluant d'emblée la prohibition de la peine capitale pour les crimes de droit commun. Il est alors prévu qu'

*« en aucun cas la peine de mort ne peut être infligée pour des délits politiques ou pour des crimes de droit commun connexes à ces délits ».*¹¹⁸⁵

931. Une telle reconnaissance s'inscrit dans la logique de la lutte contre les atteintes légales au droit à la vie, mais perdue en raison des traditions juridiques et politiques propres de certains Etats américains. Quoi qu'il soit les conditions de recours à la peine capitale sont interprétées par la Cour interaméricaine de manière de plus en plus restrictive, puisque seule l'extrême gravité du crime en cause justifie la tolérance de la Convention par rapport à la survivance de la peine capitale.

932. Dans un Avis consultatif rendu par la Cour, il était question de la réserve faite par le Guatemala à l'article 4.4 de la Convention, selon laquelle la constitution nationale n'excluait du champ d'application de la peine capitale que les crimes politiques, mais pas les crime de droit commun connexes aux crimes politiques. Autrement dit, le Guatemala appliquait la peine capitale pour les crimes de droit commun et, par extension, se réservait la possibilité d'inclure dans cette catégorie d'autres crimes futurs, passibles de la peine de mort, pourvu qu'ils aient reçu une qualification de crime de droit commun. En cela, il y aurait doublement violation manifeste de la Convention.¹¹⁸⁶ La Cour va donc interpréter la portée de la réserve posée au regard du but et de l'objet de la Convention. De plus, elle va limiter la portée de la réserve guatémaltèque, au regard du mouvement général d'abolition de la peine capitale. Les juges vont ainsi estimer que l'Etat, qui n'a pas fait de réserve à l'article 4.2, reste lié obligatoirement par la prohibition de ne pas rendre passibles de la

¹¹⁸⁴ Cour idh, avis consultatif du 9 décembre 1994, *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention (Arts. 1 and 2 of the American Convention on Human Rights)*, série 1, n° 14.

¹¹⁸⁵ Article 4.4 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*.

¹¹⁸⁶ Au-delà de l'article 4.4, l'article 4.2 de la Convention dispose que « la peine de mort ne sera pas non plus appliquée à des crimes qu'elle ne sanctionne pas actuellement ».

peine de mort de nouveaux crimes, y compris les crimes de droit commun.¹¹⁸⁷ Et d'en déduire que

*« a reservation restricted by its own wording to Article 4(4) of the Convention does not allow the Government of a State Party to extend by subsequent legislation the application of the death penalty to crimes for which this penalty was not previously provided ».*¹¹⁸⁸

2. Le maintien de la peine de mort : une atteinte flagrante aux droits fondamentaux ?

933. Face au mouvement abolitionniste universel, il ne fait aucun doute que le maintien de la peine capitale constitue une atteinte flagrante aux droits fondamentaux les plus élémentaires. En tant que telle, il est possible d'assimiler la peine de mort à un réel traitement inhumain et dégradant. **(a.)** En conséquence, les Etats qui maintiennent la peine capitale voient leur action de plus en plus encadrée et contrôlée. **(b.)**

a. La peine de mort : un traitement inhumain et dégradant.

934. Dans l'affaire *Soering*, la Cour européenne des droits de l'homme n'avait pas considéré que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme prohibait, en

¹¹⁸⁷Cour idh, avis consultatif du 8 septembre 1983, *Restrictions to death penalty (art. 4(2) and 4(4) American Convention on human rights)*, série A, n° 3 : « Furthermore, if Article 4, whose second paragraph clearly establishes an absolute prohibition on the extension of the death penalty in the future, is examined as a whole, it becomes clear that the only subject reserved is the right to continue the application of the death penalty to political offenses or related common crimes to which that penalty applied previously. It follows that a State which has not made a reservation to paragraph 2 is bound by the prohibition not to apply the death penalty to new offenses, be they political offenses, related common crimes or mere common crimes. On the other hand, a reservation made to paragraph 2, but not to paragraph 4, would permit the reserving State to punish new offenses with the death penalty in the future provided, however, that the offenses in question are mere common crimes not related to political offenses. This is so because the prohibition contained in paragraph 4, with regard to which no reservation was made, would continue to apply to political offenses and related common crimes », §70.

¹¹⁸⁸ Ibid, conclusions de la Cour.

tant que tel, le principe de la peine de mort.¹¹⁸⁹ Or, privilégiant une approche évolutive des droits garantis par la Convention, les juges ont par la suite reconnu que

*« l'exécution de la peine de mort doit être considérée comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 ».*¹¹⁹⁰

935. Le cap de la reconnaissance du caractère inhumain de la peine de mort a été franchi. La cruauté d'une telle peine est avérée. Cette avancée indéniable s'inscrit directement dans le mouvement abolitionniste général prêché par le Conseil de l'Europe. A ce propos, il a été remarqué que *« la Cour franchit le pas, dès lors qu'elle conclut à l'existence d'une « pratique pertinente des Etats contractants » attestant de leur volonté de priver d'effet la stipulation de l'article 2 (1) de la Convention autorisant l'infliction de la peine capitale ».*¹¹⁹¹ En effet, elle constate l'abolition *de jure* de la peine capitale dans la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe,¹¹⁹² et prend acte de l'*opinio juris* des Etats membres du Conseil de l'Europe visant à étendre le champ d'application de l'article 3 de la Convention, pour y inscrire la peine de mort parmi les traitements cruels.

936. Une telle position se retrouve tant en droit interne que dans la pratique. Ainsi, la Commission de Venise a-t-elle reconnu, en se référant à diverses jurisprudences nationales que

*« dans la pratique (...), l'article 3 de la CEDH (...) ne laisse donc aucune place à la possibilité d'appliquer la peine capitale ».*¹¹⁹³

¹¹⁸⁹ Cour edh, *Soering c. Royaume-Uni*, op. cit., § 103 : *« les auteurs de la Convention ne peuvent certainement pas avoir entendu inclure dans l'article 3 (art. 3) une interdiction générale de la peine de mort, car le libellé clair de l'article 2 § 1 (art. 2-1) s'en trouverait réduit à néant ».*

¹¹⁹⁰ Cour edh, 12 mars 2003, *Öcalan c. Turquie*, § 198.

¹¹⁹¹ Flauss (J.F.), L'affaire Öcalan devant la Cour européenne des droits de l'homme, in *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, op. cit., p. 138.

¹¹⁹² Voir à ce propos Delaplace (E.), Note sous Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) (première section), 12 mars 2003, *Öcalan* contre Turquie, *JDI*, 2004, pp. 658-663.

¹¹⁹³ Commission de Venise, *Avis sur la compatibilité de la peine capitale avec la Constitution albanaise*, 38^{ème} réunion plénière, 22-23 mars 1999, CDL-INF (1999) 004f. La Commission s'est notamment basée sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine, selon laquelle *« la mort est une peine cruelle et la procédure judiciaire, qui s'accompagne nécessairement d'une incertitude dans l'attente de savoir si la sentence sera exécutée ou non, ajoute encore à cette cruauté. Il s'agit également là d'une peine inhumaine dans la mesure où, de par sa nature même, elle implique la négation de l'humanité de la personne exécutée, en même temps qu'elle revêt un caractère dégradant en privant le condamné de toute dignité et en le traitant*

937. Dès lors, assimiler peine de mort et cruauté s'inscrit pleinement dans le mouvement abolitionniste universel de la peine capitale. Mais il n'empêche que certains Etats, et non des moindres, maintiennent la peine capitale comme peine absolue.

b. Le maintien de la peine de mort comme sanction absolue : l'accroissement du contrôle des garanties procédurales.

938. Force est de constater que les pays qui ont maintenu la peine de mort dans leur ordonnancement juridique sont soumis à un contrôle de plus en plus strict des organes protecteurs des droits fondamentaux, lesquels s'attachent à vérifier la compatibilité du prononcé de la peine avec toutes les exigences des droits de l'accusé et du procès équitable. Or, afin de pallier à un recours arbitraire de la peine de mort, le droit international a imposé des règles procédurales strictes, dont le respect s'impose aux Etats. Comme l'a remarqué la Cour européenne des droits de l'homme,

*« l'exécution de la peine de mort étant irréversible, ce n'est que par l'application de telles normes qu'une mort arbitraire et illégale peut être évitée ».*¹¹⁹⁴

939. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme subordonne la peine de mort à l'exigence du procès équitable,¹¹⁹⁵ le Pacte de 1966 protège l'individu en tant quel tel, en prohibant la peine de mort pour les mineurs ainsi que pour les femmes enceintes,¹¹⁹⁶ tandis que la Convention interaméricaine se veut encore plus restrictive en imposant une limitation maximale quant à l'âge.¹¹⁹⁷ En ce sens, le Comité des droits de l'homme a conclu à la violation des dispositions du Pacte relatives au droit à la vie, en cas de procès inéquitable. C'est la raison pour laquelle

comme un objet devant être éliminé par l'Etat », State v. Makwanyane and Mchunu, Arrêt n° CCt/3/94, 6 juin 1995, (cité dans l'Avis de la Commission).

¹¹⁹⁴ Cour edh, *Öcalan c. Turquie*, op. cit, § 203.

¹¹⁹⁵ Article 2.1 de la Convention européenne : « la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ».

¹¹⁹⁶ Article 6.5 du Pacte : « une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans et ne peut être exécutée contre des femmes enceintes ».

¹¹⁹⁷ Article 4.5 de la Convention interaméricaine « la peine de mort ne peut être infligée aux personnes qui, au moment où le crime a été commis, étaient âgées de moins de dix-huit ans ou de plus de soixante-dix ans; de même elle ne peut être appliquée aux femmes enceintes ».

« le Comité est d'avis que prononcer la peine de mort au terme d'un procès où les dispositions du Pacte n'ont pas été respectées constitue, si aucun appel ultérieur n'est possible, une violation de l'article 6 du Pacte. Comme le Comité l'a noté dans son observation générale 6 (a), la disposition selon laquelle la peine de mort ne peut être prononcée que selon la législation en vigueur et ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du Pacte implique que "les garanties d'ordre procédural prescrites dans le Pacte doivent être observées, y compris le droit à un jugement équitable rendu par un tribunal indépendant, la présomption d'innocence, des garanties minima de la défense et le droit de recourir à une instance supérieure". Dans l'affaire présente, étant donné que la sentence de mort a été finalement prononcée sans satisfaire aux exigences d'un procès équitable énoncées à l'article 14, il faut conclure que le droit protégé par l'article 6 du Pacte a été violé ».¹¹⁹⁸

940. L'exemple des Etats-Unis est symptomatique en la matière, laissant augurer une abolition absolue de la peine capitale.¹¹⁹⁹ En effet, la Cour Suprême prend acte de la nécessité de protéger les droits fondamentaux, en déclarant inconstitutionnelles les exécutions qui violeraient les droits de l'accusé. Ainsi, les juges ont déclaré qu'était contraire à la constitution américaine l'exécution d'un individu souffrant d'arriération mentale, au motif qu'il ne pouvait pleinement coopérer avec son avocat.¹²⁰⁰ De même, est inconstitutionnelle l'exécution d'un individu, mineur au moment des faits,¹²⁰¹ au double motif qu'une telle condamnation serait contraire au « *consensus national sur l'abolition de la peine de mort pour les mineurs* »¹²⁰² qui se cristallise en jurisprudence américaine

¹¹⁹⁸ Communication No. 250/1987, *Carlton Reid c. Jamaïque*, 20 juillet 1990, § 11.5. Le Comité des droits de l'homme s'est par la suite prononcé sur l'automatisme de la peine de mort. Il a été délibérément choisi de traiter ce point ultérieurement, dans les développements consacrés à la personnalisation de la peine.

¹¹⁹⁹ Voir à ce propos Schimmel (D.), *La peine de mort aux Etats-Unis : un espoir vient de la Cour Suprême*, *A.J.D.P.*, 2005, pp. 282-284.

¹²⁰⁰ Cour suprême des Etats-Unis, 20 juin 2002, *Atkins v. Virginia*.

¹²⁰¹ Cour suprême des Etats-Unis, 1^{er} mars 2005, *Roper v. Simmons*.

¹²⁰² Bernaz (N.), *L'abolition de la peine de mort pour les mineurs aux Etats-Unis : quelques réflexions à propos de l'arrêt Roper v. Simmons du 1^{er} mars 2005*, *R.F.D.C.*, 2006, p. 441.

depuis quelques années, et qu'un tel prononcé constituerait une peine cruelle au regard du 8^{ème} amendement de la Constitution fédérale.¹²⁰³

941. En revanche, d'un point de vue strictement international, les Etats-Unis se sont vus reprocher à deux reprises la violation de leurs obligations découlant de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. En effet, en procédant à l'exécution de ressortissants étrangers, sans les avoir informés, au préalable, et à temps, de leur droit à l'information et à l'assistance consulaire, les Etats-Unis ont pleinement manqué à leur devoir, en vertu d'une coutume internationale codifiée.¹²⁰⁴ De plus, en tant qu'Etat partie au Statut de la Cour internationale de justice, les Etats-Unis ont l'obligation de se soumettre aux mesures provisoires exigeant la suspension des exécutions concernant des ressortissants étrangers.¹²⁰⁵ Une telle position n'est finalement que la confirmation de la jurisprudence consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme selon laquelle

*« nonobservance of a detained foreign national's right to information, recognized in Article 36(1)(b) of the Vienna Convention on Consular Relations, is prejudicial to the guarantees of the due process of law; in such circumstances, imposition of the death penalty is a violation of the right not to be "arbitrarily" deprived of one's life, in the terms of the relevant provisions of the human rights treaties ».*¹²⁰⁶

§. II. Une interdiction relative du droit international de recourir aux sanctions pénales.

942. Le droit international prescrit des cas dans lesquels la sanction pénale est prohibée. En effet, quand bien même certains comportements peuvent être analysés comme répréhensibles, soit ils ne présentent pas un degré certain de gravité, soit les règles qu'ils violent ne sont pas de celles engageant la responsabilité pénale. En fait de quoi, le droit

¹²⁰³ 8^{ème} amendement « *des cautions excessives imposées ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des châtements cruels et inusités infligés* ».

¹²⁰⁴ CIJ, 27 juin 2001, *Lagrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec, 2001, pp. 492 et s ; CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec, 2004, pp. 42 et s.

¹²⁰⁵ *Affaire Lagrand*, ibid.

¹²⁰⁶ Cour idh, A.C, du 1^{er} octobre 1999, *The Right to Information on Consular Assistance. In the Framework of the Guarantees of the due Process of Law.*, Série A No. 16, § 137.

international interdit tout simplement aux Etats d'exercer leur souveraineté pénale. Or, une telle prohibition est si rare qu'elle mérite d'être évoquée, bien qu'aucun trait commun ne rattache les quelques comportements visés. En effet, une cette interdiction se retrouvera aussi bien dans des textes protecteurs des droits individuels, (A.) que dans secteurs bien particuliers du droit international, traduisant ce constat qu'une pratique généralisée fait défaut, et que seule une prohibition sectorielle peut être retenue.(B.)

A. Des sanctions pénales inutiles pour protéger les droits individuels.

943. Le droit international est venu affirmer que le recours aux sanctions pénales n'était pas requis, lorsque certains droits individuels devaient être protégés. Ces cas sont extrêmement rares car ils ne concernent que l'évasion des prisonniers de guerre, (1.) ainsi que la protection des réfugiés. (2.)

1. L'évasion des prisonniers de guerre.

944. La *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* vient explicitement proscrire, dans certains cas, le recours par les Etats à des sanctions pénales. Cette prohibition concerne l'évasion des prisonniers de guerre. Par nature, le statut de prisonnier de guerre est un statut aléatoire, résultant d'une situation non voulue. En fait de quoi, il semble logique de ne pas pénaliser une évasion, comportement par nature humain. C'est la raison pour laquelle la troisième Convention de Genève dispose que

« les prisonniers de guerre qui, après avoir réussi leur évasion au sens du présent article, seraient de nouveau faits prisonniers, ne seront passibles d'aucune peine pour leur évasion antérieure »,¹²⁰⁷

et que,

« un prisonnier de guerre qui tente de s'évader et qui est repris avant d'avoir réussi son évasion, au sens de l'article

¹²⁰⁷ Article 91.2 de la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre.

*91, ne sera passible pour cet acte, même en cas de récidive, que d'une peine disciplinaire ».*¹²⁰⁸

945. Comme le font remarquer les commentaires de la Convention, de telles dispositions assurent au prisonnier un « *privilège de l'impunité* ». ¹²⁰⁹ Le fondement de cette interdiction réside dans le fait que l'évasion, « *lorsqu'elle est réussie, éteint tout pouvoir de la Puissance détentrice sur le prisonnier, pouvoir qui ne trouve son fondement que dans la captivité elle-même* ». ¹²¹⁰ Sanctionner pénalement un prisonnier de guerre qui aurait tenté de s'échapper paraît anachronique, puisqu'il est légitime, dans une telle situation de tout faire pour vouloir s'évader. Si peine il doit y avoir, suite à la reprise du prisonnier, il ne pourra s'agir que d'une peine disciplinaire, infligée par les juridictions militaires compétentes. ¹²¹¹ Le droit international interdit donc d'incriminer et de pénaliser l'évasion ou la tentative d'évasion du prisonnier de guerre. Au-delà d'une stricte approche conventionnelle, est-il besoin de rappeler que les Conventions de Genève ont codifié la coutume existante ? Le caractère coutumier de la norme impose donc à tous les Etats de prévoir, dans leur droit interne, une telle prohibition, ainsi que les éventuelles sanctions disciplinaires qui y sont attachées.

2. La protection des réfugiés.

946. La *Convention relative au statut des réfugiés* vient interdire également l'exercice plein et entier de la souveraineté pénale étatique. ¹²¹² Cette dernière a pour but essentiel d'accorder et de reconnaître un statut et des droits à une catégorie d'individus, dont la situation est par nature précaire, tant au plan interne qu'international. Ainsi, ce texte vient imposer aux Etats le respect de l'ensemble des obligations qu'il énonce, dont celle qui interdit l'application ou le prononcé de sanctions pénales pour les réfugiés en situation irrégulière dans leur pays d'accueil ou bien encore celle interdisant l'expulsion de pareils individus. De ce fait,

¹²⁰⁸ Article 92.1.

¹²⁰⁹ Preux de (J.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, C.I.C.R., 1958, vol 3, p. 473.

¹²¹⁰ Ibid.

¹²¹¹ Cette règle ne fait que reprendre l'interdiction déjà présente à l'article 50 de la *Convention relative au traitement des prisonniers* du 27 juillet 1929, et selon lequel « *les prisonniers de guerre évadés qui seraient repris avant d'avoir pu rejoindre leur armée ou quitter le territoire occupé par l'armée qui les a capturés ne seront passibles que de peines disciplinaires* ».

¹²¹² Convention relative au Statut des réfugiés signée à Genève le 28 juillet 1951.

*« les Etats contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée (...) entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation(...) ».*¹²¹³

947. De même la Convention impose que ces dits Etats

*« (...) n'expulseront un réfugié que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public ».*¹²¹⁴

948. Il est donc clair que cette Convention constitue un frein à la souveraineté pénale, en ce sens qu'elle vient en interdire l'exercice par les Etats. Une telle prohibition s'expliquera par le souci de protéger les droits fondamentaux du réfugié, et notamment son droit à la vie. Toute mesure pénale interne visant à sanctionner l'entrée irrégulière d'un réfugié sur le territoire d'un Etat, dès lors que l'individu a le statut de réfugié et sous réserve des critères de dangerosité et de menace prévus par la Convention, sera illégale et constituera une violation du droit conventionnel, même sous couvert d'exercice de la souveraineté pénale.

B. Une prohibition potentielle au cas par cas.

949. Le droit international n'a pas franchi le cap de la souveraineté, en interdisant pleinement, dans certains domaines, le recours à des sanctions pénales. En tant que tels, les Etats, sont encouragés à ne pas prendre de telles sanctions. Le désavantage d'une telle prohibition est qu'elle ne suit pas de schéma logique, puisqu'elle est prévue dans les règles du droit de la mer, (1.) ainsi que dans des domaines extrêmement disparates. (2.)

1. Une prohibition prévue par le droit de la mer.

950. Le droit de la mer, tel qu'issu de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* de 1982, reste ambigu en matière de sanctions pénales. En effet, cette branche particulière du droit regroupant en son sein des règles de droit international, de droit public

¹²¹³ Article 31. 1. Voir à ce propos Goodwin-Gill (G.), McAdam (J.), *The refugee in international law*, Oxford University Press, 2007, pp. 264 et s.

¹²¹⁴ Article 32.

ou encore de droit de l'environnement, demeure incertaine quant à l'étendue de la répression de ses violations. Il ne fait aucun doute que le régime de protection de la zone concernée oscillera entre affirmation de règles propres à la souveraineté nationale et de règles pures de droit international. De par ses dispositions, la Convention opère un rappel permanent à la souveraineté nationale, au travers de l'Etat côtier, de l'Etat d'immatriculation, de celui du pavillon ou bien encore par les règles de compétence personnelle. Mais, il s'avère que ce droit conventionnel impose majoritairement aux Etats de protéger le droit de la mer sans pour cela recourir aux voies pénales. En effet, force est de constater que la sanction des violations du texte est partagée entre de rares sanctions pénales et de nombreuses condamnations administratives. Les termes de la Convention sont quant à eux vagues et incertains en matière de répression pénale puisqu'ils se contentent de prévoir, de manière générale, la prise de mesures administratives ou de toute autre mesure de droit interne. C'est ainsi que l'emprisonnement est exclu des sanctions prévues pour les violations des règles de pêche dans la zone économique exclusive, puisque

*« les sanctions prévues par l'Etat côtier pour les infractions aux lois et règlements en matière de pêche dans la zone économique exclusive ne peuvent comprendre l'emprisonnement, à moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, ni aucun autre châtement corporel ».*¹²¹⁵

951. De même, le risque de pollution maritime doit être circonscrit par des mesures administratives ou des amendes. Les Etats ont ainsi interdiction d'instaurer une quelconque pénalisation préventive. Il est pour cela prévu que

« 1. Seules des peines pécuniaires peuvent être infligées en cas d'infraction aux lois et règlements nationaux ou aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, qui ont été commises par des navires étrangers au-delà de la mer territoriale.

¹²¹⁵ Article 73.3.

*2. Seules des peines pécuniaires peuvent être infligées en cas d'infraction aux lois et règlements nationaux ou aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, qui ont été commises par des navires étrangers dans la mer territoriale, sauf s'il s'agit d'un acte délibéré et grave de pollution ».*¹²¹⁶

952. En matière de protection et de préservation du milieu marin, la Convention prévoit également que l'Etat côtier détient le pouvoir de prononcer l'immobilisation du navire, conformément à son droit interne, dès lors qu'une pollution notable de son littoral est avérée.¹²¹⁷ Cette solution, au regard de la seule obligation internationale de protection de l'environnement est plus que choquante. Quoiqu'il en soit, il semblerait que l'Etat aurait à privilégier la prise de mesures administratives au détriment de sanctions pénales, qui présenteraient l'avantage d'être dissuasives et plus efficaces.

953. Il ne faut cependant pas généraliser cette pratique à l'ensemble des décisions que les Etats doivent prendre en la matière. En effet, comme les termes de la Convention restent vagues, d'une interprétation large du texte, on peut en retirer que, même si des mesures administratives semblent privilégiées, il n'en demeure pas moins que des mesures pénales sont envisageables. Ainsi, la Convention n'exclut pas explicitement le recours aux règles pénales. L'article 33 du texte n'en constitue-t-il pas un exemple éloquent puisqu'il dispose que

« dans une zone contiguë à sa mer territoriale (...) l'Etat côtier peut exercer le contrôle nécessaire en vue de (...) réprimer les infractions (...) commises sur son territoire ou dans sa mer territoriale » ?

Dans ce cas l'imprécision des termes permettrait de se référer aussi bien à une souveraineté administrative qu'à une souveraineté pénale.

¹²¹⁶ Article 230.

¹²¹⁷ L'article 200§ 6 dispose donc que « lorsqu'il y a preuve manifeste qu'un navire naviguant dans la zone économique exclusive ou la mer territoriale d'un Etat a commis, dans la zone économique exclusive, une infraction visée au paragraphe 3 ayant entraîné des rejets qui ont causé ou risquent de causer des dommages importants au littoral ou aux intérêts connexes de l'Etat côtier ou à toutes ressources de sa mer territoriale ou de sa zone économique exclusive, cet Etat peut, sous réserve de la section 7, si les éléments de preuve le justifient, intenter une action, notamment ordonner l'immobilisation du navire conformément à son droit interne».

2. Des cas isolés de prohibition de sanctions pénales.

954. Certains textes internationaux, en dépit de la matière en cause, ne contiennent aucune disposition propre ni à incriminer, ni à prévoir des sanctions pénales. Or, il est certain que les droits en cause pourraient être de ceux nécessitant une protection pénale. De même, de rares Traités, s'ils ne prohibent pas explicitement le recours aux sanctions pénales, n'imposent pas pour autant aux Etats d'en prendre. Tel est le cas de la *Convention sur la circulation routière* du 8 novembre 1968. Ce texte prévoit notamment que les Etats doivent prendre les mesures adéquates afin que les règles de circulation en vigueur sur leur territoire soient en conformité avec les dispositions de la Convention. Or, ce texte n'ayant aucune ambition répressive, il ne contient aucune obligation d'incrimination. Malgré tout, les rédacteurs de la Convention ont jugé nécessaire de prévoir une disposition selon laquelle

*« les dispositions du présent paragraphe n'obligent pas les Parties contractantes à prévoir des sanctions pénales pour toute violation des dispositions du chapitre II reprises dans leurs règles de circulation ».*¹²¹⁸

955. Certes, la prohibition n'est pas absolue puisqu'elle prend la forme d'une injonction hypothétique à ne pas adopter de sanctions pénales. Simplement, les Etats semblent encouragés à prévoir d'autres types de peines pour les infractions à la circulation routière. Ces règles ne sont en somme que des règles de conduite dont la violation ne justifierait en rien des sanctions pénales, qui ne seraient ni utiles, ni adéquates.

956. La recherche d'une sanction pénale efficace passe par l'ordre juridique national. Il revient aux autorités de l'Etat de prendre acte du droit international et de fixer les peines les plus adéquates possibles afin de remplir pleinement leur mission de répression. Bien que le législateur dispose en la matière d'une apparente liberté, il n'empêche que le droit international vient largement encadrer le libre choix de la sanction et l'organisation de l'échelle des peines, en posant des règles dont le respect s'impose aux Etats.

¹²¹⁸ Article 3.1.b). L'Accord européen complétant la *Convention sur la circulation routière* du 1^{er} mai 1971 prévoit en son article 1^{er} alinéa 3 une disposition similaire.

CHAPITRE II : LE PRONONCE DE LA SANCTION.

957. Lors du prononcé de la peine, celle-ci, pour être effective et efficace, doit mettre en exergue l'exacte responsabilité pénale du criminel. Même si le juge national jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire, tout au moins d'une réelle liberté dans l'appréciation du choix de la peine,¹²¹⁹ il n'empêche qu'un certain nombre de principes et contraintes devront être respectés. On se trouve en pleine philosophie de la peine, étape ultime de la chaîne répressive car c'est à cet endroit que s'appliquent les règles dégagées en droit international. Cependant, un certain nombre de contraintes s'imposent à l'Etat, et particulièrement au juge, lors de la formation de la sanction, (**Section 1.**) même si certaines mesures nationales favorisent une altération relative de l'efficacité de la peine. (**Section 2**)

SECTION 1 : DES CONTRAINTES DANS LA FORMATION DE LA SANCTION.

958. Lors du prononcé de la sanction, les autorités nationales doivent garantir une bonne administration de la justice et respecter les droits de l'accusé. De cela, découlent deux sortes de contraintes qui vont s'imposer au juge, d'une part face au caractère de la sanction, (§ I.) d'autre part face à son ampleur. (§ II.)

§. I. Des contraintes face au caractère de la sanction.

959. Le juge se trouve d'abord contraint de respecter certaines règles relatives au caractère de la peine. En effet, celle-ci ne peut être une sanction impersonnelle qui ne reflèterait que l'arbitraire de la loi. Il apparaît donc que la peine doit traduire l'exacte responsabilité individuelle du criminel (A.) et que des peines automatiques ne peuvent être prononcées. (B.)

¹²¹⁹ Voir à ce propos, Leblois-Happe (J.), Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu becs et ongles par la Chambre criminelle, *Droit pénal*, 2003, n° 4, pp. 4-5.

A. Une peine traduisant la responsabilité individuelle.

960. Comme la sanction prononcée doit refléter l'exacte responsabilité pénale du criminel, le juge doit appliquer les théories de la personnalité et de la personnalisation de la peine, deux principes qui découlent directement de la responsabilité individuelle, (1.) et qui constituent, par là même, une réelle garantie d'équité. (2.)

1. Personnalité et personnalisation de la peine.

961. De l'affirmation de la responsabilité pénale individuelle découle l'idée de peine rétributive. Le juge national aura alors pour mission de rendre une sentence traduisant cette responsabilité individuelle de l'accusé, au nom du respect de ces deux règles que sont la personnalité (a.) et la personnalisation de la peine. (b.)

a. La personnalité de la peine : corollaire de la responsabilité pénale individuelle.

962. Comme l'ont remarqué Roger Merle et André Vitu, « *le droit pénal classique, tout entier orienté vers la rétribution des responsabilités individuelles est imprégné du principe de la personnalité des peines* »¹²²⁰, selon lequel l'individu condamné à une sanction pénale doit supporter seul le poids de son châtiment et les conséquences de la répression. Ce principe de la personnalité des peines apparaît donc comme étant une conséquence directe et logique de la responsabilité pénale individuelle. A ce titre, responsabilité pénale rime avec responsabilité personnelle. Elle doit en outre répondre à cette exigence selon laquelle la peine « *peut être rapportée à la personnalité individuelle de l'homme, car il s'agit de sa propre expérience intime* ». ¹²²¹ En effet, « *à partir du moment où l'on affirme que seules les personnes reconnues responsables pénalement encourent une peine, il faut bien admettre que les seules personnes punissables sont celles qui ont personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, comme auteurs, co-auteurs ou complices, puisque nul*

¹²²⁰ Merle (R.), Vitu (A.), *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle*, op. cit, p. 664.

¹²²¹ Lernell (L.), L'individualisation de la peine et la personnalité du délinquant, in *En hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 176.

n'est responsable pénalement que de son fait personnel ». ¹²²² En conséquence, la personnalité des peines ne s'appliquera qu'à l'individu reconnu personnellement et individuellement responsable, et seront prohibées les peines collectives. Or, dès lors que les droits nationaux reconnaissent et appliquent la responsabilité pénale individuelle, force est de constater que la règle de la personnalité des peines s'y retrouve logiquement. Comme l'a remarqué la doctrine, cette règle « *ne fait que consacrer un principe multiséculaire de la réaction sociale face à la délinquance* ». ¹²²³

963. Les législations consacrent la responsabilité pénale individuelle, et donc appliquent la personnalité des peines, à l'image du Code pénal français qui synthétise les deux règles en énonçant que

« nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». ¹²²⁴

Le Code pénal bulgare énonce que

« the criminal responsibility is personal. Punishment can be imposed only on a person who has committed a crime stipulated by the law ». ¹²²⁵

Quant au Code criminel azéri, il prescrit que,

« the person shall be subjected to the criminal liability and punishment only for socially dangerous action (action or inaction) and its consequences, concerning of which his fault is provided ». ¹²²⁶

Le Code criminel russe fait également de la responsabilité pénale individuelle la pierre angulaire de son système répressif puisque

« a person shall be brought to criminal responsibility only for those socially dangerous actions (inaction) and socially

¹²²² Frossard (S.), Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines, *R.S.C.*, 1998, p. 705.

¹²²³ Lassalle (J.Y.), Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale, *JCP G*, 1993, n° 31, doctrine, 3695, p. 339.

¹²²⁴ Article 121-1 du Code pénal français.

¹²²⁵ Article 35 du Code pénal bulgare.

¹²²⁶ Article 7.1 du Code criminel azéri.

dangerous consequences in respect of which his guilt has been established». ¹²²⁷

Le Code pénal moldave, quant à lui, contient un article intitulé, sans ambiguïté, « *principe du caractère personnel de la responsabilité pénale* » où la règle de la personnalité est clairement établie puisque

«est seul punissable celui qui commet des faits avec culpabilité». ¹²²⁸

b. Une nécessaire personnalisation de la peine.

964. De la règle de la personnalité des peines en découlera directement une autre, celle de la personnalisation de la peine. Selon cette dernière, dès lors que la responsabilité pénale individuelle est établie, le juge doit adopter des sanctions prenant en compte notamment la personnalité du criminel ainsi que les circonstances de la commission de l'infraction, ou tout autre élément qu'il jugera nécessaire d'analyser. En tant que telle, cette règle est la garantie d'une justice équitable et illustre le « *passage de la sanction arbitrairement prévue par la loi à la peine concrète, déterminée par le magistrat [donnant] (...) à l'acte de juger une dimension individualisante* ». ¹²²⁹ La mission confiée au juge s'avère donc délicate car il est fait appel à sa discrétionnarité et à son pouvoir souverain d'appréciation. En effet, au-delà d'une stricte application de la loi pénale, le juge est contraint de rechercher les motivations profondes du criminel et d'adapter la sanction à ses particularismes et à sa subjectivité. De plus, il doit rendre sa sentence en conciliant les intérêts de la victime, du criminel et de la société. Lui reviendra l'obligation délicate de déterminer au mieux le choix de la peine et son quantum. La pratique a donc fait de cette règle une obligation à la charge du juge, obligation dont le respect conditionne le bon déroulement et l'effectivité de la procédure et du jugement. Il a d'ailleurs été remarqué, à ce propos, que « *le juge doit concilier des intérêts parfois opposés, dans la mesure où ils peuvent justifier, selon les cas, soit une certaine mansuétude, soit au contraire une*

¹²²⁷ Article 5.1 du Code criminel russe.

¹²²⁸ Article 6.1 du Code pénal de Moldavie.

¹²²⁹ Papatheodorou (T.), La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français, *R.S.C.*, 1997, p. 19.

particulière sévérité ». ¹²³⁰ Sous un angle resocialisateur, eu égard à la règle de la personnalisation, le rôle du juge sera accru. Une vision évolutive de la peine est privilégiée. A cet égard, la doctrine a remarqué qu'« *on ne demande plus seulement au juge de dire le juste lors de son jugement, mais surtout d'obtenir la réinsertion sociale, sinon l'amendement du délinquant, par le choix de la mesure qui sera réajustée, aussi souvent qu'il conviendra* ». ¹²³¹

965. C'est ainsi que le Code pénal français concilie la personnalisation avec la protection des intérêts fondamentaux de la société, puisqu'il est prévu que

« dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur (...) La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions ». ¹²³²

966. Sous son article « *Principe de l'individualisation de la responsabilité pénale et de la peine* », le Code pénal moldave dispose également que

« la loi pénale s'applique compte tenu du caractère et de la gravité de l'infraction commise, de la personnalité du coupable, de même que des circonstances atténuantes ou aggravantes ». ¹²³³

¹²³⁰ Desportes (F.), Le Guehec (F.), *Droit pénal général*, treizième édition, Economica, 2006, p. 911. (1171 p.)

¹²³¹ Pradel (J.), L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau Code pénal, *R.S.C.*, 1977, p 723.

¹²³² Article 132-24.

¹²³³ Article 7 du Code pénal moldave.

2. Une garantie d'équité.

967. Le droit international des droits de l'homme est muet quant aux destinées de la peine et, notamment, quant à la personnalité ou la personnalisation de la peine. En effet, ni les Pactes de 1966, ni la Convention européenne des droits de l'homme, ne consacrent de telles règles. Selon la doctrine, ces règles se dégageraient des droits judiciaires garantis, et notamment de l'exigence d'un procès équitable.¹²³⁴ En effet, sans prendre explicitement partie pour la reconnaissance de la personnalisation de la peine, les organes protecteurs des droits de l'homme consacrent le contrôle du juge et son appréciation souveraine des faits. Ainsi, de jurisprudence constante, la Cour Européenne des droits de l'homme ne s'est pas reconnue compétente pour statuer sur la personnalisation des peines, laissant cette obligation à la discrétion des juridictions nationales. C'est la raison pour laquelle les juges de Strasbourg ont reconnu qu'un organe judiciaire, quel qu'il soit, quand il répond aux critères de juridiction posés à l'article 6 de la Convention,

*« doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi ».*¹²³⁵

968. Or, il semble que la Cour ne se prononça qu'une seule fois sur l'éventualité d'un contrôle de la personnalisation des peines. Dans l'affaire *G.B c. France*, le requérant et ses complices furent inculpés de viols et agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans. Le requérant estimait notamment que *« le refus opposé à sa demande de contre-expertise méconnaît les droits de la défense, dans la mesure où, selon lui, une telle contre-expertise était indispensable eu égard, d'une part, à la volte-face de l'expert et, d'autre part, au poids que le revirement brutal de ce dernier pouvait avoir dans la détermination de la responsabilité pénale de l'accusé et dans la personnalisation de la peine. Sur ce dernier point, le requérant relève que la peine prononcée à son encontre fut plus sévère que celles retenues à l'encontre des trois autres coaccusés ».*¹²³⁶ Or, la Cour réaffirme le pouvoir qu'a le juge national d'apprécier seul et souverainement les faits de l'espèce et d'en tirer

¹²³⁴ Desportes (F.), Le Guehec (F.), op.cit, p. 916.

¹²³⁵ Cour edh, 4 mars 2004, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, § 27. On retrouve une formulation analogue dans de multiples affaires. Voir notamment, Cour edh, 23 octobre 1995, *Schmautzer c. Autriche*, § 36 ; Cour edh, 13 avril 2006, *Vaturi c. France*, § 49 ; Cour edh, 30 novembre 2006, *Greco c. Roumanie*, § 62.

¹²³⁶ Cour edh, 2 octobre 2001, *GB c. France*, § 48.

les conséquences, quant à la personnalisation, pour fixer la peine et son quantum.¹²³⁷ En aucun cas il n'appartiendra à la Cour d'effectuer autre chose qu'un contrôle de la légalité des faits, non de leur opportunité. A ce titre, les juges reconnaissent qu'il n'est pas de la compétence de la Cour de

*« substituer sa propre appréciation des faits et des preuves à celle des juridictions internes, à qui il revient en principe de peser les éléments recueillis par elles. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la procédure litigieuse, envisagée comme un tout, y compris le mode d'administration des preuves, a revêtu un caractère équitable ».*¹²³⁸

B. La prohibition générale des peines automatiques.

969. Une peine est automatique dès lors que, pour un crime donné, le juge applique *ipso facto* une peine déterminée sans prendre en considération des éléments extérieurs. Selon ce principe, un criminel est passible automatiquement d'une peine impérative. La seule commission du crime suffit à entraîner, invariablement, le prononcé de la sanction pré-établie. Or, de telles peines sont interdites et cette prohibition s'impose au juge. Une telle pratique est éminemment contraire à la libre appréciation des peines **(1.)** et apparaît, au regard des droits de l'homme, comme une pratique illégale. **(2.)**

1. L'automatisme des peines contraire à la libre appréciation des peines.

970. Lorsqu'un juge prononce des peines automatiques, il ne fait que nier l'individualisation des peines. **(a.)** Cette règle est fondamentale, même si, à priori, elle n'est qu'une règle de droit interne, ignorée du droit international. **(b.)**

¹²³⁷ A cet endroit, le seul contrôle qu'effectuera la Cour sur le quantum des peines sera un contrôle de proportionnalité, lequel sera abordé dans la suite des développements.

¹²³⁸ Ibid, § 59. Une telle règle est constamment rappelée par la Cour, puisque qu'on peut la retrouver dans les affaires : Cour edh, 16 décembre 1992, *Edwards c. Royaume-Uni*, § 34 ; Cour edh, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, § 34 ; Cour edh, 23 avril 1998, *Bernard c. France*, § 37.

a. Une négation de l'individualisation des peines en droit interne.

971. Il est un principe reconnu dans la majorité des droits pénaux nationaux selon lequel les peines automatiques sont prohibées. L'interdiction d'une telle pratique repose sur le fait qu'elle viole indubitablement les droits de l'accusé, ainsi que la règle de la personnalisation de la peine, car elle prive l'accusé de la possibilité de présenter au tribunal tout élément susceptible d'alléger ou d'atténuer la peine encourue. En tant que tel, le juge ne tiendrait compte d'aucun élément de personnalisation et ne pourrait pas librement prononcer la peine, une justice automatique étant, au regard des principes fondamentaux du procès, une justice partielle.

972. Le Conseil constitutionnel français a ainsi reconnu que le prononcé de peines automatiques était inconstitutionnel, violant notamment les principes de nécessité des peines et de proportionnalité proclamés à l'article 8 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. C'est la raison pour laquelle le Conseil a censuré un projet de loi relative à l'immigration en reconnaissant qu'un

*« arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée ; que, dans ces conditions, le prononcé de ladite interdiction du territoire par l'autorité administrative ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ».*¹²³⁹

973. En conséquence d'une telle censure, le juge doit pleinement personnaliser la peine, tandis qu'il appartient au législateur de répercuter, en droit interne, la prohibition de l'automatisme ainsi que la règle de la personnalisation. En se basant sur une telle

¹²³⁹ Conseil constitutionnel, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. Une telle règle est réaffirmée par le Conseil puisque « le principe de nécessité des peines implique que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce ; que la possibilité ultérieurement offerte au juge de relever l'intéressé, à sa demande, de cette incapacité, au cas où il a apporté une contribution suffisante au paiement du passif, ne saurait à elle seule assurer le respect des exigences qui découlent du principe de nécessité énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », Conseil Constitutionnel, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999.

jurisprudence, les « *peines planchers* » visant à punir, en droit français, les multirécidivistes, ont été sujettes à de nombreuses critiques, car elles sont assimilées à des peines automatiques, négation de l'individualisation de la peine. Or, la doctrine a remarqué, à juste titre, qu'une telle pratique instaurant des peines minimales obligatoires ne constitue pas une exception française et qu'elle laisse au juge son « *entière liberté pour choisir une peine située entre le minimum et le maximum légal* ». ¹²⁴⁰ Celui-ci ne demeure engagé que par un cadre légal pré-établi, mais il reste souverainement libre quant à l'appréciation et au choix de la peine.

b. Le silence du droit international.

974. Le droit international ne semble pas prendre acte de la prohibition des peines automatiques. En effet, à la lecture des diverses Conventions répressives, il semble évident que cette question est renvoyée à l'appréciation des Etats et de leurs organes de contrôle. De ce fait, dans des textes où l'on pourrait s'attendre à trouver mentionnés les principes pénaux nécessaires, ceux-ci sont renvoyés à l'appréciation et l'application souveraine des Etats concernés. Or, comme cette prohibition semble généralement admise en droit interne, il n'a certainement pas paru utile de la préciser davantage en droit international.

975. Extrêmement rares sont donc les cas de Conventions internationales qui prescriraient d'avoir recours, en droit interne, à des peines automatiques. Le cas s'est produit lorsqu'il a été question d'adapter en droit national la *Convention internationale contre le dopage dans le sport*. Le but de cette Convention de l'Unesco est de

« *promouvoir la prévention du dopage dans le sport et la lutte contre ce phénomène en vue d'y mettre un terme* ». ¹²⁴¹

976. A ce titre, les Etats s'engagent notamment à respecter les dispositions du *Code mondial antidopage* du 5 mars 2003, qui, bien que ne faisant pas partie de la Convention, constitue une source d'inspiration prioritaire et non négligeable pour les Etats, lorsqu'ils adoptent les mesures d'application du Traité. Or, ce Code mondial dispose que

¹²⁴⁰ Moutouh (H.), *Des peines planchers pour prendre le droit pénal au sérieux*, Dalloz, 2006, p. 2941.

¹²⁴¹ Article premier de la *Convention internationale contre le dopage dans le sport* du 19 octobre 2005.

« la période de suspension imposée pour une violation des article 2.1 (présence d'une substance interdite, de ses métabolites et de ses marqueurs), 2.2 (usage ou tentative d'usage d'une substance ou méthode interdite) et 2.6 (possession de substances ou méthodes interdites) sera la suivante : première violation : 2 années de suspension ; seconde violation : suspension à vie ».¹²⁴²

977. Lors des discussions parlementaires, en vue de la ratification, par la France, du texte de la Convention, la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale estima, dans son rapport, que les peines ainsi instaurées étaient des peines automatiques contraires aux principes de proportionnalité et de personnalisation des peines. Cependant, deux raisons ont milité en faveur de l'adoption du projet de loi. Tout d'abord, le rapport précise que si l'automatisme des peines a été retenue, c'est « pour éviter que, sous des influences diverses, les fédérations nationales ou internationales ne prennent des sanctions purement symboliques, ce qui discréditerait, leur autorité morale, mais entraverait également le caractère effectif de la répression ».¹²⁴³ Ensuite, en se référant au Code mondial, le rapport énonce que « le Conseil d'Etat a accepté cette disposition, car ce n'est pas la convention elle-même, mais les décrets portant réglementations disciplinaires des fédérations sportives, qui sont des délégués de service public, qui instaurent ces peines. Le sportif incriminé pourra ainsi contester son éventuelle sanction, ainsi que les analyses médicales qui la fondent, devant les juridictions administratives. De surcroît, le Code mondial prévoit des possibilités de moduler les peines automatiques en fonction de « circonstances exceptionnelles » [¹²⁴⁴]¹²⁴⁵».

2. Une pratique illégale au regard des droits de l'homme.

978. A l'image du droit international conventionnel, la question de l'automatisme des peines est absente des grands textes protecteurs de droits fondamentaux. Simplement, la

¹²⁴² Article 10.2 du Code mondial antidopage.

¹²⁴³ Projet de loi autorisant la ratification de la Convention internationale contre le dopage dans le sport, Rapport n° 164 (2006-2007) de Mme Hélène Luc, fait au nom de la Commission des affaires étrangères du Sénat, déposé le 17 janvier 2007, in www.senat.fr.

¹²⁴⁴ L'article 10.5 du Code mondial préconise une dose de personnalisation de la peine en cas d'absence de faute ou de négligence de la part du sportif incriminé.

¹²⁴⁵ Ibid.

jurisprudence a reconnu qu'appliquer une peine automatique est contraire aux droits garantis à la défense et à l'accusé, notamment lorsque la peine de mort est automatiquement prononcée. En conséquence, les Etats qui prévoyaient dans leurs législations des peines automatiques ont été condamnés pour violation du droit à un procès équitable. C'est ce qu'il ressort notamment de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (a.), ainsi que de la pratique du Comité des droits de l'homme. (b.)

a. L'apport de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

979. Il est utile de préciser, à cet endroit, que la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* dispose que

*« La peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant ».*¹²⁴⁶

980. En application de cette disposition, la Cour interaméricaine s'est penchée sur la question de la prohibition des peines automatiques quand il a été question de la peine de mort. En effet, en interprétant l'article 4 de la Convention, elle a conclu que si la peine capitale était automatiquement prononcée, elle violait la règle de la personnalisation de la peine.

981. Dans l'affaire *Hilaire, Constantine and Benjamin*¹²⁴⁷, les requérants ont été condamnés à mort à Trinidad et Tobago, pour meurtre, selon l'*Offences against the person Act* de 1925. Au terme de cette loi, toute personne reconnue coupable de meurtre est condamnée à la peine capitale. Les requérants allèguent que cette loi est contraire à leur droit à la vie garanti par la Convention. Pour la Cour, une telle législation autorise le juge national à prononcer automatiquement la peine de mort, dès lors qu'il y a eu commission d'un meurtre, la simple qualification du crime suffisant à elle seule pour établir immédiatement la peine et son quantum. Or la Cour considère une telle pratique comme étant éminemment discriminatoire. Il est en effet reconnu que

« this Act prevents the judge from considering the basic circumstances in establishing the degree of culpability and

¹²⁴⁶ Article 5.3 de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*.

¹²⁴⁷ Cour idh, 21 juin 2002, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al c. Trinidad and Tobago*.

*individualising the sentence since it compels the indiscriminate imposition of the same punishment for conduct that can be vastly different ».*¹²⁴⁸

De plus, en considérant que

*« all persons responsible for murder as deserving of the death penalty, "treats all persons convicted of a designated offense not as uniquely individual human beings, but as members of a faceless, undifferentiated mass to be subjected to the blind infliction of the death penalty " »*¹²⁴⁹,

la Cour rend inopérante la loi nationale qui n'individualise pas la peine mais qui se contente d'enfermer le criminel dans un groupe particulier, qui subira une peine prédéfinie, sans que ne rentrent en jeu d'éventuelles considérations extérieures. En tant que telle, la Cour a reconnu cette pratique automatique de la peine de mort comme portant directement atteinte au droit à la vie.

982. Dans l'affaire *Raxcaco Reyes*¹²⁵⁰, la Cour approfondit son raisonnement en confrontant automaticité de la peine et personnalisation des peines. En l'espèce, le requérant, ressortissant du Guatemala, avait kidnappé et séquestré un enfant. A ce titre, il avait été condamné à mort car la législation guatémaltèque punit de la peine capitale l'enlèvement. Or, le Guatemala, au moment de la ratification de la Convention américaine des droits de l'homme, ne considérait la peine de mort applicable qu'au délit de séquestre avec un résultat de mort. Par la suite, la législation nationale fut modifiée et la peine élargie. En l'espèce, la condamnation fut prononcée en dépit du fait que l'enfant avait été retrouvé vivant. En analysant la législation nationale, la Cour a tout d'abord qualifié le recours à la peine capitale de manifestement disproportionné, dans la mesure où le droit pénal interne ne prévoit la peine de mort que pour les crimes graves, et que, de surcroît, le code pénal ne fait aucune distinction entre la peine applicable au séquestre simple et celle applicable au séquestre aggravé. Tout reste affaire d'appréciation du juge et de

¹²⁴⁸Ibid, § 103.

¹²⁴⁹Ibid, § 105.

¹²⁵⁰ Cour idh, 15 septembre 2005, *Raxcacó Reyes c. Guatemala*. Voir notamment à propos de cette affaire Tigroudja (H.), Chronique des décisions rendues par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2005), *R.T.D.H.*, 2006, pp. 293 et s.

circonstances.¹²⁵¹ De ce fait, pour les juges, la peine de mort instaurée en droit interne est une peine automatique, qui s'applique *ipso facto* au crime de séquestration et d'enlèvement, quelles qu'en soient les conséquences. C'est la raison pour laquelle les juges ont retenu que la disposition litigieuse

*« tiene como efecto someter a los acusados del delito de plagio o secuestro a procesos penales en los que no se consideran –en ninguna instancia– las circunstancias particulares del delito y del acusado, tales como los antecedentes penales de éste y de la víctima, el móvil, la extensión e intensidad del daño causado, las posibles circunstancias atenuantes o agravantes, entre otras consideraciones del autor y del delito ».*¹²⁵²

La peine de mort, en l'espèce, s'analyse comme une peine automatique, par nature prohibée, qui violerait la règle de la personnalisation de la peine, car elle ne tiendrait aucunement compte des circonstances de commission du crime en cause.

b. L'apport du Comité des droits de l'homme.

983. Le Comité s'est également prononcé sur la relation entre peine automatique et personnalisation. Dans l'affaire *Francisco Juan Larrañaga c. Philippines*¹²⁵³, le plaignant était condamné à mort pour séquestration, homicide et viol. La condamnation se base sur le Code pénal philippin selon lequel

« lorsqu'une victime est tuée ou meurt à la suite de sa détention ou est violée [...], la peine maximale est imposée ».

1254

984. Cette peine maximale est la peine de mort. Le plaignant allègue d'une violation du droit à la vie garanti par l'article 6 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, arguant notamment du caractère automatique de la peine capitale pour les

¹²⁵¹ Ibid, § 72.

¹²⁵² Ibid, § 81.

¹²⁵³ Comité des droits de l'homme, 14 septembre 2006, *Francisco Juan Larrañaga c. Philippines*, communication n° 1421/2005.

¹²⁵⁴ Article 267 du Code pénal philippin.

crimes que le Code pénal qualifie d'odieux. Or, le Comité retient l'argument du plaignant en conférant, en l'espèce, à la peine de mort, un caractère automatique, au motif que

*« la condamnation automatique et obligatoire à la peine de mort constitue une privation arbitraire du droit à la vie en violation du paragraphe 1 de l'article 6 du Pacte lorsque cette peine est imposée sans qu'il y ait possibilité de tenir compte de la situation personnelle de l'accusé ou des circonstances particulières de l'infraction ».*¹²⁵⁵

985. Cette communication n'est finalement qu'un exemple parmi tant d'autres de la jurisprudence constante du Comité, pour qui la peine de mort automatique prononcée pour meurtre n'est rien d'autre qu'une violation de la règle de la personnalisation de la peine, mais aussi du droit à la vie.¹²⁵⁶

§. II. Des contraintes face à l'ampleur de la peine.

986. Le juge est également contraint, dans sa mission de prononcer des peines effectives, eu égard à l'ampleur de la peine. En effet, la peine prononcée doit être en parfaite adéquation avec le crime commis. C'est la raison pour laquelle il a l'obligation de prononcer des sanctions strictement proportionnelles (A.) et de tenir compte, dans certains cas, de la règle de la rétroactivité des peines. (B.)

A. Une peine proportionnelle.

987. La proportionnalité est une mesure de limitation du pouvoir répressif des Etats qui sont obligés de choisir les mesures les moins restrictives possibles. Une certaine rationalité punitive demeure le concept central de cette obligation, puisque *« la peine sera juste dans la mesure où les droits de l'infacteur ne seront pas sacrifiés au bénéfice du plus grand*

¹²⁵⁵ Communication n° 1421/2005, § 7.2.

¹²⁵⁶ Voir par exemple, Comité des droits de l'homme, 18 octobre 2000, *Thompson c. Saint-Vincent-et-les Grenadines*, communication n° 806/1998, § 6.1 ; Comité des droits de l'homme, 18 octobre 2000, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, communication n° 845/1998, § 7.3.

nombre ». ¹²⁵⁷ La reconnaissance de la proportionnalité est largement consacrée dans la pratique, (1.) à l'image de l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme. (2.)

1. Une reconnaissance généralisée de la proportionnalité des peines.

988. La règle de la proportionnalité de la peine fait partie de ces principes généraux du droit adaptés à l'ensemble de la sphère juridique. En effet, elle est à la fois consacrée en tant que principe général, par le droit interne (a.), et par le droit international. (b.)

a. Une reconnaissance étatique.

989. Dans sa définition générale, la proportionnalité enjoint à rechercher un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but recherché. Comme il l'a été remarqué en doctrine, la proportionnalité est sous-tendue par l'idée du raisonnable, de l'équité, de juste mesure ou bien encore d'égalité devant la loi. ¹²⁵⁸ La notion de proportionnalité se définit de façon négative, à savoir « *une technique (...) qui consiste à valider l'acte en l'absence de disproportion manifeste ou flagrante* ». ¹²⁵⁹ En matière pénale, la règle impose alors aux Etats une double contrainte, générale en ce que la loi doit s'incliner face à ce principe, et spécifique, en ce qu'ils doivent prononcer des peines adaptées à la gravité des faits. Autrement dit, il s'agit d'établir un équilibre nécessaire entre le droit et la sanction. Au-delà de tout débat relatif à son contenu, véritable garantie démocratique de sécurité juridique à la charge des Etats, la proportionnalité sous-entend donc que seule importe « *l'existence d'un rapport raisonnable entre la gravité de l'infraction et la sévérité de la peine* ». ¹²⁶⁰ Longtemps présentée comme un simple prolongement de la légalité, la proportionnalité en est devenue le véritable corollaire indispensable.

¹²⁵⁷ Poncelet (P.), *Droit de la peine*, op. cit., p. 70.

¹²⁵⁸ Voir notamment Martens (P.), L'irrésistible ascension du principe de la proportionnalité, in *Présence du droit public et droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Tome 1, Bruylant, 1992, pp. 49-68, Bardonnet (D.), Quelques observations sur le principe de la proportionnalité en droit international, in *Le droit international dans un monde en mutation-Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, FCU, 1994, vol II, pp. 995 et s, ou bien encore les développements d'Alessandro Benardi sur le sujet, in *R.S.C.*, 1994, pp. 11-34, op. cit.

¹²⁵⁹ Kolb (R.), *Réflexions de philosophie du droit international – Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruylant, Université de Bruxelles, 2003, p 325 et s.

¹²⁶⁰ Allix (D.), De la proportionnalité des peines, in *Mélanges Jean Claude Soyer – L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, p. 4.

990. Il est donc logique de retrouver dans les diverses législations nationales cette référence à la proportionnalité. En France, l'article 8 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, qui consacre la nécessité des peines, consacre également la proportionnalité, puisque des peines évidemment nécessaires appellent des peines qui sont teintées de proportionnalité. Les codes pénaux nationaux n'ignorent bien sûr pas cette règle de la proportionnalité des peines. On peut la retrouver notamment au sein du Code criminel canadien puisqu'il est prévu que

*« la peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ».*¹²⁶¹

991. De même, le droit pénal chinois a explicitement repris la règle de la proportionnalité dans son Code pénal puisque

*« when sentencing a criminal, a punishment shall be imposed based on the facts, nature and circumstances of the crime, the degree of harm done to society and the relevant provisions of this Law ».*¹²⁶²

b. Une obligation de droit international.

992. La consécration de la proportionnalité en droit international demeure ambiguë. En effet, le droit conventionnel reste relativement muet quant à l'appréciation de cette règle. Or, elle n'en est pas pour autant absente, car elle se déduira des autres obligations conventionnelles des Etats. (**α**) En revanche, elle sera pleinement reconnue et consacrée par le droit communautaire. (**β**)

α. Une obligation de proportionnalité reconnue malgré le silence relatif du droit conventionnel.

993. Déclinaison de la notion d'Etat de droit, le principe de proportionnalité de la peine est, dans les Conventions répressives, sous-entendu dans l'obligation étatique d'incrimination. Dès lors que le droit international incrimine un comportement précis, le

¹²⁶¹ Article 718.1 du Code criminel canadien.

¹²⁶² Article 57 du Code pénal chinois.

droit national prendra le relais et il appartiendra à l'Etat de prendre acte du droit conventionnel et d'en tirer les conséquences en droit interne. Or, le droit international oblige les Etats à adopter des sanctions pénales appropriées tenant compte de la gravité du crime en cause. Il découle de cette obligation de résultat une obligation, implicite, d'adopter des sanctions pénales nationales proportionnées. En effet, dans l'hypothèse où un Etat partie ne prévoirait que des sanctions dérisoires eu égard à la nature et à la gravité des faits, il violerait son obligation dont il est titulaire en raison de la Convention. A l'opposé, si l'Etat prévoit des sanctions pénales, manifestement exorbitantes comparativement au crime en cause et aux circonstances de sa survenance, il violerait également son obligation de proportionnalité. Dans le strict respect du texte conventionnel, il revient donc à l'Etat d'établir un juste équilibre réel et manifeste entre l'ampleur de la violation et la sanction pénale retenue. A défaut, en cas de non-respect de son obligation internationale, l'Etat risque de voir sa responsabilité engagée. Or, le texte conventionnel portant obligation d'incrimination peut parfois être rédigé de façon peu claire, et une simple référence à la prévision de peines appropriées justifie à elle seule l'affirmation d'une proportionnalité des peines. Ceci est confirmé par les rédacteurs ou les organes de contrôle de ces textes.

994. Si l'on se penche sur la Convention contre la torture, celle-ci oblige les Etats à rendre les infractions passibles de peines appropriées, tenant compte de leur gravité.¹²⁶³ Or, afin d'éviter toute ambiguïté ou défaillance d'incrimination ou d'interprétation interne, le Comité contre la torture a tenu à encourager les Etats, au cas par cas, à

*« prendre des mesures urgentes afin d'intégrer dans son Code pénal une définition de la torture conforme à l'article premier de la Convention, ainsi que des dispositions érigeant en infraction les actes de torture et les rendant passibles de sanctions pénales proportionnelles à la gravité des actes commis ».*¹²⁶⁴

995. Un autre exemple est celui de la *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnelles et sur leur*

¹²⁶³ Voir l'article 4, op. cit.

¹²⁶⁴ Comité contre la torture, 15 février 2007, *Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 19 de la Convention*, op. cit, § 8.

destruction, du 18 septembre 1997. Ce texte prévoit une obligation d'incrimination désormais classique, selon laquelle,

*«chaque Etat partie prend toutes les mesures législatives, réglementaires et autres, qui sont appropriées, y compris l'imposition de sanctions pénales, pour prévenir et réprimer toute activité interdite à un Etat partie en vertu de la présente Convention, qui serait menée par des personnes, ou sur un territoire, sous sa juridiction ou son contrôle ».*¹²⁶⁵

996. En application d'une telle disposition, le Comité international de la Croix Rouge a élaboré des règles précises relatives à la mise en œuvre nationale des obligations issues de la Convention. Parmi ces règles se trouve celle de la proportionnalité puisque *« les États parties doivent veiller à ce que leur législation de mise en œuvre prévoit des sanctions pénales proportionnelles à la nature et à la gravité du délit, et conformes au régime des peines applicables à d'autres délits. La législation de mise en œuvre prévoit généralement que les auteurs du délit sont passibles d'une peine d'emprisonnement et/ou d'une amende ».*¹²⁶⁶

β. Une consécration effective en droit communautaire.

997. La consécration de cette règle en droit interne est telle que, lorsque la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* consacre la proportionnalité des peines, elle le fait en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. La Charte dispose ainsi que,

¹²⁶⁵ Article 9 de la *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnelles et sur leur destruction* du 4 décembre 1997.

¹²⁶⁶ CICR, 25 mai 2001, Dossier d'information : élaboration d'une législation nationale relative à la mise en œuvre de la Convention sur l'interdiction des mines antipersonnel, in www.icrc.org. Le Comité a par exemple proposé un modèle type de loi nationale, à destination des pays de *common law*, et qui impose pour les violations de la Convention, une peine d'emprisonnement, dont le taux sera par contre fixé par l'Etat lui-même. En imposant de manière exclusive la peine d'emprisonnement, ce projet contraint une nouvelle fois la souveraineté pénale des Etats, qui ne demeureraient libres que de choisir le taux d'emprisonnement. CICR, 22 août 2003, Model of Legislation for Common Law States to Implement the 1997 Ottawa Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Antipersonnel Mines and on their Destruction, in www.icrc.org

*« l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction ».*¹²⁶⁷

998. Mais au-delà des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, la question de la proportionnalité de la peine est avant tout une construction jurisprudentielle de la Cour de justice des communautés européennes en tant que principe général. La Cour de justice a ainsi estimé que,

*«conformément à une jurisprudence constante, rappelée au point 20 de l'arrêt du 26 octobre 1995, Siesse (C-36/94, Rec. p. I-3573), lorsqu'une réglementation communautaire ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de violation de ses dispositions ou renvoie, sur ce point, aux dispositions nationales, l'article 5 du traité CE (devenu article 10 CE) impose aux États membres de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. À cet effet, tout en conservant un pouvoir discrétionnaire quant au choix des sanctions, ils doivent veiller à ce que les violations de la réglementation communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ».*¹²⁶⁸

999. Avec la pénalisation croissante du droit communautaire et l'érosion des souverainetés pénales nationales, les obligations pénales des Etats sont devenues de plus en plus précises et détaillées. En effet, le droit dérivé a fait sienne la règle de proportionnalité des peines, en imposant aux Etats membres d'importantes adaptations de leur droit pénal interne, faisant de la proportionnalité une condition d'effectivité de la sanction du droit communautaire, en droit national. Il est donc logique de retrouver dans la *Proposition modifiée de Directive du parlement européen et du Conseil relative aux mesures pénales*

¹²⁶⁷ Article 49.3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹²⁶⁸ CJCE, 7 décembre 2000, *Andrade*, C-213/99, § 19.

visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, une disposition qui deviendra classique, et selon laquelle,

*« les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour s'assurer que les personnes physiques ou morales responsables des infractions visées à l'article 3 soient passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ».*¹²⁶⁹

Au-delà de l'obligation d'incrimination, le droit communautaire a réussi à contraindre la souveraineté pénale des Etats en leur imposant le respect d'une règle pénale, règle somme toute présente dans chaque ordre juridique européen.¹²⁷⁰

2. L'appréciation de la proportionnalité : le cas de la Cour européenne des droits de l'homme.

1000. Avec le principe de proportionnalité, les instances européennes s'autorisent à juger les Etats membres sur l'un des aspects essentiels de leur souveraineté : l'exercice du pouvoir répressif. Un contrôle de proportionnalité peut porter sur les mesures de restriction des droits garantis, en exigeant un rapport raisonnable entre la mesure prise et ces droits (a.), et notamment peut porter sur les modalités nationales d'ingérence en rapport avec la peine. (b.)

a. L'exigence d'un rapport raisonnable.

1001. Dans son contrôle du respect de l'application des droits fondamentaux par les Etats, la Cour européenne s'est fort logiquement tournée vers un principe qu'elle décline de manière générale, en cas d'abus étatiques concernant les restrictions législatives nécessaires à la protection de l'ordre public dans une société démocratique. Ainsi, depuis

¹²⁶⁹ Proposition modifiée de Directive du parlement européen et du Conseil relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, du 26 avril 2006, article 5, op. cit.

¹²⁷⁰ Une rédaction similaire et une obligation contraignante d'établir des peines proportionnelles se retrouvent logiquement dans d'autres actes dérivés, voir par exemple la décision-cadre 2205/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par des navires (JO, L 255, 30 septembre 2005).

l'affaire *Handyside*,¹²⁷¹ les juges de Strasbourg contrôlent, en toute matière couverte par la Convention, l'absence d'une disproportion manifeste entre la restriction au droit reconnu et le but de celle-ci, au nom d'un besoin social impérieux.¹²⁷² En effet, la Cour « *a présenté la proportionnalité au but légitime poursuivi (...) comme un corollaire de la nécessité dans une société démocratique* ». ¹²⁷³ Dans une approche strictement générale de la proportionnalité, il ressort donc que les mesures prises en droit interne doivent être nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi.¹²⁷⁴ Or, ce sera le contrôle de ce but légitime poursuivi qui appartiendra au juge des droits de l'homme. Il ressort de ceci que « *toute sanction poursuivant un but légitime doit respecter un juste équilibre entre la nécessaire protection de l'ordre social et les atteintes aux libertés garanties, et son prononcé rester proportionné à la gravité des faits reprochés* ». ¹²⁷⁵ Il convient de noter que la Cour « *n'utilise pas la règle de la proportionnalité quantitativement quand il s'agit d'apprécier les sanctions pénales dans leur quantum. La Cour européenne n'est pas cour d'appel, ni de cassation, ni de révision. La Cour tient compte aussi des obligations positives s'imposant à l'Etat* ». ¹²⁷⁶

1002. L'élément central qui va permettre le contrôle du juge reste donc l'existence d'un rapport raisonnable entre la gravité de l'infraction et la sévérité de la peine. Si ce rapport est respecté, la peine prononcée sera proportionnelle. En quelque sorte, la peine devra être doublement proportionnée, à l'intensité du crime, mais aussi au but et à la fonction de la peine. Le juge aura donc pour mission d'apprécier et de rechercher « *un juste équilibre entre intérêts opposés* », ¹²⁷⁷ entre les intérêts de l'Etat au travers du besoin social impérieux et les intérêts de l'individu qui s'estime victime de la violation de ses droits. Il

¹²⁷¹ Cour edh, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*.

¹²⁷² Voir notamment, de manière non-restrictive, l'arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, l'arrêt du 13 août 1981, dans l'affaire *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, l'arrêt du 24 novembre 1986 dans l'affaire *Gillow c. Royaume-Uni*, celui du 26 septembre 1995 dans l'affaire *Vogt c. Allemagne* ou bien encore l'affaire *Sisojeva et autres c. Lettonie* du 16 juin 2005.

¹²⁷³ Eissen (M.A.), Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in Pettiti (L.E.), Decaux (E.), Imbert (H.), *Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 66.

¹²⁷⁴ La jurisprudence de la Cour a ainsi relevé que devait être effectué un contrôle de la mesure nationale, celle-ci ne devant être « *disproportionnée au but légitime poursuivi* ». Voir en ce sens Cour EDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, « *la notion de nécessité implique un besoin social impérieux; en particulier, la mesure prise doit être proportionnée au but légitime poursuivi* », § 55, ou bien encore Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, § 58.

¹²⁷⁵ Allix (D.), op. cit, p. 7.

¹²⁷⁶ Pettiti (L.E.), Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme, *R.S.C.*, 1987, p. 179.

¹²⁷⁷ Muzny (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Tome II, Presses Universitaire d'Aix Marseille, 2005, p. 322.

devra également contrôler que « *toute incrimination doit poursuivre un but légitime au regard de la Convention et la sanction ne pas dépasser ce qui paraît nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de ce but* ». ¹²⁷⁸

1003. Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge n'est pas sans présenter quelque ambiguïté puisqu'il s'agit d'un contrôle effectué en référence à une norme nationale. Deux problèmes se posent. En effet, par rapport à quelle norme le juge va-t-il opérer son contrôle ? La Convention européenne des droits de l'homme reste le texte de référence, le juge ayant pour mission d'appliquer et d'interpréter le texte en respectant son but et son fondement. En conséquence, au nom d'une certaine équité de la justice, les peines prononcées par le juge national doivent être des peines adéquates et appropriées. D'autre part, à partir de quel moment convient-il de fixer un seuil maximal ? Seul le juge européen pourra apprécier, à posteriori, le seuil maximum à ne pas dépasser, en tenant compte des circonstances propres de l'espèce mais aussi des normes morales et juridique de l'Etat concerné.

1004. La mission essentielle de la Cour est d'apprécier si la mesure contestée présente un équilibre certain entre la protection des droits de la victime et la sauvegarde de l'intérêt général, qui justifierait cette mesure disproportionnée. Si juste équilibre il y a entre les intérêts des parties, la mesure prise est proportionnelle. En fait de quoi, la Cour s'est toujours imposée

« de rechercher, aux fins de cette disposition, si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ». ¹²⁷⁹

b. Un contrôle de proportionnalité des mesures nationales d'ingérence.

1005. La Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas explicitement la proportionnalité des peines. En effet, tout sera question d'appréciation et d'interprétation du juge. Comme l'ont remarqué les juges,

¹²⁷⁸ Allix (D.), op. cit, p. 6.

¹²⁷⁹ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Matos E Silva Lda et autres c. Portugal*, § 86 ; Cour EDH, 11 janvier 2000, *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal*, § 49 ; Cour EDH, 19 février 2004, *Jorge Nina Jorge et autres c. Portugal*, § 53.

*« la tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées ».*¹²⁸⁰

1006. Quels sont les droits couverts par ce contrôle ? On pourrait penser que la violation de tous les droits garantis pourrait être susceptible d'un tel contrôle. Or, force est de constater que les droits absolus ne sont pas concernés par un contrôle de proportionnalité de la peine, mais par un contrôle de proportionnalité du seuil de gravité franchi.¹²⁸¹ Il convient donc de s'intéresser aux autres droits garantis, ceux qui consacrent des libertés individuelles et qui sont susceptibles de dérogation et de sanction pénale en droit interne. Ce sera face aux dérogations reconnues pour ces droits que le contrôle de proportionnalité de la peine sera pleinement effectué, en sachant que *« les mesures adoptées sur la base de ces dérogations doivent être prises dans la stricte nécessité exigée par la situation »*.¹²⁸² Tel est le cas de la liberté d'expression, (α) ou de la liberté de penser. (β)

a. Le cas de la liberté d'expression.

1007. Les juges se sont largement prononcés sur les mesures d'ingérence nationales prises sur la base de l'article 10 de la Convention qui consacre la liberté d'expression.¹²⁸³ En effet, les mesures internes adoptées en accord avec le paragraphe 2 dudit article sont-elles toujours nécessaires et proportionnées à l'éventuelle violation de la liberté consacrée ? Ce sera, notamment en matière de contrôle des mesures d'ingérence quant à la liberté de la presse que la Cour effectuera pleinement son contrôle de proportionnalité. De jurisprudence constante, la Cour a affirmé que la liberté d'expression constitue l'un des

¹²⁸⁰ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 47.

¹²⁸¹ Voir à ce propos les développements sur la proportionnalité de l'article 3 de la Convention, in Muzny (P.), op. cit, pp. 261 et s.

¹²⁸² Debove (F.), *Le renouvellement des normes répressives françaises par le droit européen*, Thèse dact, 1995, p. 404.

¹²⁸³ L'article 10 dispose que *« 1. toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »*.

fondements essentiels de toute société démocratique¹²⁸⁴, et que la liberté de la presse qui en découle est fondamentale.¹²⁸⁵ En fait de quoi, les Etats ont l'obligation, quand ils prennent des mesures d'ingérence sur la base du second paragraphe de l'article 10, de respecter la liberté garantie et d'adopter, conformément à la loi, des mesures proportionnées et nécessaires dans une société démocratique. C'est la raison pour laquelle la Cour a souvent eu l'occasion de se prononcer sur la légitimité et la proportionnalité des sanctions pénales nationales entravant la liberté de la presse.

1008. Dans l'affaire *Cumpana et Mazaré*, deux journalistes roumains furent condamnés à trois mois de prison du chef d'insulte et, à sept mois de prison du chef de calomnie, assortis de la peine accessoire d'interdiction d'exercer tous les droits civils et d'interdiction d'exercer le métier de journaliste pendant un an, en raison d'un article litigieux mettant en cause un officier public.¹²⁸⁶ Pour les requérants, leur condamnation était une atteinte injustifiée à leur droit individuel à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention. En revanche, pour le gouvernement roumain, la condamnation s'était avérée nécessaire et justifiée, car les requérants avaient violé manifestement l'éthique journalistique. La Cour, tout en rappelant le rôle fondamental de la presse dans une société démocratique¹²⁸⁷, a cependant jugé l'ingérence comme étant justifiée par un besoin social impérieux.¹²⁸⁸ En revanche, elle a précisé que

*« la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 ».*¹²⁸⁹

1009. Lorsque les Etats concilient respect de la liberté d'expression et protection de l'ordre public, ils sont amenés à édicter des sanctions pénales spécifiques. Or ces dernières peuvent présenter un caractère dissuasif, à l'encontre des journalistes, pour exercer librement leur profession. A cet égard, les juges ont rappelé que,

¹²⁸⁴ Voir notamment Cour edh, *Handyside c. Royaume-Uni*, op. cit., § 49.

¹²⁸⁵ Voir notamment Cour edh, 24 septembre 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, § 58.

¹²⁸⁶ Cour edh, 17 décembre 1994, *Cumpana et Mazaré c. Roumanie*.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, § 93.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, § 110.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, § 111.

*« si la fixation des peines est en principe l'apanage des juridictions nationales, la Cour considère qu'une peine de prison infligée pour une infraction commise dans le domaine de la presse n'est compatible avec la liberté d'expression journalistique garantie par l'article 10 de la Convention que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints ».*¹²⁹⁰

1010. En l'espèce, et eu égard aux faits en cause, une simple affaire de diffamation ne justifie pas l'imposition de mesures pénales propres à protéger l'intérêt et le bien public, ce qui a conduit la Cour à considérer que

*« si l'atteinte portée par les autorités nationales au droit à la liberté d'expression des requérants pouvait se justifier par le souci de rétablir l'équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu, la sanction pénale infligée aux intéressés et les interdictions dont les juridictions nationales l'avaient assortie étaient manifestement disproportionnées, par leur nature et par leur lourdeur, au regard du but légitime poursuivi par la condamnation des intéressés pour insulte et calomnie ».*¹²⁹¹

1011. La Cour a donc reconnu qu'une ingérence légale dans la liberté d'expression était manifestement disproportionnée lorsqu'elle prenait la forme d'une sanction pénale injustifiée, ne répondant pas à un besoin social impérieux. En effet, en dehors des cas où l'ordre public est directement menacé¹²⁹², des sanctions pénales édictées en droit interne contre l'activité journalistique peuvent mettre gravement en danger la liberté d'expression et la liberté de la presse et peuvent apparaître comme manifestement exorbitantes.¹²⁹³ En

¹²⁹⁰ Ibid, § 115.

¹²⁹¹ Ibid, § 120.

¹²⁹² La Cour a notamment retenu que dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, des mesures pénales prises contre le rédacteur en chef d'un magazine, n'étaient pas disproportionnées car elles étaient le bon moyen d'empêcher la propagande contre l'indivisibilité de l'Etat et l'incitation du peuple à l'hostilité et à la haine, Cour edh, 8 juillet 1999, *Sürek c. Turquie*, §§ 62 et s.

¹²⁹³ La position ainsi adoptée par la Cour est constante car elle se retrouve dans de nombreuses affaires où l'exercice de la liberté d'expression était entravé par le prononcé de sanctions pénales, manifestement disproportionnées. Voir notamment, Cour edh, 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, Cour edh, 28 août 1992, *Schwabe c. Autriche*, Cour edh, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, Cour edh, 8 juillet 1999, *Ceylan c. Turquie*, Cour edh, 28 décembre 2004, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*.

fait de quoi, bien que la Cour ne puisse enjoindre les Etats à modifier leur droit interne, il ne fait aucun doute, qu'en les condamnant, ceux-ci sont titulaires d'une certaine obligation morale de réviser leur législation, afin de la rendre pleinement compatible avec les droits garantis par la Convention, indirectement de ne prévoir ni prononcer de sanctions pénales. Ils doivent donc agir avec toute la diligence requise et ne sanctionner pénalement la liberté d'expression que si l'ordre public national est directement et manifestement menacé.

β. Le contrôle de proportionnalité de la liberté de pensée.

1012. Au-delà du contrôle fréquent des mesures de l'article 10.2, force est de constater qu'il arrive à la Cour de connaître de la proportionnalité des peines en cas d'ingérence des autorités nationales dans le droit à la liberté de pensée. Néanmoins, à la différence du cas précédent, ces contrôles restent isolés.

1013. L'article 9 de la Convention consacre le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. En tant que droit individuel, il est susceptible d'ingérences des autorités nationales, au nom de la sécurité et de la moralité publiques.¹²⁹⁴ Or, la pratique devant la Cour européenne des droits de l'homme est plus que retreinte, le juge s'étant peu prononcé sur un cas de sanction pénale disproportionnée, entravant la liberté de pensée. Tel a été le cas des restrictions nationales en matière de prosélytisme religieux.

1014. Dans l'affaire *Kokkinakis*,¹²⁹⁵ le requérant, témoin de Jéhovah, fut arrêté pour prosélytisme et fut condamné, en vertu du droit national, à quatre mois d'emprisonnement. Le requérant se plaint notamment que sa condamnation est contraire à l'article 9 de la Convention. Pour la Cour, pareille condamnation s'analyse comme une interdiction et une ingérence de manifester librement sa religion, tel que le prévoit la Convention. Or la Cour a jugé l'ingérence et la condamnation disproportionnées au motif que le juge grec n'a fait qu'appliquer une loi prohibant le prosélytisme, sans préciser en quoi le comportement du

¹²⁹⁴ Article 9 : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹²⁹⁵ Cour edh, *Kokkinakis c. Grèce*, op. cit.

requérant pouvait porter atteinte à l'ordre public. C'est la raison pour laquelle la Cour a retenu que

*« les juridictions grecques établirent la responsabilité du requérant par des motifs qui se contentaient de reproduire les termes de l'article 4 (de la loi grecque érigeant le prosélytisme en infraction pénale) sans préciser suffisamment en quoi le prévenu aurait essayé de convaincre son prochain par des moyens abusifs. Aucun des faits qu'elles relatèrent ne permet de le constater. Dès lors, il n'a pas été démontré que la condamnation de l'intéressé se justifiait, dans les circonstances de la cause, par un besoin social impérieux. La mesure incriminée n'apparaît donc pas proportionnée au but légitime poursuivi, ni, partant, nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits et libertés d'autrui ».*¹²⁹⁶

B. Le juge face à la rétroactivité des peines.

1015. Parmi les principes cardinaux présidant aux destinées de la peine, se trouve celui de la rétroactivité. Le principe de la non rétroactivité est un droit absolu consacré en matière pénale et qui s'impose pleinement au juge. En effet, celui-ci a l'interdiction générale de prononcer des peines rétroactives (1.), bien que certains tempéraments à la règle soient envisageables. (2.)

¹²⁹⁶Ibid, § 49. De manière identique, la Cour a renvoyé à cette jurisprudence dans d'autres affaires de prosélytisme religieux, telle Cour edh, 24 février 1998, *Larissis et autres c. Grèce*, affaire dans laquelle il était question de l'application en Grèce de la loi de répression du prosélytisme et où les requérants avaient été condamnés à des peines d'emprisonnement. La Cour estima, dans les mêmes conditions que l'affaire *Kokkinakis* que, eu égard au faits et à l'attitude des requérants, la sanction pénale prononcée était manifestement disproportionnée et ne constituait pas une mesure d'ingérence nécessaire dans une société démocratique. En conséquence, il y a eu violation de l'article 9 de la Convention, § 57. De même, il convient de citer l'affaire, Cour edh, 14 décembre 1999, *Serif c. Grèce*, où le requérant avait agi et s'était présenté en public comme exerçant les fonctions de mufti en portant l'habit qui, dans la conscience populaire, était réservé aux muftis, alors même que son élection à ce poste n'était pas conforme à la législation grecque en vigueur sur les muftis. Il fut alors condamné à une peine de prison. Les juges estimèrent que la condamnation était manifestement disproportionnée et violait le droit garanti à l'article 9 de manifester librement et publiquement sa religion, § 54.

1. L'interdiction de prononcer des peines rétroactives.

1016. Selon la règle de la non rétroactivité, une norme de droit incriminant un comportement ne pourra pas être appliquée à un acte ou une omission antérieure à l'adoption de la norme. Intimement liée au principe de la légalité, conséquence de l'antériorité obligatoire, cette règle est une garantie de sécurité juridique pour l'individu, qui prohibe à l'Etat d'engager toute action judiciaire pour des actes qui n'étaient pas incriminés au moment de leur commission. C'est ainsi que l'interdiction de la rétroactivité de la loi pénale est prescrite en droit international des droits de l'homme dans les mêmes dispositions que celles de la légalité. L'action pénale de l'Etat se voit donc encadrée lors du prononcé de la peine par une obligation découlant de la légalité. Il appartiendra donc au juge d'appliquer scrupuleusement cette règle lors du prononcé de la peine.

1017. Il est donc logique de retrouver ce principe dans les normes internes. A titre d'exemple, l'article 54 de la Constitution russe prescrit que

« nul ne peut être responsable d'un acte qui, au moment de sa perpétration, n'était pas considéré comme une infraction. Si après la perpétration de l'infraction la responsabilité correspondante est supprimée ou atténuée, la loi nouvelle s'applique ».

De même, les articles 66,

« (...) la peine ne peut être infligée que par une décision judiciaire et ne peut être appliquée qu'aux infractions commises postérieurement à la date de l'entrée en vigueur de la loi »

et 187

« les dispositions des lois ne s'appliquent qu'aux faits survenus à partir de la date de leur mise en vigueur et ne peuvent avoir d'effets rétroactifs »

de la Constitution égyptienne énoncent cette règle. Le Code pénal français dispose quant à lui en son article 112-1.1 que

« sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis ».

1018. A l'image de la consécration de la légalité des délits et des peines, le droit international des droits de l'homme a consacré la règle de la non rétroactivité des peines en garantie de justice, s'imposant aux Etats, par l'intermédiaire du juge. De ce fait, l'article 11.2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* prescrivant que,

« nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international »,

vaut à l'égard des Etats aussi bien application du principe de légalité que de la non rétroactivité des peines. Les juges de Strasbourg se sont d'ailleurs fréquemment prononcés sur le double apport de la règle, garantissant aussi bien la légalité, à destination du législateur, que la non rétroactivité, à destination du juge, prévues par l'article 7.1 de la *Convention européenne des droits de l'homme*.¹²⁹⁷ Il a ainsi été reconnu que

*« l'article 7 par. 1 de la Convention consacre, de manière générale, le principe de la légalité des délits et des peines et prohibe, en particulier, l'application rétroactive de la loi pénale lorsqu'elle s'opère au détriment de l'accusé ».*¹²⁹⁸

En conséquence, les juges de Strasbourg ont imposé qu'

*« il est exclu qu'un acte qui n'était pas jusqu'alors punissable se voit attribuer (...) un caractère pénal ou que la définition d'infractions existantes soit élargie de façon à englober des faits qui ne constituaient pas jusqu'alors une infraction pénale ».*¹²⁹⁹

¹²⁹⁷La Cour rappelle fréquemment que la règle de la non rétroactivité est une règle qui s'applique aux procédures pénales. Il est donc précisé que *« the Court notes that Article 7 does not apply to civil proceedings, and, therefore, it follows that this complaint must be rejected as falling outside its competence ratione materiae in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention »*, Cour edh, *Kot c. Russie*, 18 janvier 2007, § 38.

¹²⁹⁸Cour edh, 27 septembre 1995, *G c. France*, § 24.

¹²⁹⁹Com edh, 4 mars 1985, Décision sur la recevabilité de la requête, *Enjelmann c. Suisse*.

1019. Une telle position est donc fréquemment rappelée dans différentes espèces soumises à la Cour, qui sanctionne les Etats dont les juridictions n'auraient pas appliqué la règle. Ainsi, la Cour, de jurisprudence constante, va énoncer le principe jurisprudentiel selon lequel

*« conformément à sa jurisprudence, l'article 7 consacre notamment le principe de la légalité des délits et des peines (nullum crimen, nulla poena sine lege). S'il interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie ».*¹³⁰⁰

1020. Garantie supplémentaire, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, le *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, ainsi que la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* disposent qu'

*« il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».*¹³⁰¹

1021. En conséquence, si le législateur adopte une nouvelle loi qui aurait pour conséquence d'aggraver la peine, il appartiendra au juge national de ne pas l'appliquer rétroactivement. La Cour a ainsi jugé qu'une ordonnance de confiscation pouvait constituer une peine répressive et être rétroactive, violant de ce fait les prescriptions de l'article 7 de la Convention, si

« indépendamment de la qualification de la mesure de confiscation, il demeure que le requérant a subi un préjudice plus grand du fait de l'ordonnance que celui auquel il était

¹³⁰⁰ Cour edh, 22 juin 2000, *Coeme et autres c. Belgique*, § 145 ; Cour edh, 10 novembre 2004, arrêt, *Achour c. France*, « La Cour rappelle que l'article 7 de la Convention consacre, de manière générale, le principe de la légalité des délits et des peines (nullum crimen, nulla poena sine lege) et prohibe, en particulier, l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'accusé (*Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A, p. 22, § 52) », § 32 ; Cour edh, *Pessino c. France*, op. cit., § 28

¹³⁰¹ Article 11.2 de la *Déclaration universelle*, article 15 du *Pacte* et article 9 de la *Convention interaméricaine*.

*exposé à l'époque de la commission des infractions dont il a été convaincu ».*¹³⁰²

1022. De même, il a été reconnu que, lorsque le juge appliquait une loi nouvelle, postérieure à la commission des faits, et qui avait pour conséquence de faire passer le délai de la contrainte par corps de 4 mois à 20 mois, le juge avait violé l'article 7 de la Convention en appliquant rétroactivement le nouveau texte, au détriment des droits de l'accusé.¹³⁰³

2. Le tempérament de la rétroactivité in mitius.

1023. Il convient de se placer dans l'optique où le délinquant est en attente d'une condamnation. Il est, dans ce cas, reconnu un tempérament à la règle de la non rétroactivité, lorsque la loi nouvelle adoucit la répression. Selon cette règle dérogatoire, le délinquant doit pouvoir bénéficier des prescriptions d'une nouvelle loi, qui lui seraient plus favorables, pour les infractions commises avant l'entrée en vigueur du nouveau texte. Une telle règle est éminemment protectrice des droits fondamentaux et garantit le respect des droits de l'accusé, en attente d'une condamnation. Il est de surcroît logique que, pour une bonne administration de la justice, le criminel, en attente de sa condamnation, bénéficie des avancées du système législatif. Au risque de violer les droits de l'accusé, le juge aura l'obligation d'appliquer la nouvelle loi pénale plus douce et de prononcer les peines afférentes et nécessaires. L'intérêt de cette règle est tel qu'elle est largement affirmée en droit interne, comme exception de la non rétroactivité C'est ainsi que le Code pénal français dispose que

« les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée

¹³⁰² Cour edh, 9 février 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, § 34.

¹³⁰³ Cour edh, 8 juin 1995, *Jamil c. France*. La Cour a considéré en l'espèce que ladite mesure de contrainte par corps était assimilée, non pas à une simple mesure d'exécution forcée d'une condamnation pécuniaire, mais bien à une sanction pénale puisque « *prononcée par la juridiction répressive et destinée à exercer un effet dissuasif, la sanction infligée à M. Jamil pouvait aboutir à une privation de liberté de caractère punitif* », § 32, et qu'en l'espèce, « *la Cour constate qu'à l'époque des faits pour lesquels M. Jamil a été condamné, celui-ci encourait une contrainte par corps de quatre mois au plus. La cour d'appel de Paris a néanmoins appliqué au condamné une nouvelle loi qui portait cette durée à deux ans* », le juge privilégiant une application rétroactive, et prohibée de la loi, §§ 34 et 35.

lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes »¹³⁰⁴,

tout comme le Code pénal luxembourgeois selon lequel

« lorsque dans l'intervalle entre la perpétration d'un fait délictueux et la mise en jugement du prévenu, une loi pénale plus douce que celle qui existait à l'époque du délit, a été promulguée, c'est cette loi plus favorable qui doit être appliquée ».¹³⁰⁵

1024. Le caractère éminemment protecteur de cette norme explique donc qu'on la retrouve dans certains textes internationaux, tel le *Pacte sur les droits civils et politiques* selon lequel

« si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier ».¹³⁰⁶

1025. Etrangement, cette règle est absente de la Convention européenne des droits de l'homme. Fort heureusement, le silence du texte n'a pas empêché le juge de Strasbourg d'en reconnaître, indirectement, l'existence et la valeur. En effet, bien que ne se référant pas explicitement à cette règle, la Cour européenne a retenu que

« les faits reprochés au requérant tombent aussi sous le coup de la loi nouvelle. Partant du principe de l'application de la loi plus douce tant pour l'incrimination que pour la répression, les juridictions nationales ont appliqué dans le domaine de la répression l'article 333 nouveau du code pénal, qui correctionnalise l'infraction reprochée à M. G., autrefois de nature criminelle. Son application, certes rétroactive, a donc été favorable au requérant ».¹³⁰⁷

¹³⁰⁴ Article 112-1.3 du Code pénal français.

¹³⁰⁵ Article 2.1 du Code pénal luxembourgeois.

¹³⁰⁶ Article 15.1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

¹³⁰⁷ Cour edh, *G c. France*, op. cit., § 26.

1026. En fait de quoi, une application plus favorable de la loi pénale revient à reconnaître la légitimité de la rétroactivité *in mitius*. Cette reconnaissance est indirecte mais « à défaut de pouvoir imposer le respect du principe, les juges européens ont décidé de ne pas en interdire l'application, reconnaissant par la même son existence ». ¹³⁰⁸

SECTION 2 : L'ALTERATION DE L'EFFICACITE DE LA PEINE.

1027. L'exécution de la peine n'est pas absolue. En effet, elle peut subir un certain nombre de vicissitudes dépendant des circonstances ou de toute intervention du juge, de l'exécutif ou bien du pouvoir législatif. Ces mesures de « dénaturation de la sanction » ¹³⁰⁹ portent atteinte à son existence même, en l'empêchant d'être effectuée complètement ou en altérant son efficacité. Il existe ainsi des mesures nationales qui ont pour effet d'atténuer (§ **I.**) ou d'effacer la peine (§ **II.**). Ces mesures restent pleinement des actes souverains mais leur légalité peut être discutée.

§. I. Les mesures d'atténuation des peines.

1028. Il existe des mesures ou des procédures propres à atténuer les effets de la sanction. Ces dernières sont des actes souverains, qui ressortent exclusivement de la sphère de compétence nationale. Cependant, dès lors que la sanction est susceptible d'être atténuée, son efficacité est remise en cause, son effet dissuasif amoindri. Tel est le cas des mesures de sursis (**A.**) ou bien encore des mesures d'aménagement de la peine. (**B.**)

A. La peine avec sursis.

1029. Le prononcé d'une peine avec sursis permet au condamné de ne pas purger l'intégralité de sa peine. Une telle possibilité, prévue en droit interne, relève de l'appréciation exclusive et souveraine du juge. (**1.**) Or, eu égard à la fonction même de la

¹³⁰⁸ Desportes (F.), Le Guehec (F.), op. cit, p. 306.

¹³⁰⁹ Pradel (J.), L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal, op. cit, p. 751.

peine, prononcer une condamnation assortie d'un sursis, pour un crime grave, semble inapproprié. (2.)

1. Une suspension de l'exécution de la peine.

1030. Le prononcé, par le juge national, d'une peine de prison avec sursis répond à l'exigence de personnalisation de la peine et consiste en la suspension de l'exécution de la peine sous contrepartie que le condamné respecte un certain nombre de conditions posées. Dans un souci de réinsertion et afin d'éviter la récidive, le sursis répond également à l'idée que « *la prison n'est plus le lieu privilégié d'exécution des sanctions* ». ¹³¹⁰ Une condamnation avec sursis s'applique généralement comme mesure complémentaire d'une peine privative de liberté. Prononcée par le juge, cette mesure fait référence à la bonne conduite du délinquant, qu'il s'agisse de sa première condamnation ou que les circonstances de la commission du crime et l'amendement du délinquant plaident en la faveur de la suspension, en tout ou en partie, de l'exécution de la peine. ¹³¹¹ En tant que tel, le recours au sursis répond à la fonction socialisatrice de la peine.

1031. La décision d'une condamnation avec sursis reste avant tout une mesure purement nationale, dont le juge est seul à connaître. En effet, le droit international ne s'ingère pas dans un tel choix, d'autant qu'il laisse aux Etats une latitude certaine dans le choix et l'application de la sanction pénale. Tout au plus, le droit international impose aux Etats de prendre des sanctions pénales adéquates et efficaces. Il restera aux autorités nationales de concilier cet impératif avec la liberté du choix de la peine. Ceci est d'autant plus vrai lorsque les Etats choisissent de ne pas incriminer de manière autonome un comportement prohibé par le droit international, estimant que les dispositions nationales de droit commun sont amplement suffisantes. En ce cas précis, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'une peine privative de liberté soit assortie d'un sursis.

¹³¹⁰ Papatheodorou (T.), *R.S.C.*, 1997, op. cit, p. 22.

¹³¹¹ Ainsi, le droit pénal français distingue entre trois formes de sursis, le sursis simple, le sursis avec mise à l'épreuve et le sursis assorti de travaux d'intérêt général.

2. Une incompatibilité entre condamnation avec sursis et crimes graves ?

1032. Est-il envisageable d'admettre qu'un crime, caractérisé par sa gravité, fasse l'objet d'une condamnation avec sursis ? Assurément, assortir une peine d'un sursis peut paraître inapproprié dans la mesure où la peine prononcée doit être proportionnée à la gravité du crime. Or, un tel sursis, même sous couvert de réinsertion sociale du condamné et afin d'éviter la récidive, n'est qu'une réponse partielle à la fonction rétributive de la sanction. De plus, sous certains aspects, le recours au sursis ne peut être considéré comme la réponse adéquate de la société à l'ampleur et la gravité du crime en cause. C'est la raison pour laquelle certains ordres juridiques nationaux ont supprimé, de leur grille des peines, l'octroi du sursis pour les crimes présentant un degré certain de gravité.

1033. Le législateur canadien a récemment opté pour une telle solution en interdisant au juge de prononcer des peines de prisons avec sursis pour un certain nombre de crimes graves. En effet, prenant acte des dérives de la pratique jurisprudentielle interne, il est désormais prévu que les peines avec sursis sont éliminées de l'ordonnancement juridique pour les crimes de terrorisme, les infractions commises à l'avantage ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec celle-ci, et les sévices graves à la personne qui sont passibles d'une peine maximale de 10 ans ou plus. Sont donc exclus du champ du sursis les crimes graves, pouvant porter atteinte soit aux intérêts de l'Etat, soit à la sûreté des individus, ou aux deux.¹³¹²

1034. En matière plus spécifique d'interdiction de la torture, force est de constater que les juridictions nationales, en condamnant les tortionnaires à des peines de prison avec sursis, manquent à leur obligation internationale de répression effective du crime de torture, favorisant ainsi l'impunité. Ceci est d'autant plus courant lorsqu'il s'agit de violences policières. En effet, bien que les juridictions protectrices des droits fondamentaux ne se soient pas expressément prononcées sur l'illégalité du sursis, cette question est sous-jacente dans de nombreuses procédures. Dès lors que des actes de torture sont avérés, le juge national doit tenir compte de la gravité du crime et prononcer une peine en parfaite adéquation avec l'intensité et l'ampleur des actes, quel qu'en ait été le contexte. Une condamnation avec sursis ne peut en aucun cas être la réponse adéquate à la violation d'un

¹³¹² Canada, *Projet de Loi C-9 sur les peines avec sursis*, 31 mai 2007, devant entrer en vigueur le 31 novembre 2007.

tel droit, d'autant que la torture est universellement prohibée.¹³¹³ Le Comité contre la torture a d'ailleurs déduit d'une telle pratique une mauvaise application de la Convention contre la torture, violant la philosophie première de la peine, puisqu'il reconnaît que

*«les jugements prononcés contre des fonctionnaires accusés de tortures, qui condamnent souvent à des peines symboliques ne comportant même pas une période de prison ferme, semblent démontrer une certaine indulgence qui ôte à la sanction pénale l'effet dissuasif et exemplaire qu'elle devrait avoir et fait également obstacle à l'élimination effective de la pratique de la torture ».*¹³¹⁴

En conséquence, une telle position se doit d'être généralisée à toute situation impliquant un acte de torture, mais aussi à toute situation impliquant un crime international, du fait de l'incompatibilité notoire entre crime international et condamnation avec sursis.

B. L'aménagement de la peine.

1035. La peine n'est pas absolue car elle est susceptible d'aménagements. On se trouve dans la phase « *postsentencielle* »¹³¹⁵, à savoir que le criminel a été condamné mais que, pour des raisons d'opportunité, il est possible que sa peine ne soit pas purgée intégralement. Cette érosion de la sanction doit répondre à la fois aux intérêts de la société, ainsi qu'à ceux du condamné. La forme la plus courante de cette altération de la sanction demeure la liberté conditionnelle, (1.) mais cette possibilité n'est pas la seule, puisque d'autres mesures internes, bien qu'elles soient mineures, peuvent justifier une telle érosion. (2.)

¹³¹³ Amnesty International, à de nombreuses reprises, a soulevé l'incompatibilité existante entre répression effective de la torture et condamnation avec sursis. Ainsi, le manquement à l'obligation imposée par le droit international est flagrant lorsque des violences policières ne sont pas sanctionnées en adéquation avec la violation des droits garantis. Tel était le cas en Allemagne dans l'affaire *Binyamin Safak*, ou bien en France dans l'affaire *Selmouni*. Voir *La torture en Europe : la Convention européenne des droits de l'homme à cinquante ans mais l'impunité subsiste en matière de torture et de mauvais traitements*, 6 novembre 2000, EUR 01/004/2000.

¹³¹⁴ Comité contre la torture, 19^{ème} session, *Observations finales du Comité contre la Torture, Espagne*, 27 novembre 1997, A/53/44.

¹³¹⁵ *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme. Les alternatives à la détention*, La documentation française, 2007, p. 71.

1. La libération conditionnelle.

1036. La libération conditionnelle consiste en une libération anticipée du condamné avant la date d'expiration de sa peine. Cette libération, sous condition de bonne conduite, permet au condamné de ne pas purger l'intégralité de sa peine. En tant que telle, l'ampleur de la peine se trouve atténuée. En dépit de la gravité des crimes en cause, la pratique de la libération conditionnelle tend à favoriser la réinsertion du condamné et à éviter la récidive.¹³¹⁶ En effet, il est reconnu que « *l'aménagement des peines est utile à la société* ». ¹³¹⁷ A ce titre, la libération conditionnelle doit donc s'analyser comme le vecteur prioritaire de cet aménagement. Le Conseil de l'Europe encourage d'ailleurs ses Etats membres à adopter, dans leurs législations pénales, des règles de libération conditionnelle rappelant que

*« la libération conditionnelle est une des mesures les plus efficaces et les plus constructives pour prévenir la récidive et pour favoriser la réinsertion sociale des détenus dans la société, selon un processus programmé, assisté et contrôlé ».*¹³¹⁸

1037. La question de la libération conditionnelle reste une question purement interne, soumise à l'appréciation souveraine du juge national et du législateur qui fixera les conditions à remplir afin de bénéficier d'une telle libération. En effet, le droit international ne semble pas s'opposer à une telle pratique. Tout au plus, les organes protecteurs des droits fondamentaux pourraient assimiler le refus de la libération conditionnelle à un traitement inhumain.

1038. Les deux Tribunaux pénaux internationaux envisagent à leur tour une telle possibilité.¹³¹⁹ Toujours est-il que la libération conditionnelle ordonnée par l'Etat

¹³¹⁶ Pour une vision chiffrée de la pratique de la libération conditionnelle et de sa fonction préventive, voir, Kensey (A.), La libération conditionnelle et la prévention de la récidive, in *Politique pénale en Europe. Bonnes pratiques et exemples prometteurs*, Conseil de l'Europe, 2005, pp. 195-201.

¹³¹⁷ D'Hauteville (A.), Réflexions sur la remise en cause de la sanction pénale, *R.S.C.*, 2002, p. 402.

¹³¹⁸ Comité des ministres, 24 septembre 2003, *Recommandation (2003) 22 aux Etats membres concernant la libération conditionnelle*.

¹³¹⁹ L'article 28 du Statut du Tribunal de La Haye dispose à cet effet que « *si le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'Etat dans lequel il est emprisonné, cet Etat en avise le Tribunal. Le Président du Tribunal, en consultation avec les juges, tranche selon les intérêts de la justice et les principes généraux du droit* ». De même, l'article 27 du Statut du Tribunal d'Arusha énonce que

d'emprisonnement restera soumise au contrôle des juridictions internationales. Ceci a été confirmé par le Tribunal de La Haye, puisque,

*« s'agissant des mesures affectant l'exécution de la sentence, telles que la remise de peine ou la libération conditionnelle, en vigueur dans un certain nombre d'Etats, la Chambre ne peut recommander qu'il en soit tenu compte lors du choix de l'Etat. La Chambre émet le souhait que toutes les décisions de cette nature soient portées préalablement à la connaissance du Président du Tribunal, qui possède (...) un droit de regard (...)».*¹³²⁰

1039. Le droit positif est venu régler les éventuelles divergences entre les juridictions nationales et les juridictions internationales quant à l'obligation d'exécution de la peine. En effet, trois solutions sont envisageables. La plus évidente serait la soumission de l'Etat d'exécution à la décision du Tribunal de ne pas accorder de libération anticipée. Cette solution illustre la primauté qui caractérise ces juridictions, mais ne tient aucunement compte de la souveraineté des Etats. Autre solution, en cas de refus du Tribunal d'autoriser l'Etat à procéder à une libération conditionnelle du condamné, celui-ci sera automatiquement transféré vers le Tribunal. Reste une dernière solution, transitoire, selon laquelle l'Etat fera savoir si, suite au refus du Tribunal, il continue à exécuter la peine ou bien s'il transfère l'accusé vers le Tribunal.¹³²¹ Quoi qu'il en soit, le refus de se soumettre à une décision du Tribunal risque d'entraîner, au détriment des divers accusés, un traitement inégal, quant à l'exécution de la peine.

« si le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'État dans lequel il est emprisonné, cet État en avise le Tribunal international pour le Rwanda. Une grâce ou une commutation de peine n'est accordée que si le Président du Tribunal international pour le Rwanda, en consultation avec les juges, en décide ainsi dans l'intérêt de la justice et sur la base des principes généraux du droit ».

¹³²⁰ TPIY, Chambre de première instance, *le Procureur c. Drazen Erdemovic*, op. cit., § 73. Concernant le Tribunal d'Arusha, une telle procédure est basée sur l'article 126 du Règlement de procédures et de preuves du Tribunal selon lequel *« aux fins d'apprécier l'opportunité d'une grâce ou d'une commutation de peine, le Président tient compte, entre autres, de la gravité de l'infraction commise, du traitement réservé aux condamnés se trouvant dans la même situation, de la volonté de réinsertion sociale dont fait preuve le condamné ainsi que du sérieux et de l'étendue de la coopération qu'il a fournie au Procureur ».*

¹³²¹ Voir à ce propos, Lambert-Abdelgawad (E.), *L'emprisonnement des personnes condamnées par les juridictions pénales internationales. Les conditions relatives à l'aménagement des peines*, R.S.C., 2003, pp. 162-171.

2. Les autres mesures d'aménagement de la peine.

1040. La peine se trouve fort logiquement altérée lorsque, en cours de condamnation, l'incrimination sur laquelle reposait la sanction a été supprimée. En effet, dès lors qu'un comportement a été dépénalisé par le législateur national, il semble logique que la peine en cours d'exécution soit elle-même annulée. Une telle disposition s'impose donc aux tribunaux nationaux et a fait dire à la doctrine que, dans un souci d'équité, « *étant donnée la généralité des termes (...), on sera enclin à faire rétroagir une loi plus douce, qui entrerait en vigueur après que le délinquant ait déjà été définitivement jugé et condamné* ». ¹³²² Cette adaptation de la rétroactivité *in mitius* se retrouve dans de nombreuses législations internes, à l'image du droit pénal français qui prévoit explicitement que

« *la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale* ». ¹³²³

1041. Prévoir la cessation de l'exécution de la peine présente les mêmes caractéristiques que la grâce, à savoir que l'exécution de la peine est suspendue, mais que la condamnation demeure, jusqu'au terme antérieurement prévu. En cas de suspension de l'exécution de la peine, la libération n'est pas automatique. En effet, si le crime commis continue d'être qualifié d'infraction par la législation nationale, la peine continuera logiquement d'être exécutée. Il est évident que lorsqu'un élément de gravité entre en jeu, celui-ci primera logiquement sur la dépénalisation. En revanche, lorsque aucun élément de gravité n'entre en cause la dépénalisation entraîne, *ipso facto*, la suspension de l'exécution de la sanction.

1042. Une autre limite doit s'imposer dans la mesure où une telle dépénalisation ne vaut que pour les crimes de droit commun. ¹³²⁴ En effet, il semble logique que les crimes internationaux, au regard de leur gravité, de leur ampleur et des intérêts en cause, ne

¹³²² Huet (A.), Une méconnaissance du droit international (à propos de la rétroactivité *in mitius*), *J.C.P G*, 1987, I, 3293.

¹³²³ Article 112-4 du Code pénal français.

¹³²⁴ Dans cette optique, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une Résolution visant à dépénaliser la diffamation, car les lois anti-diffamation peuvent porter atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Convention européenne des droits de l'homme*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 4 octobre 2007, Résolution 1577 (2007), *Vers une dépénalisation de la diffamation*. Cependant, cette dépénalisation n'est que partielle car elle ne vise pas les appels à la violence, le racisme ou la discrimination.

fassent pas l'objet d'une éventuelle dépenalisation. En conséquence, une sanction pénale prononcée pour un tel crime ne connaîtra pas d'inexécution au nom d'une éventuelle dépenalisation. Une telle possibilité est d'ailleurs totalement absente du droit conventionnel.¹³²⁵

1043. Une telle situation doit être rapprochée des cas, rares, d'abolition pure et simple de la peine. L'abolition constitue l'exemple le plus abouti de l'altération de la sanction pénale prononcée. Il y a abolition de la peine lorsque celle-ci, ainsi que son régime d'application, disparaissent de l'ordonnement juridique national. Une telle abrogation de la peine entraîne deux conséquences. D'une part, l'individu condamné antérieurement ne pourra pas la subir.¹³²⁶ D'autre part, à cette peine en sera substituée une autre, dans la mesure où abolition de la peine ne signifie pas disparition de l'incrimination et suspension de la condamnation. Le cas le plus évocateur reste celui de l'abolition de la peine de mort. En effet, l'individu condamné à la peine capitale, en cas d'abolition de celle-ci dans l'ordre juridique national, ne devra plus la subir. A celle-ci sera substituée une peine de remplacement, proportionnelle à la gravité du crime commis, généralement un emprisonnement à perpétuité.

§. II. L'effacement de la peine : le recours au droit de grâce.

1044. Le droit de grâce est une pratique étatique de clémence, selon laquelle un condamné est soustrait en tout ou en partie de l'exécution de sa peine. Mesure d'effacement de la peine par excellence, le droit de grâce est une prérogative souveraine qui altère l'efficacité de la sanction. (A.) Mais sa légalité est largement discutable, puisque droit de grâce et gravité semblent incompatibles. (B.)

¹³²⁵ Ainsi, le Pacte sur les droits civils et politiques ne contient qu'une simple reconnaissance de la loi pénale plus douce et ignore complètement l'éventualité de la dépenalisation. Cette pratique demeure donc une pratique strictement interne.

¹³²⁶ C'est ainsi que la Cour de cassation française a retenu à propos de l'abolition d'une sanction pénale que « *sauf disposition contraire, l'abrogation de la loi instituant une peine met obstacle à son exécution* », Cass, crim, 28 juin 2000, *Bull crim*, n° 253.

A. Le droit de grâce : un moyen d'altération de la peine.

1045. Le droit de grâce est une pratique éminemment souveraine et régaliennne qui autorise l'intervention d'une autorité extérieure dans la décision du juge. (1.) Le droit international n'est pas totalement étranger à la pratique puisqu'il vient protéger le recours au droit de grâce en tant que garantie d'un recours effectif. (2.)

1. Une prérogative régaliennne.

1046. La grâce constitue une mesure de clémence, une faveur discrétionnaire, permettant, généralement au chef d'Etat de dispenser un condamné d'exécuter sa peine ou de lui substituer une peine plus douce. Droit éminemment discrétionnaire et subjectif, le droit de grâce est une résurgence des anciennes traditions juridiques, dans lesquelles le souverain pouvait décider librement de l'avenir de la peine. Une telle coutume, surprenante au regard du principe de séparation des pouvoirs, n'en est pas moins une règle à valeur constitutionnelle, reprise dans de nombreuses normes internes fondamentales. A l'image des constitutions française¹³²⁷, allemande¹³²⁸, grecque¹³²⁹ ou espagnole¹³³⁰, le Chef de l'Etat est le seul titulaire du droit de grâce. En effet, le droit de grâce a perdu son statut strictement coutumier et est devenu « *une institution constitutionnellement garantie de l'atténuation de l'exécution d'une peine par une autorité autre qu'une autorité judiciaire* ». ¹³³¹

1047. Au-delà de conditions strictement procédurales propres au droit national, le recours en grâce ne pourra être demandé que par les personnes qui auront fait l'objet d'une condamnation pénale définitive, à savoir que le dernier degré de juridiction aura statué. Chaque condamné est donc titulaire d'un droit de recours en grâce, en vue la suspension de sa peine, dans des conditions qui auront été au préalable fixées par le législateur national.

¹³²⁷ Article 17 de la Constitution française : « *Le Président de la République a le droit de faire grâce* ».

¹³²⁸ Article 60.2 de la Loi fondamentale allemande : « *Le Président fédéral (...) exerce au nom de la Fédération le droit de grâce dans les cas individuels* ».

¹³²⁹ Article 47.1 de la Constitution grecque : « *Le président de la République a le droit de faire grâce, de convertir ou de commuer les peines prononcées par les tribunaux, ainsi que de lever les conséquences légales de toute nature des peines prononcées et purgées* ».

¹³³⁰ Article 62 j) de la Constitution espagnole : « *Il incombe au roi d'(...) j) exercer le droit de grâce conformément à la loi* ».

¹³³¹ Ruiz Fabri (H.), Della Morte (G.), Lambert Abdelgawad (E.), *Rapport final : recherche sur les institutions de clémence en Europe (amnistie, grâce, prescription)*, 2005, UMR Paris 1, p. 98.

La grâce accordée pourra porter sur toutes les peines prononcées, qu'elles soient principales, complémentaires ou accessoires. Comme le précise le Code pénal français,

*« la grâce emporte seulement dispense d'exécuter la peine ».*¹³³²

1048. A la différence de l'amnistie, la grâce n'efface pas la condamnation mais se contente juste de modifier la peine dans son exécution. En conséquence, la peine prononcée se trouvera altérée, suspendue, sans pour autant disparaître. L'effet suspensif de la grâce disparaîtra le jour où la durée de la peine qui aurait dû être exécutée, arrivera à son terme.

2. Un recours en grâce protégé par le droit international.

1049. Le recours en grâce peut être analysé comme un moyen de protéger les droits fondamentaux de l'accusé. Bien que le droit international soit peu explicite en la matière, il en a fait un démembrement du droit garanti à chacun d'un recours effectif, d'autant plus lorsqu'une peine capitale est envisageable. En faisant du recours en grâce un droit inhérent à la personne du condamné, le droit international vient étendre le champ de la notion de recours effectif, en imposant aux Etats de prévoir, en droit interne, ce type de recours. Ainsi, la quatrième Convention de Genève dispose que

*« en aucun cas, les personnes condamnées à mort ne seront privées du droit de recourir en grâce. Aucune condamnation à mort ne sera exécutée avant l'expiration d'un délai d'au moins six mois à partir du moment où la Puissance protectrice aura reçu la communication du jugement définitif confirmant cette condamnation à mort ou de la décision refusant cette grâce ».*¹³³³

Une telle disposition vient donc garantir aux condamnés l'existence d'un réel recours effectif en grâce, qui s'impose aux Etats. Cette faculté est d'autant plus importante qu'elle

¹³³² Article 133-7 du Code pénal français.

¹³³³ Article 75 de la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.*

met en jeu le droit à la vie et que la suspension de la condamnation à mort est le meilleur moyen de garantir ce droit.

1050. Mais, exception faite des textes protecteurs des droits fondamentaux, les exemples conventionnels restent rares, et ce droit se dégagera avant tout d'une construction prétorienne. Ainsi, la notion de recours effectif vient garantir pleinement à l'individu le recours au droit de grâce, soit de manière spécifique à une condamnation à mort, soit de manière générale concernant toute condamnation pénale. C'est ainsi que le Comité des droits de l'homme est venu garantir, en se basant sur le droit à un recours effectif assuré par le *Pacte sur les droits civils et politiques*, un droit général au recours en grâce, puisque :

*« les garanties d'ordre procédural doivent être observées, y compris le droit à un jugement équitable rendu par un tribunal indépendant, la présomption d'innocence, les garanties minima de la défense et le droit de recourir à une instance supérieure. Ces droits s'ajoutent au droit particulier de solliciter la grâce ou la commutation de la peine ».*¹³³⁴

1051. La Cour interaméricaine des droits de l'homme quant à elle s'appuie sur la valeur internationale supérieure du droit de recourir à la grâce. En effet, les juges précisent que bien que la Convention ne garantisse pas un droit réel d'obtenir effectivement la grâce¹³³⁵, elle n'en consacre pas moins un droit fondamental, celui qu'a tout condamné de solliciter la grâce en cas de condamnation à mort. Pour la Cour, les Etats sont tenus, si un recours en grâce est intenté contre une peine capitale, de l'étudier avec toute la diligence possible, selon les prescriptions de la Convention.¹³³⁶

¹³³⁴ Comité des droits de l'homme, 30 juillet 1982, *Le droit à la vie*, Observation générale n° 6, § 7

¹³³⁵ L'article 4.6 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme dispose que « toute personne condamnée à mort a le droit de demander l'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine. L'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine de mort peuvent être accordées dans tous les cas. La sentence de mort ne peut être exécutée tant que la demande sera pendante devant l'autorité compétente ».

¹³³⁶ Cour idh, 20 juin 2005, *Fermín Ramírez c. Guatemala*: « la Corte considera que el derecho de gracia forma parte del corpus juris internacional, en particular de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para estos efectos, dichos tratados internacionales de derechos humanos tienen preeminencia sobre las leyes internas, según lo establecido en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala », § 109. Voir également Cour idh, 15 septembre 2005, *Raxacaco Reyes c. Guatemala*, §§ 83 et s.

B. De l'illégalité du droit de grâce ?

1052. Le recours en grâce est certes protégé par le droit international mais il convient de noter qu'accorder la grâce serait illégal quand une telle mesure porte sur des crimes internationaux. (1.) Une telle approche est indirectement confirmée par la justice pénale internationale. (2.)

1. Une incompatibilité entre droit de grâce et crimes internationaux.

1053. Grâce et crimes internationaux sont deux notions incompatibles puisque l'octroi de l'une favorise inmanquablement l'impunité pour les autres. En effet, accorder la grâce aux auteurs de crimes internationaux ou de crimes graves susciterait une telle réprobation que la justice nationale passerait pour partielle. En ce qui concerne les crimes les plus graves, même sous couvert de réconciliation nationale, aucune mesure de clémence n'est possible ou envisageable.¹³³⁷ Le droit conventionnel restant muet en la matière, la prohibition du droit de grâce se déduirait de l'obligation de répression qui est à la charge des Etats ainsi que de l'extrême gravité des crimes en cause.

1054. Ainsi, une telle prohibition se déduirait du droit conventionnel lorsqu'il impose aux Etats de prévoir, en droit interne, des sanctions pénales efficaces, tenant compte de la gravité du crime en cause. En prescrivant aux autorités nationales de telles sanctions, le droit international impose aux Etats de rendre une justice impartiale et effective. Or, dans de telles conditions, le droit de grâce semble inapproprié. En effet, ne serait-il pas illogique d'imposer aux Etats de prévoir des sanctions pénales rigoureuses tout en lui laissant la possibilité de gracier le criminel ? De ce fait, dès lors que le droit international impose des sanctions rigoureuses, il prescrit aux Etats d'exécuter l'intégralité de la peine prononcée.

1055. Il a également été remarqué, par la doctrine, que des prescriptions de la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, pouvait se déduire une prohibition du droit de grâce. En effet, l'obligation générale de rendre

¹³³⁷ En 1990, le Président argentin Carlos Menem avait gracié Rafael Videla condamné à la prison à vie en 1985 pour crimes contre l'humanité. Face à l'indignation provoquée par une telle mesure, bien des années plus tard, en septembre 2006, la grâce présidentielle est déclarée inconstitutionnelle, au motif de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Le 26 avril 2007, elle est annulée, permettant la reprise des poursuites.

imprescriptibles de tels crimes impose aux Etats de ne prendre aucune mesure de clémence ou d'absolution à l'encontre du criminel, y compris des mesures de grâce. Dès lors, de l'article 4 de la Convention¹³³⁸ découlerait la conclusion que « *les peines doivent obligatoirement être assumées puisqu'elles sont imprescriptibles, et qu'aucune grâce ne peut, de ce fait être accordée aux personnes condamnées pour ce type d'infraction* ». ¹³³⁹ Or, l'absence d'uniformité de la pratique en la matière est évidente. Ainsi, certains Etats vont prohiber le recours aux mesures de clémence, y compris le droit de grâce, pour les crimes les plus graves¹³⁴⁰, tandis que d'autres vont gracier certains crimes graves, pour des raisons d'opportunité politique.¹³⁴¹ Or, au nom de l'effectivité et de l'efficacité de la justice, aucune grâce ne devrait pouvoir être accordée pour les crimes les plus graves, car adopter une politique de clémence à l'égard des criminels reviendrait à favoriser ouvertement l'impunité. C'est d'ailleurs ce qu'a confirmé la Cour européenne des droits de l'homme selon qui

*« where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an “effective remedy” that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible ».*¹³⁴²

Le silence du droit international ne doit pas empêcher les Etats de prendre leurs responsabilités vis-à-vis de la communauté internationale, en remplissant intégralement leur obligation de répression et de protection des droits garantis.

¹³³⁸ Article 4 de la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* : « *les Etats parties à la présente Convention s'engagent à prendre, conformément à leurs procédures constitutionnelles, toutes mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité des crimes visés aux articles premier et II de la présente Convention, tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la peine; là où une prescription existerait en la matière, en vertu de la loi ou autrement, elle sera abolie* ».

¹³³⁹ Ruiz Fabri (H.), Della Morte (G.), Lambert Abdelgawad (E.), op. cit, p. 37.

¹³⁴⁰ Tel est le cas de l'Ethiopie dont l'article 28 de la Constitution est interprété de manière large, prohibant toute mesure de clémence pour les crimes contre l'humanité : « *there shall be no period of limitation on persons charged with crimes against humanity as provided by international conventions ratified by Ethiopia and other laws of Ethiopia. The legislature or any other organ of state shall have no power to pardon or give amnesty with regard to such offences* ».

¹³⁴¹ Ainsi, les autorités chinoises ont gracié des criminels de guerre, en prononçant soit des commutations de peine soit des remises en liberté. Voir à ce propos le rapport sur le droit chinois, in Casses (A.), Delmas-Marty (M.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op. cit, pp. 358-359.

¹³⁴² Cour edh, 2 novembre 2004, *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, § 55.

2. La confirmation de la justice pénale internationale.

1056. La Cour pénale internationale vient indirectement invalider l'octroi de la grâce, en ce qui concerne les crimes relevant de sa compétence, à savoir, génocide, crime contre l'humanité et crimes de guerre. L'octroi de la grâce restant éminemment une mesure souveraine nationale, une telle question ne devrait pas intéresser la justice pénale internationale. Or, la Cour vient annihiler l'éventualité d'un octroi de grâce dès lors que des crimes internationaux sont commis et jugés par des juridictions nationales. Des règles de complémentarité et de *non bis in idem*, se déduirait la reconnaissance d'une invalidité de l'octroi des grâces. En effet, le Statut reconnaît que

*« quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7 ou 8 ne peut être jugé par la Cour que si la procédure devant l'autre juridiction : a) Avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour ».*¹³⁴³

1057. Or, la soustraction de l'individu à sa responsabilité pénale peut faire référence à l'octroi d'une mesure de clémence telle la grâce. La Cour invalide donc les grâces nationales pour les crimes internationaux, ce que semble confirmer le Statut lui-même, en ce qu'il prévoit que

*« l'État chargé de l'exécution ne peut libérer la personne détenue avant la fin de la peine prononcée par la Cour ».*¹³⁴⁴

1058. En revanche, sous certaines conditions temporelles, la Cour pourra adopter des mesures de clémence consistant en des remises de peines, en ce qui concerne les sanctions prononcées par elle. Ainsi, cette sorte de « *grâce internationale* »¹³⁴⁵ permet le réexamen de la sanction avant son terme, puisque

« lorsque la personne a purgé les deux tiers de sa peine ou accompli 25 années d'emprisonnement dans le cas d'une

¹³⁴³ Article 20.3.a) du Statut de la Cour pénale internationale.

¹³⁴⁴ Article 110.1 du Statut de la Cour pénale internationale.

¹³⁴⁵ Ruiz Fabri (H.), Della Morte (G.), Lambert Abdelgawad (E.), op. cit, p. 43.

*condamnation à perpétuité, la Cour réexamine la peine pour déterminer s'il y a lieu de la réduire. Elle ne procède pas à ce réexamen avant ce terme ».*¹³⁴⁶

1059. Le prononcé de la peine est censé rester l'étape la plus souveraine de la chaîne répressive, puisqu'elle laisse au juge national toute sa liberté pour décider de la sanction adéquate. Or, le droit international encadre une fois de plus ce processus souverain, en imposant au juge national des contraintes, tant dans la formation que dans l'ampleur de la sanction. Il en découle deux éléments. D'un côté, le juge a partiellement perdu son pouvoir souverain d'appréciation, en ce que le prononcé de la peine sera soumis à des dogmes internationaux de plus en plus précis et contraignants. D'un autre côté, les mesures nationales d'altération de l'efficacité de la peine, perdurent, mais leur mise en œuvre est de plus en plus difficile, au regard du critère de gravité posé par les normes internationales.

¹³⁴⁶ Article 110.3 du Statut de la Cour pénale internationale.

CONCLUSION DU TITRE SECOND.

1060. La répression est l'étape ultime de cette chaîne pénale qui a vu le jour avec l'incrimination. La société internationale étant incompétente pour mettre en œuvre des sanctions pénales, il revient aux Etats de prendre le relais, puisque répression et choix de la sanction ressortent des compétences traditionnelles exclusives des Etats. Le droit international n'a pas osé envahir complètement cette citadelle souveraine, en laissant au législateur et au juge une certaine marge de manœuvre quant au choix et à l'application de la sanction pénale. Cependant, il n'a pas totalement ignoré cet aspect, en posant des règles et des principes, dont le respect est obligatoire. En effet, vu le développement de la criminalité internationale, il est logique que le droit international s'implique dans le choix et le prononcé de la sanction. L'étude de ces règles internationales, ainsi que des pratiques nationales qui en découlent, a permis d'identifier que la peine privative de liberté semble celle communément admise pour répondre au mieux aux critères internationalement fixés, ainsi qu'aux buts et fonctions de la peine. Le droit international n'impose pas une typologie de sanction, cependant, il privilégie la peine privative de liberté, pourvu qu'elle soit juste et proportionnée.

1061. A l'image des intrusions précédentes, le droit international pose, pour la dernière fois, des règles générales, explicites ou déduites, mais impératives et nécessaires. La mission dévolue aux autorités nationales compétentes est triple, puisque la sanction doit répondre à la philosophie même de la peine, tout en protégeant les droits garantis et en respectant scrupuleusement les obligations internationales. Une telle approche est une fois de plus attentatoire à l'exercice de la souveraineté pénale et restreint la marge nationale d'appréciation. Mais elle n'en est pas moins fondamentale car, au nom d'une bonne administration de la justice, elle favorise la lutte efficace contre l'impunité.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.

1062. La mise en œuvre des sanctions pénales et du pouvoir répressif est une étape tout aussi capitale que la précédente. Le droit international, de plus en plus intrusif dans la sphère de compétence étatique, a réellement pris une dimension pénale, en présidant aux destinées de la peine. Les Etats, qui sont chargés de relayer cette étape, ne doivent pas la manquer, afin d'assurer une répression à la fois efficace et effective du crime. Au-delà de l'incompétence traditionnelle de la société internationale, le recours aux autorités nationales, pour accomplir une telle mission, répond à un souci de protéger la souveraineté pénale des Etats, celle-ci étant supposée, par nature, s'exercer pleinement.

1063. Le droit international demeure omniprésent dans cette phase, en imposant aux Etats une obligation de poursuite, de coopération, si les circonstances l'exigent, et une obligation de répression, très formalisée. En tant que sujet de la société internationale, les Etats doivent prendre leur responsabilité afin, d'une part, de la protéger, et d'autre part, de rendre effectives les normes posées.

1064. C'est la raison pour laquelle, des domaines qui ressortent traditionnellement de la souveraineté nationale, se voient de plus en plus encadrés par le droit international. En imposant aux Etats une réelle obligation de poursuite, de coopération et de répression, le droit international s'assure ainsi que les normes pénales prescrites seront respectées et appliquées. Le souci majeur de lutter contre la criminalité et contre l'impunité justifie alors ces atteintes majeures à la souveraineté.

CONCLUSION GENERALE.

1065. Alors que le domaine répressif ressort des compétences traditionnelles des Etats, celui-ci prend un tournant de plus en plus international. La souveraineté pénale, cette citadelle longtemps inébranlable, a subi et continue de subir des attaques incessantes de la part du droit international. En effet, les intrusions du droit international dans la sphère des compétences répressives nationales, sont de plus en plus nombreuses. Le droit international s'évertue à parler le langage pénal en devenant de plus en plus précis et de plus en plus contraignant.

1066. Les obligations répressives qui ont été identifiées constituent la preuve la plus flagrante de cette intrusion du droit international. Or, ces dernières s'imposent en tant que telles aux Etats. Si ces obligations sont prévues par le droit conventionnel, la simple qualité de partie entraîne une soumission aux règles posées. Dans ce cas, les Etats ont volontairement consenti à des limitations de souveraineté. Si elles sont issues du droit coutumier, les Etats, en tant que sujets principaux de la société internationale, sont supposés s'y soumettre également. Enfin, si elles sont issues d'un acte unilatéral d'une organisation internationale, la qualité de membre suffit à en justifier le respect.

1067. Plus précisément, l'incrimination devient directe, les Etats devant retranscrire, en droit interne, la définition ou les spécificités du crime dénoncé. Le choix du titre de compétence est gouverné par la nécessité de lutter à la fois contre l'accroissement de la criminalité internationale et contre l'impunité. La territorialité est privilégiée, car elle est la garantie de la meilleure administration de la justice qui soit. Enjoindre aux Etats de rendre les poursuites pénales obligatoires et de coopérer est le moyen idéal d'assurer la tenue d'un procès, qui dans l'idéal doit aboutir sur la sanction nationale du crime.

1068. En tout état de cause, les Etats doivent garder à l'esprit que, s'ils sont enjoins à incriminer, établir leur compétence, poursuivre et éventuellement réprimer, c'est dans une optique de lutte contre la criminalité internationale; indirectement, dans une optique de défense de leurs intérêts propres. La lutte contre l'impunité est rapidement devenue l'axiome d'un droit international pénal s'imposant aux Etats. Au travers des juridictions nationales, la lutte contre l'impunité est devenue un impératif indérogeable. En effet, le respect par les Etats de leurs engagements internationaux fait que l'impunité ne doit plus

être la règle, et que les particularismes répressifs nationaux, ne doivent plus empêcher une répression réelle et efficace. L'ambition du droit international n'est pas d'imposer un modèle unique de répression et de sanction, mais de favoriser, au travers de l'action des Etats, une bonne administration de la justice.

1069. Autre élément, rentrant en considération, la gravité. Celui-ci est le dénominateur commun de toute la chaîne répressive. Le droit international a identifié et repris ce critère de gravité du crime et en a fait le socle du droit conventionnel, coutumier et unilatéral. Il revient aux Etats de prendre en considération ce critère et de le faire transparaître au travers des quatre obligations. Ainsi, les Etats ont l'obligation d'incriminer les infractions, en tenant compte de leur gravité, d'établir leur compétence selon l'ampleur des atteintes aux intérêts garantis, de poursuivre et de coopérer corrélativement avec l'ampleur des droits bafoués, enfin de réprimer de la manière la plus adéquate possible, selon une sanction proportionnée à l'ampleur et à la gravité du crime. Cette prise en compte de la gravité du crime commis est également la réponse à la nécessaire lutte contre l'impunité et doit obligatoirement transparaître lorsque les Etats prendront le relais.

1070. Même si les sanctions pénales demeurent nationales, elles doivent répondre à un certain dogmatisme qui conduit les Etats à s'interroger sur la véritable fonction sociale de la peine. En effet, pour être efficace, la peine doit répondre à ces principes de rétribution, prévention, dissuasion et resocialisation. Or, le droit international reste pragmatique, et ne s'est pas directement plongé dans ces débats. Ce dernier n'a pas franchi le cap d'imposer, pour un crime donné, une sanction pénale prédéfinie. Les Etats n'auraient pas accepté de perdre cette prérogative souveraine du choix de la sanction pénale. Cependant, il leur prescrit la prise de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, en leur laissant la faculté de se conformer à leurs traditions juridiques. Il appartient donc aux Etats de tenir compte de ces percepts, et d'en assurer, pleinement et souverainement la retranscription, afin de garantir l'efficacité pleine et entière de la peine.

1071. Pour reprendre les propos introductifs, aujourd'hui encore, punir reste une activité énigmatique, mais surtout une activité éminemment problématique. Construction du pouvoir répressif et mise en œuvre des sanctions pénales nationales sont deux étapes, certes cruciales de la chaîne répressive, mais dont l'aboutissement peut paraître incertain, face à la sauvegarde de la souveraineté pénale. A cet endroit, il convient de se poser une question capitale. Que reste-t-il de la souveraineté pénale ? Bien que le droit international

fasse du respect de la souveraineté un des principes fondamentaux de l'organisation de la société internationale, au vu de la pratique internationale, il n'y aurait qu'un pas à franchir pour considérer que la souveraineté pénale nationale ne serait plus qu'un leurre. Pour autant, il ne faut pas tirer de constat alarmiste. Certes, la souveraineté pénale est malmenée et subi les attaques du droit international, mais ces attaques sont nécessaires et consenties et traduisent l'évolution de la société internationale. En tout état de cause, les Etats demeurent des entités pénalement souveraines, certes amoindries, mais bien réelles.

BIBLIOGRAPHIE.

OUVRAGES.

Ouvrages généraux.

- Carreau (D.), *Droit international*, 6^{ème} édition, Paris, Pedone, 1999, 676 p.
- Combaceau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 1999, 801 p.
- Desportes (F.), Le Gunehec (F.), *Droit pénal général*, 13^{ème} édition, Economica, 1171 p.
- Huet (A.), Koering-Joulin (R.), *Droit pénal international*, Paris, Puf, 2005, 507 p.
- Lombois (C.), *Droit pénal général*, Hachette Supérieur, 1994, 160 p.
- Nguyen Quoc Dinh, Daillier (P.), Pellet (A.), *Droit international public*, 6^{ème} édition, L.G.D.J, 2002, 1510 p.

Doctrines philosophiques.

- Beccaria (C.), *Des délits et des peines*, 1764, GF. Flammarion, 1991, 187 p.
- Bergeron (G.), *Tout était dans Montesquieu-Une relecture de l'Esprit des lois*, L'Harmattan, 1996, 266 p.
- Driver (G.R), Miles (J.C), *The Babylonian laws-Legal commentary*, vol I, Oxford, Clarendon Press, 1960, 517 p.
- Ehrard (J.), présentée par, *Politique de Montesquieu*, Armand Colin, 1965, 332 p.

- Grotius (H.), *Le droit de la paix et de la guerre*, 1625, réédition sous la direction de Alland (D) et Goyar-Fabre (S.), Léviathan, Puf, 1999, 868 p.
- Hobbes (T.), *Le Léviathan, traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, 1651. Traduction par Tricaud (F.), Dalloz, 1999, 780p.

Ouvrages spécifiques.

- Bassiouni (C.), Wise (E.), *Aut dedere aut judicare the duty to extradite or prosecute in international law*, Martinus Nijhoff, 1995, 340 p.
- Bazealaire (J.P), Cretin (T.), *La justice pénale internationale*, Puf, 2000, 261 p.
- Bettati (M.), *Droit humanitaire*, Seuil, 2000, 282 p.
- Bouquemont (C.), *La Cour pénale internationale et les Etats-Unis*, L'Harmattan, 2003, 159 p.
- Bourdon (W.), *La Cour pénale internationale*, Point, 2000, 364 p.
- Burgers (J.H.), Danelius (H.), *The United Nations Convention against torture – a handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, 271 p.
- Cohen-Jonathan (G.), *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Panthéon Assas, 2003, 273 p.
- Colas (D.), *Les Constitutions de l'URSS et de la Russie (1905-1993)*, Puf, 1997, 127 p.
- Cot (J.P.), Pellet (A.), *La Charte des Nations Unies-Commentaire article par article*, Economica-Bruylant, 1985, 1553 p.
- Cusson (M.), *Pourquoi punir ?*, Dalloz, 1987, 203 p.
- Djiena Wembou (M.C.), *Le droit international dans un monde en mutation: essais écrits au fil des ans*, L'Harmattan, 2003, 399 p.

- Donnedieu de Vabres (H.), *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928, réédition Panthéon-Assas, 2004, 470 p.
- Du Bois de Gaudusson (J.), Conac (G.), Desouches (C.), (textes réunis par), *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, Tome 1, La documentation française-Bruylant, 1997, 452 p.
- Du Bois de Gaudusson (J.), Conac (G.), Desouches (C.), (textes réunis par), *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, Tome 2, La documentation française-Bruylant, 1998, 458 p.
- Fischer (G.), *Esclavage et droit international*, Paris, Pedone, 1957, 31 p.
- Garcia-Jourdan (S.), *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruylant, 2005, 761 p.
- Ginsburgs (G.), Kudriavtsev (V.N.), *The Nuremberg trial and international law*, Martinus Nijhoff, 1990, 288 p.
- Godchot (J.E.), *Les Constitutions du Proche et du Moyen-Orient*, Sirey, 1957, 442 p.
- Goodwin-Gill (G.), McAdam (J.), *The refugee in international law*, Oxford University Press, 2007, 786 p.
- Haggemacher (P.), Perruchoud (R.), Dipla (H.), *Répertoire des documents de la Cour de la Haye, Série I, 1922-1945, Les compétences de l'Etat*, Tome IV, Genève, I.U.H.E.I, 1984, 1770 p.
- Hannikainen (L.), *Peremptory norms (jus cogens) in international law – Historical development, criteria, present statuts*, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, 781 p.
- Henckaerts (J.M.), Doswald-Beck (L.), *Droit international humanitaire coutumier. Volume I : Règles*, Bruylant, CICR, 2006, 878 p.
- Joinet (L.), *Lutter contre l'impunité. Dix questions pour comprendre et pour agir*, La découverte, 2002, 143 p.

- Kolb (R.), *Théorie du ius cogens international - Essai de relecture du concept*, Puf, 2001, 401 p.
- Kolb (R.), *Réflexions de philosophie du droit international – Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruylant, Université de Bruxelles, 2003, 434 p.
- Laborde (J.P.), *Etat de droit et crime organisé*, Dalloz, 2005, 331 p.
- Laughland (J.), *Le Tribunal pénal international-gardien du nouvel ordre mondial*, F.X de Guibert, 2003, 124 p.
- Lesage (M.), *Constitutions d'Europe centrale, orientale et balte*, La documentation française, 1995, 410 p.
- Luchaire (F.), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, 501 p.
- Merle (R.), Vitu (A.), *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Tome II, cinquième édition, Cujas, 2001, 1180 p.
- Moreillon (L.), Willi-Jayet (A.), *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, Helbing et Lichtenhann, Bruylant, LGDJ, 2005, 745 p.
- Nolte (G.), *Le droit international face au défi américain*, Pedone 2005, 101 p.
- Pansier (J.), *La peine et le droit*, Puf, 1994, 128 p.
- Peyro Llopis (A.), *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruylant, 2003, 185 p.
- Pictet (J.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, C.I.C.R, 1952, 542 p.
- Pictet (J.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, C.I.C.R, 1956, 720 p.
- Pictet (J.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, C.I.C.R, 1958, 834 p.

- Pictet (J.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, C.I.C.R, 1959, 333 p.
- Poncela (P.), *Droit de la peine*, Puf, 2001, 479 p.
- Pradel (J.), Corstens (G.), *Droit pénal européen*, Dalloz, 2002, 609 p.
- Preux de (J.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, C.I.C.R, 1958, vol 3, 834 p.
- Ragazzi (M.), *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford, Clarendon Press, 2000, 264 p.
- Rolin (E.), *Le Conseil d'Etat, juge de l'extradition*, L.G.D.J, 1999, 176 p.
- Sudre (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} édition, Puf, 2006, 786 p.
- Tigroudja (H.), Panoussis (I.), *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruylant, 2003, 330 p.
- Touret (C.), *La piraterie au vingtième siècle – Piraterie maritime et aérienne*, LGDJ, 1992, 306 p.
- Trechsel (S.), *Human Rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, 2006, 611 p.
- Yokaris (A.), *La répression pénale en droit international public*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2005, 147 p.
- Zimmermann (R.), *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bruylant, 2004, 733 p.

DICTIONNAIRES JURIDIQUES.

- Bouchet-Saulnier (F.), sous la direction de, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, 2^{ème} édition, Paris, La découverte et Syros, 2000, 492 p.

- Canto-Sperber (M.), sous la direction de, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Puf, 1998, 1809 p.
- Kiss (A.C.), *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, tome II, CNRS, 1966, 674 p.
- La Rosa (A-M.), sous la direction de, *Dictionnaire de droit international pénal termes choisis*, Puf, 1998, 132 p.
- Salmon (J.), sous la direction de, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, 1198 p.

COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL.

- Saldana (Q.), La justice pénale internationale, *R.C.A.D.I*, 1925, vol 5, pp. 225-425.
- Pella (V.), La répression de la piraterie, *R.C.A.D.I*, 1925, tome 15, pp. 149-295.
- Udina (M.), La succession d'Etats quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques, *R.C.A.D.I*, 1933, vol 44, pp. 669-773.
- Scelle (G.), Règles générales du droit de la paix, *R.C.A.D.I*, 1933, vol 46, pp. 327-703.
- Donnedieu de Vabres (H.), Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international, *R.C.A.D.I*, 1947, vol 70, pp. 477-582.
- Kelsen (H.), Théorie du droit international public, *R.C.A.D.I*, 1953, vol 84, pp. 5-203.
- Bedjaoui (M.), Problèmes récents de succession d'Etats dans les Etats nouveaux, *R.C.A.D.I*, 1970, vol 130, pp. 457-585.
- Capotorti (F.), L'extinction et la suspension des Traités, *R.C.A.D.I*, 1971, vol 134, pp. 419-587.

- De Visscher (P.), Cours général de droit international public, *R.C.A.D.I.*, 1972, vol 136, pp. 1-202.
- Schwebel (S.M.), Aggression, intervention and self-defence in moderne international law, *R.C.A.D.I.*, 1972, vol 136, pp. 413-497.
- Vieira (M.A.), L'évolution récente de l'extradition dans le continent américain, *R.C.A.D.I.*, 1984, vol 185, pp. 155-380.
- Guillaume (G.), Terrorisme et droit international, *R.C.A.D.I.*, 1989, vol 111, pp. 287-416.
- Henkin (L.), General course on public international law, *R.C.A.D.I.*, 1989, vol 216, pp. 9-416.
- Puente Egido (J.), L'extradition en droit international : problèmes choisis, *R.C.A.D.I.*, 1991, vol 231, pp. 13-260.
- Stern (B.), La succession d'Etats, *R.C.A.D.I.*, 1996, vol 262, pp. 9-438.
- Barboza (J.), International criminal law, *R.C.A.D.I.*, 1999, vol 278, pp. 13-199.
- Abellan Honrubia (V.), La responsabilité internationale de l'individu, *R.C.A.D.I.*, 1999, vol 280, pp. 219-267.
- Slaughter (A-M), International law and international relations, *R.C.A.D.I.*, 2000, vol 285, pp. 13-249.
- Rosenne (S.), General course on Public International law, *R.C.A.D.I.*, 2001, vol 291, 471 p.

THESES.

- Biguma (N.), *La reconnaissance conventionnelle de la compétence universelle des tribunaux internes à l'égard de certains crimes et délits*, Septentrion, 2002, 385 p.

- Borghi (A.), *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2003, 560 p.
- Chalufour (A.), *Le statut juridique des troupes alliées pendant la guerre de 1914-1918*, Paris, Les presses modernes, 1927, 122p.
- Chilstein (D.), *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, 2003, 467 p.
- Debove (F.), *Le renouvellement des normes répressives françaises par le droit européen*, Thèse dact, 1995, 716 p.
- Henzelin (M.), *Le principe de l'universalité en droit pénal international, droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de droit de Genève, Bruylant, 2000, 527 p.
- Lazareff (S.), *Le statut des forces de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord et son application en France*, Paris, Pedone, 548 p.
- Lepadatescu (M.), *Le fondement du droit de punir*, Paris, 1933, Rodstein, 118 p.
- Martin (J.C.), *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, CERIC, 2006, p. 618.
- Meyrowitz (H.), *La répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, L.G.D.J, 1960, 510 p.
- Muzny (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, 2 vol, Presses Universitaire d'Aix Marseille, 2005, 734 p.
- Paillard (B.), *La fonction réparatrice de la répression pénale*, L.G.D.J, 2007, 352 p.
- Portail (R.), *L'affaire du Lotus*, L.G.D.J, 1928, 203 p.

- Thiel (D.), *Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international*, Thèse dact, 2000, 475 p.
- Tigroudja (H.), *Contribution à l'étude du statut de la victime en droit international des droits de l'homme*, Thèse dact, 2001, 641 p.

ACTES DE COLLOQUES ET TRAVAUX COLLECTIFS.

- *Actes du symposium sur le droit à la vie quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, CID, Genève, 1992, 131 p.
 - o Lefeuvre (P.), La protection du droit à la vie dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, pp. 51-58.
- Anreopoulos (G.J.), *Genocide : conceptual and historical dimensions*, University of Pennsylvania Press, 1994, 265 p.
- Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, 1052 p.
 - o Bourdon (W.), La coopération judiciaire internationale, pp. 921-931.
 - o Djermoun (L.), Le faux-monnayage, pp. 477-484.
 - o Dugard (J.), L'apartheid, pp. 349-360.
 - o Fichet-Boyle (I.), Mossé (M.), L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions, pp. 871-885.
 - o Jos (E.), La traite des êtres humains et l'esclavage, pp. 337-347.
 - o Latty (F.), Les infractions fluviales, pp. 521-526.
 - o Poncela (P.), L'imprescriptibilité, pp. 887-895.
 - o Pradelle de la (G.), La compétence universelle, pp. 905-918.

- Tomuschat (C.), *La cristallisation coutumière*, pp. 23-35.
- *La Cour pénale internationale*, Droit et démocratie, La documentation française, 1999, 98 p.
 - Decaux (E.), *Actions au regard de la souveraineté des Etats et moyens d'investigations*, pp. 77-88.
- *Le Tribunal pénal international de la Haye-Le droit à l'épreuve de la « purification ethnique »*, Juristes sans frontières, L'Harmattan, 2000, 348 p.
- *Le droit face aux crises humanitaires, de l'efficacité du droit international humanitaire dans les conflits armés*, vol 1, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, 384 p.
 - Dieng (A.), *La mise en œuvre du droit international humanitaire : les infractions et les sanctions ou quand la pratique désavoue les textes*, pp. 311-373.
 - Lattanzi (F.), *La répression des crimes du droit international : des juridictions internes aux juridictions internationales*, pp. 121-176.
- Ben Achour (R.), Laghmani (S.), *Justice et juridictions internationales, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*, Colloque des 13, 14 et 15 avril 2000, Paris, Pedone, 2000, 336 p.
 - Ben Achour (R.), *Quel rôle pour la justice internationale ?*, pp. 17-32.
 - Condorelli (L.), *La répression des crimes et la Cour pénale internationale : une innovation majeure en droit internationale*, pp. 147-159.
- Cassese (A.), Delmas-Marty (M.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Puf, 2002, 267 p.
 - Cassese (A.), *Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale ?*, pp. 13-29.

- Kirsch (P.), *La Cour pénale internationale face à la souveraineté des Etats*, pp. 31-37.
- Cassese (A.), Delmas-Marty (M.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Puf, 2002, 673 p.
 - Alvarez (A.E), Bertoni (E.A.), Boo (M.), *Droit argentin*, pp. 299-331.
 - Swart (B.), *La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux*, pp. 567-587.
 - Vandermeersch (D.), *La compétence universelle*, pp. 589-611.
- Chassin (C-A.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2006, 300 p.
 - Larralde (J-M.), *L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté*, pp 209-236.
- Condorelli (L.), La Rosa (A.M.), Scherrer (S.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire. Actes du Colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'O.N.U*, Paris, Pedone, 1996, 506 p.
 - Cassese (A.), *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the implementation of international humanitarian law*, pp. 229-247.
 - Kama (L.), *Le Tribunal pénal international pour le Rwanda et la répression des crimes de guerre*, pp. 249-258.
- Drago (R.), *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Dalloz, 1996, 74 p.
 - Dupuy (P.M.), *La souveraineté de l'Etat et le droit des Nations Unies*, pp. 23-31.
 - Flauss (J.F.), *La souveraineté de l'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 59-72.

- Polin (R.), Le concept de souveraineté et ses conséquences internationales, pp. 5-15.
- Henzelin (M.), Roth (R.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, Genève, Bruxelles, L.G.D.J, Georg, Bruylant, 2002, 355 p.
 - Henzelin (M.), Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures, pp. 69-118.
 - Sur (S.), Le droit international pénal entre l'Etat et la société internationale, pp.49-68.
- Kalshoven (F.), Sandoz (Y.), *Implementation of international humanitarian law, Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Martinus Nijhoff, 1989, 472 p.
 - Drzewicki (K.), National legislation as a measure for implementation of international humanitarian law, pp. 109-131.
 - Levrat (N.), Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de « faire respecter » les Conventions humanitaires, pp. 263-296.
- *Le chef d'Etat et le droit international*, S.F.D.I, Colloque de Clermont-Ferrand, Paris, Pedone, 2002, 300 p.
 - Cosnard (M.), Les immunités du chef d'Etat, pp. 189-268.
- *Le Procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation*, Bruylant, 1988, 181 p.
 - David (E.), L'actualité juridique de Nuremberg, pp. 89-181.
- *Les compétences de l'Etat en droit international*, S.F.D.I, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 318 p.
 - Koering-Joulin (R.), La conception française de la compétence personnelle passive, pp. 151-157.

- Lescure (K.), Trintignac (F.), *Une justice internationale pour l'ex-Yougoslavie- mode d'emploi du tribunal pénal international de la Haye*, L'Harmattan, 1994, 129 p.
- Müller-Rappard (E), Bassiouni (C.), *La coopération inter-étatique européenne en matière pénale. Les instruments juridiques du Conseil de l'Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 1725 p.
- Mouvement d'action judiciaire, *L'affaire Croissant*, François Maspero, 1977, 204 p.
- *Onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale*, Bangkok 18-25 avril 2005,
 - o Atelier 1 : Renforcement de la coopération internationale en matière de police et répression, y compris les mesures d'extradition, A/Conf/203/9.
- Pettiti (L.E.), Decaux (E.), Imbert (P.H.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 1230 p.
 - o Eissen (M.A.), Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pp. 65-81.
 - o Guillaume (G.), commentaire de l'article 2, pp. 143-154.
- *Politique pénale en Europe, bonnes pratiques et exemples prometteurs*, Conseil de l'Europe, 2005, 224 p.
 - o Kensey (A.), La libération conditionnelle et la prévention de la récidive, pp. 195-201.
- *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme : actes du Colloque* organisé par le Centre de droit international, Institut de Sociologie et l'Association belge des juristes démocrates à l'Université libre de Bruxelles, 19 et 20 mars 1973, éditions de l'Université de Bruxelles, 1974, 292 p.

- Ruiz Fabri (H.), Della Morte (G.), Lambert Abdelgawad (E.), *Recherche sur les institutions de clémence en Europe (Amnistie, grâce, prescription)*, UMR, Paris 1/CNRS, 2005, 128 p.
- *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme. Les alternatives à la détention*, La documentation française, 2007, 222 p.
- Tulkens (F.), Bosly (H-D.), *La justice pénale et l'Europe. Travaux des 15èmes journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le département de criminologie de droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 213 p.

MELANGES

- *Le droit privé français au milieu du XX ème siècle, études offertes à Georges Ripert*, Tome I, LGDJ, 1950, 551 p.
 - o Donnedieu de Vabres (H.), De la piraterie au génocide...les nouvelles modalités de la répression universelle, pp. 226-254.
- *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, 561 p.
 - o Chaumont (C.), Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat, pp. 114-151.
- *En hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, 416 p.
 - o Lernell (L.), L'individualisation de la peine et la personnalité du délinquant, pp. 173-187.
- *René Cassin, Amicorum disipulorumque liber – Méthodologie des droits de l'homme*, vol 4, Paris, Pedone, 1972, 402 p.
 - o Ancel (M.), Les droits de l'homme et le droit pénal, pp. 219-230.
- *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pedone, 1980, 539 p.

- Van Den Wijngaert (C.), La définition du délit politique dans la théorie et la pratique du droit de l'extradition, pp 507-535.
- *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981, 584 p.
 - Combacau (J.), Obligations de résultat et obligations de comportement— quelques questions et pas de réponse, pp. 181-204.
- *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Swinarski (C.), sous la direction de..., Genève-La Haye, CICR-Martinus Nijhoff, 1984, 1143 p.
 - Condorelli (L.), Boisson de Chazournes (L.), Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire « en toutes circonstances », pp. 17-35.
 - Nahlik (S.E.), Le problème des sanctions en droit international humanitaire, pp. 469-481.
 - Zimmermann (B.), La succession d'Etats et les Conventions de Genève, pp. 113-123.
- *Mélanges offerts à P.F Gonidec, Etat moderne horizon 2000. Aspects internes et externes*, L.G.D.J, 1985, 543 p.
 - Chaumont (C.), Mort et transfiguration du « jus cogens », pp. 469-479.
- *Mélanges offerts à Paul Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, 854 p.
 - Rivero (J.), Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique, pp. 675-685.
- *Mélanges offerts à Georges Levasseur, droit pénal droit européen*, Gazette du Palais, Litec, 1992, 488 p.
 - Guillaume (G.), La compétence universelle formes anciennes et nouvelles, pp. 23-36.

- Vitu (A.), Le meurtre politique en droit international et en droit extraditionnel, pp. 361-370.
- *Présence du droit public et droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Tome 1, Bruylant, 1992, 661 p.
 - Martens (P.), L'irrésistible ascension du principe de la proportionnalité, pp. 49-68.
- *Le droit international dans un monde en mutation-Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, FCU, 1994, vol II, 1358 p.
 - Bardonnnet (D.), Quelques observations sur le principe de la proportionnalité en droit international, pp. 995-1036.
- *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, 550 p.
 - Chemillier-Gendreau (M.), La notion de sanction en droit international, pp. 115-126.
- *Mélanges offerts à Georges Burdeau, Le pouvoir*, Paris, L.G.D.J, 1997, 1190 p.
 - Demichel (F.), Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines, pp. 1053-1071.
- *Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale*, Georg, 1997, 219 p.
 - Koering-Joulin (R.), L'affaire MC Ruby et la compétence internationale des juridictions répressives françaises, pp. 143-154.
- *Liber amicorum Mohammed Bedjaoui*, Yakpo (E.), Boumedra (T.), The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1999, 790 p.
 - Rigaux (F.), Le concept de territorialité : un fantasme en quête de réalité, p. 211-222.

- Stern (B.), A propos de la compétence universelle..., pp 735-753.
- *Mélanges Jean Claude Soyer – L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, 366 p.
 - Allix (D.), De la proportionnalité des peines, pp. 1-9.
- *The international legal system in quest of equity and universality-Liber amicorum Georges Abi-Saab*, Boisson de Chazournes (L.), Gowland-Debbas (V.), Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 849 p.
 - Sands (P.), After Pinochet: the proper relationship between national and international courts, pp. 698-715.
- *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, 1195 p.
 - Koering-Joulin (R.), Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive, pp. 529-537.

ARTICLES SCIENTIFIQUES.

- Andries (A.), David (E.), Van Den Wyngaert (C.), Verhaegen (J.), Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire, *Rev. Dr. Pén. Crim*, 1994, pp. 1114-1884.
- Ascensio (H.), Pellet (A.), L'activité du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (1993-1995), *A.F.D.I.*, 1995, pp.101-136.
- Ascensio (H.), Maison (R.), L'activité des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (1995-1997) et pour le Rwanda (1994-1997), *A.F.D.I.*, 1997, pp. 368-402.
- Ascensio (H.), Maison (R.), L'activité des tribunaux pénaux (2001), *A.F.D.I.*, 2001, pp. 240-281.

- Ascensio (H.), Maison (R.), L'activité des juridictions pénales internationales (2003-2004), *A.F.D.I.*, 2004, pp.416-485.
- Azmayesh (A.), L'extradition en droit iranien et les problèmes nouveaux, *R.I.D.P.*, 1991, pp. 685-699.
- Bailleux (A.), L'histoire de la loi belge de compétence universelle. Une valse à trois temps : ouverture, étroitesse modeste, *Droit et Société*, 2005, pp. 107-136.
- Banifatemi (Y.), La lutte contre le financement du terrorisme international, *A.F.D.I.*, 2002, pp.103-128.
- Barella (D.), Vers un espace pénal commun en Europe ? , *P.A.*, 24 juin 2003, n° 125, pp. 4-7.
- Bassiouni (C.), Extradition: the United States model, *R.I.D.P.*, 1991, pp. 469-497.
- Bennouna (M.), La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des Etats, *A.F.D.I.*, 1990, pp. 299-306.
- Beirlaen (A.), Considérations sur la prévention et la répression du terrorisme, *R.S.C.*, 1978, pp. 825-844.
- Bellescize de (R.), La Cour de justice des Communautés européennes limite la souveraineté des Etats en matière pénale. (A propos de l'arrêt de la CJCE du 13 septembre 2005), *Droit pénal*, n° 12, décembre 2005, pp. 6-8.
- Bernardi (A.), Les principes de droit international et leur contribution à l'harmonisation des systèmes punitifs nationaux, *R.S.C.*, 1994, pp. 255-266.
- Bernaz (N.), L'abolition de la peine de mort pour les mineurs aux Etats-Unis : quelques réflexions à propos de l'arrêt *Roper v. Simmons* du 1^{er} mars 2005, *R.F.D.C.*, 2006, pp. 437-448.
- Boissarie (M.A.), Rapport général sur la répression des crimes nazis contre l'humanité et sur la protection des libertés démocratiques, *R.I.D.P.*, 1947, pp. 11-26.

- Bonichot (J.C.), L'évolution récente de l'extradition passive en France, *A.F.D.I.*, 1984, pp. 19-42.
- Bonnard (H.), Ligneul (C.), Les compétences pénales en matière de « piraterie aérienne », *Gaz. Pal.*, 23 août 1977, pp. 400-410.
- Borricand (J.), L'extradition des terroristes, *R.S.C.*, 1980, pp. 661-691.
- Bougartchev (K.), Lutran (D.), La compétence internationale du juge répressif français, *P.A.*, 15 mars 2007, pp. 14-15.
- Boumédiène (M.), Vers une limitation du principe de souveraineté pénale des Etats (CJCE, Commission européenne c/Conseil de l'Union européenne, 13 septembre 2005), *Revue administrative*, n°350, mars 2006, pp. 156-161.
- Boyle (D.), Juger les Khmers rouges, *Actualité et droit international*, janvier 1999.
- Bribosia (E.), Weyembergh (A.), Extradition et asile: vers un espace judiciaire européen ?, *R.B.D.I.*, 1997, pp. 69-98.
- Bueno Arus (F.), L'infraction politique et l'extradition dans la législation espagnole, *R.I.D.P.*, 1992, pp. 311-323.
- Bullier (A.J.), Souveraineté de l'Etat et droit pénal international, *P.A.*, 7 juin 1999, n° 112, p. 11.
- Bullier (A.J.), Les Etats face à la justice pénale internationale: coopération ou contrainte?, *P.A.*, 16 septembre 1999, n° 185, pp. 6-7.
- Bullier (A.J.), De la difficulté de créer des tribunaux pénaux internationaux quand les Etats concernés s'y opposent, *P.A.*, 17 mai 2000, n° 98, p. 6.
- Bullier (A.J.), Humanité contre souveraineté ou droit d'ingérence contre génocide, *P.A.*, 23 mai 2000, n° 102, pp. 4-5.
- Bullier (A.J.), Kadhafi/Pinochet : chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris et chambre des Lords se rejoignent dans une même logique, *P.A.*, 6 décembre 2000, n° 243, pp. 9-10.

- Cafritz (E.), Tene (O), Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français, *R.S.C*, 2003, pp. 733-742.
- Cara de (J.Y.), L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords, *A.F.D.I*, 1999, pp. 72-100.
- Castillo (M.), La compétence du tribunal pénal pour la Yougoslavie, *R.G.D.I.P*, 1994, pp. 60-87.
- Cazala (J.), Est-il risqué pour les Etats de coopérer avec les juridictions pénales internationales ? Réflexions sur les relations entre juridictions nationales, tribunaux pénaux internationaux et Cour européenne des droits de l'homme, *R.S.C*, 2003, pp. 721-732.
- Chaltiel (F.), Une nouvelle avancée de l'idée de souveraineté européenne : la souveraineté pénale en devenir, *R.M.C.U.E*, 2006, n° 494, pp. 24-28.
- Chanet (C.), La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *A.F.D.I*, 1984, pp. 625 -636.
- Chapelle (M.A.), Commissions rogatoires internationales, *JCL droit international*, fasc 470.
- Chappez (J.), La lutte internationale contre le blanchiment des capitaux d'origine illicite et le financement du terrorisme, *A.F.D.I*, 2003, pp. 542-562.
- Charney (J.), Universal international law, *A.J.I.L*, 1993, vol 87, pp. 529-551.
- Cheng (B.), La jurimétrie: sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale, *J.D.I*, 1991, pp. 579-599.
- Combacau (J.), La doctrine de l'act of state aux Etats-Unis, développements récents, *R.G.D.I.P*, 1977, pp. 35-91.
- Combacau (J.), Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'Etat, *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 47-58.

- Cosnard (M.), Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, *R.G.D.I.P.*, 1999, pp. 309-328.
- Coulée (F.), Sur un Etat tiers bien peu discret : les Etats-Unis confrontés au statut de la Cour pénale internationale, *A.F.D.I.*, 2003, pp. 37-70.
- Coursier (H.), Accession des nouveaux Etats africains aux Conventions de Genève, *A.F.D.I.*, 1961, pp. 760-761.
- Coussirat-Coustère (V.), Eisemann (P.M.), L'enlèvement des personnes privées et le droit international, *R.G.D.I.P.*, 1972, pp. 345-400.
- Dautricourt (J.Y.), La protection pénale des Conventions internationales humanitaires-Une conception de Loi-type, *R.D.P.C.*, 1953, pp. 191-212.
- De Araujo Jr (J.M), L'extradition dans la Constitution brésilienne de 1988, *R.I.D.P.*, 1991, pp. 567-585.
- D'Hauteville (A.), Réflexions sur la remise en cause de la sanction pénale, *R.S.C.*, 2002, pp. 402-408.
- De Hemptinne (J.), La définition du crime contre l'humanité par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *R.T.D.H.*, 1998, pp. 663-679.
- De la Cuesta (J.L.), Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe « *ne bis in idem* », Rapport général, *R.I.D.P.*, 2002, pp. 673-705.
- Delaplace (E.), Note sous Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) (première section), 12 mars 2003, *Öcalan* contre Turquie, *JDI*, 2004, pp. 658-663.
- Delmas-Marty (M.), Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria, *R.S.C.*, 1989, pp. 252-260.
- Donnedieu de Vabres (H.), La répression internationale du terrorisme. Les Conventions de Genève (16 novembre 1937), *R.D.I.L.C.*, 1938, pp. 37-74.

- Donnedieu de Vabres (H.), Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux, *R.I.D.P.*, 1950, pp. 511-536.
- Du Mesnil du Buisson (G.), Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine, *R.S.C.*, 1998, pp. 255-263.
- Dupuy (P.M.), Crime sans châtement, ou mission accomplie, *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 243-257.
- Ellenberger (H.F.), La vendetta, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1981, n° 2, pp. 125-142.
- Fayard (M.C.), La localisation internationale de l'infraction *R.S.C.*, 1968, pp. 753-779.
- Ferlet (P.), Sartre (P.), La Cour pénale internationale à la lumière des positions américaine et française, *Etudes*, février 2007, pp. 165-174.
- Flauss (J.F.), Convention européenne des droits de l'homme et succession d'Etats aux traités : une curiosité, la décision du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en date du 30 juin 1993 concernant la République tchèque et la Slovaquie, *R.U.D.H.*, 1994, pp. 1-5.
- Fournier (A.), La répression de la complicité et ses avatars en droit pénal international, *R.S.C.*, 2003, pp. 13-31.
- Fronza (E.), La mise en accusation de Milosevic et autres: les crimes contre l'humanité devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *L'Astrée*, septembre 1999, n° 8, pp. 67-80.
- Frossard (S.), Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines, *R.S.C.*, 1998, pp. 703-714.
- Frumer (P.), Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle. A propos de quelques entraves étatiques récentes aux mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme, *R.G.D.I.P.*, 2004, pp. 939-964.

- Gaeta (P.), Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle, *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 273-284.
- Garcia (T.), La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire, *R.G.D.I.P.*, 2003, pp. 677-692.
- Gautier (Y.), Commentaire de la décision-cadre 2002/548, du 13 juin 2002, *Europe*, octobre 2002, pp. 18-19.
- Gentili-Picard de (L.), La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France, *J.C.P., édition générale*, 13 octobre 2004, pp. 1775-1780.
- Geoff (G.), Crimes sans frontières : jurisdictional problems in english law, *BYBIL*, 1992, pp. 415-442.
- Ghica-Lemarchand (C.), La commission rogatoire internationale en droit pénal, *R.S.C.*, 2003, pp. 33-43.
- Glennon (M.J.), State-sponsored abduction: a comment on United States v. Alvarez Machain, *A.J.I.L.*, 1992, pp. 746-756.
- Gogorza (A.), Répression universelle et concurrence des compétences pénales, *P.A.*, 11 juillet 2007, n° 138, pp. 3-9.
- Guillaume (G.), La Convention de la Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, *A.F.D.I.*, 1970, pp. 35-61.
- Henzelin (M.), La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia, *R.G.D.I.P.*, 2002, pp. 819-853.
- Herzog (J.B.), Etude des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité, *R.S.C.*, 1965, pp. 337-371.
- Hollweg (C.), Le nouveau tribunal international de l'O.N.U en ex-Yougoslavie : un défi pour le droit humanitaire dans le nouvel ordre mondial, *R.D.P.*, 1994, pp. 1357-1397.
- Huet (A.), Pour une application limitée de la loi pénale étrangère, *J.D.I.*, 1982, pp. 625-659.

- Huet (A.), Une méconnaissance du droit international (à propos de la rétroactivité *in mitius*), *J.C.P.*, 1987, I, 3293.
- Huet (A.), Koering-Joulin (R.), Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, Infractions commises à l'étranger, *Jcl droit international*, vol 4. fasc 403-20.
- Huglo (C.), L'extradition en ce qui concerne les délits politiques, *Gaz. Pal.*, 25 septembre 1973, Doctrine, pp. 589-598.
- Isaac (G.), Le nouvel office européen de police (Europol), *P.A.*, 7 juin 2000, n° 113, pp. 7-16.
- Jalloh (C.), Immunity from prosecution from international crimes: the case Charles Taylor at the Special Court for Sierra Leone, *A.S.I.L.*, octobre 2004.
- Jurovics (Y.), Husson (L.), *Crime de guerre*, *Jcl droit international*, 3, 2004, Fasc 412.
- Jurovics (Y.), Le procès international pénal face au temps, *R.S.C.*, 2001, pp. 781-797.
- Jurovics (Y.), L'incrimination internationale de la réduction en esclavage, *Semaine sociale Lamy*, 2005, n° 1213, pp. 47-50.
- Koering-Joulin (R.), Huet (A.), Conventions internationales répressives, *Jcl droit international*, Fasc. 406-10.
- Koering-Joulin (R.), Seuvic (J.F.), Droits fondamentaux et droit criminel, in *A.J.D.A.*, 1998, numéro spécial *Les droits fondamentaux*, pp. 106-129.
- Kouassi (K.B.), De la nécessaire actualisation de la répression internationale des crimes contre l'humanité, *P.A.*, 20 août 1993, n° 100, pp. 3-7.
- Koudou (G.B.), Amnistie et impunité des crimes internationaux, *Droits fondamentaux*, n° 4, janvier-décembre 2004.
- Labayle (H.), Droit international et lutte contre le terrorisme, *A.F.D.I.*, 1986, pp. 105-138.

- Labayle (H.), Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour Européenne des droits de l'homme, *JCP G*, 1990, I, 3452
- Labayle (H.), Le juge et le droit administratif de l'extradition face aux logiques de l'entraide répressive internationale, *R.F.D.A*, 1994, pp. 21-34.
- Laborde (J.P.), Une nouvelle Convention internationale contre le terrorisme : la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *R.I.D.P*, 2005, pp. 447-452.
- Lanord (C.), Quelques considérations sur le projet de Protocole III additionnel aux Conventions de Genève de 1949, *L'Observateur des Nations Unies*, n° 10, 2001, pp. 13-34.
- Lassalle (J.Y.), Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale, *JCP*, 1993, éd G, n° 31, doctrine, 3695, pp. 339-341.
- Leblois-Happe (J.), Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu becs et ongles par la Chambre criminelle, *Droit pénal*, 2003, n° 4, pp. 4-5.
- Lemasson (A-T.), Le crime contre la paix ou crime d'agression. De la réactivation d'une infraction de droit international classique, *R.S.C*, 2006, pp. 275-292.
- Lemkin (R.), Le génocide, *R.I.D.P*, 1946, pp. 371-386.
- Le Poittevin (A.), De l'extradition des nationaux, *J.D.I*, 1903, pp. 24-42.
- Levasseur (G.), Bonnard (H.), Extradition, conditions de fond, condition relatives aux qualités de la personne recherchée, *JCL droit international*, Fasc. 405-B-3.
- Levasseur (G.), Le problème de l'infraction politique dans le droit de l'extradition, *J.D.I*, 1990, pp. 557-588.
- Lombois (C.), De la compassion territoriale, *R.S.C*, 1995, pp.399-403.

- Maison (R.), Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes, *E.J.I.L.*, 1995, vol 6, pp. 260-273.
- Mankiewicz (R.H.), La Convention de Montréal (1971) pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, *A.F.D.I.*, 1971, pp. 855-875.
- Martin (P.M.), La Cour pénale internationale: quel avenir pour une illusion?, *Dalloz*, 1998, 36^{ème} cahier, pp. 337-340.
- Masse (M.), Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français, *R.S.C.*, 1994, pp. 376-383.
- Massé (M.), L'extradition des nationaux, *R.S.C.*, 1994, p. 798-804.
- Masse (M.), La souveraineté pénale, *R.S.C.*, 1999, pp. 905-909.
- Meinsenber (S.M.), Legality of amnesties in international humanitarian laws. The Lomé amnesty decision of the Special Court for Sierra Leone, *R.I.C.R.*, décembre 2004, pp. 837-851.
- Monville (P.), Le mandat d'arrêt européen : remise en cause du mécanisme de la simple remise, *J.T.*, juin 2003, pp. 168-173.
- Moutin (P.), Schweitzer (M.), A propos des bourreaux: criminels de guerre et criminels contre l'humanité, *R.S.C.*, 1993, pp. 831-837.
- Moutouh (H.), Des peines planchers pour prendre le droit pénal au sérieux, *Dalloz*, 2006, pp. 2940-2942.
- Mubiala (M.), Le Tribunal international pour le Rwanda : vraie ou fausse copie du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ?, *R.G.D.I.P.*, 1995, pp. 929-954.
- Muxart (A.), Immunités de l'ex-chef d'Etat et compétence universelle: quelques réflexions à propos de l'affaire Pinochet, *in www.ridi.org*.

- Nanda (V.P.), The law of extradition in selected Asian countries, *R.I.D.P.*, 1991, pp. 587-605.
- Nash Leich (M.), Contemporary practice of the United States relating to international law, *AJIL*, 1985, p 1969.
- Nsanzuwera (F.X.), Un tribunal suisse condamne un auteur présumé du génocide rwandais, *L'Astrée*, septembre 1999, n° 8, pp. 39-40.
- Normandeau (A.), Le terrorisme international et la peine de mort, *R.S.C.*, 2006, pp. 895-898.
- Ntanda Nsereko (D.D.), Genocidal conflict in Rwanda and the ICTR, *N.I.L.R.*, 2001, pp. 31-65.
- O'Brien (J.), The international tribunal for violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia, *A.J.I.L.*, 1993, vol 87, pp. 639-659.
- Papatheodorou (T.), La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français, *R.S.C.*, 1997, pp. 15-28.
- Paridaens (D.J.M.W.), The extradition of nationals according to Dutch law, *R.I.D.P.*, 1991, pp. 515-521.
- Paulino Pereira (F.R.), Convention relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, *R.M.C.U.E.*, n° 391, octobre 1995, pp. 521-524.
- Pelletier (B.), De la piraterie maritime, *Annuaire de droit maritime et aéro-spatial*, Tome IX, 1987, pp. 216-235.
- Petite (M.), Bogensberger (W.), Du droit pénal communautaire : l'arrêt de principe du 13 septembre 2005 de la Cour de justice dans l'affaire C-176/03, *Gaz Pal*, mercredi 12, jeudi 13 avril 2006, pp. 864-867.
- Pelletier (B.), De la piraterie maritime, *Annuaire de droit maritime et aéro-spatial*, Tome IX, 1987, pp. 217-235.

- Pettiti (L.E.), Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme, *R.S.C*, 1987, pp. 167-181.
- Peyrical (J.M), De l'éventuelle extradition des ressortissants français, *P.A*, 5 janvier 1996, n° 3, pp. 21-25.
- Plattner (D.), La répression pénale des violations du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux, *R.I.C.R*, septembre-octobre 1990, pp. 443-455.
- Plender (R.), Le nouveau Traité d'extradition entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni et l'exception d'infraction politique, *A.F.D.I*, 1988, pp. 635-651.
- Poilleux (S.), Le crime contre l'humanité : limites actuelles et perspectives d'avenir, *L'Astrée*, septembre 1999, n° 8, pp. 43-57.
- Pradel (J.), L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau Code pénal, *R.S.C*, 1977, pp. 723-753.
- Prouvèze (R.), L'apport du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au Statut du Comité international de la Croix-Rouge : la règle de la confidentialité en question, *L'Observateur des Nations Unies*, n° 10, 2001, pp. 143-159.
- Prouvèze (R.), Les tribunaux pénaux internationaux à l'aube du XXIème siècle : l'affaire *Milosevic* ou la difficile recherche d'un véritable rôle de juridiction pénale internationale, *L'Observateur des Nations Unies*, n° 11, 2001, pp. 201-221.
- Prouvèze (R.), L'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique) : quelle contribution de la Cour internationale de justice au droit international pénal ?, *L'Observateur des Nations Unies*, n° 12, 2002, pp. 285-309.
- Quéneudec (J.P.), Un arrêt de principe : l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002, www.ridi.org.
- Rassat (M-L.), Mort de la peine de mort, *JCP.G*, 28 mars 2007, n° 13, pp. 3-4.

- Raulin de (A.), L' « effet Pinochet » et la décision de la Cour suprême du Chili du 8 août 2000, *P.A.*, 21 décembre 2000, n° 254, pp. 10-16.
- Richard (P.), Droit de l'extradition et terrorisme risque d'une pratique incertaine : du droit vers le non-droit ?, *A.F.D.I.*, 1988, pp. 652-676.
- Riffault-Silk (J.), La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal, *R.I.D.C.*, 2002, pp. 639-661.
- Rontchevsky (N.), Mondialisation et droit pénal économique, *RIDE*, 2002, tome XVI, pp. 523-528.
- Rouget (D.), Le respect du droit extraditionnel et les « extraditions déguisées », *R.T.D.H.*, 1999, pp ? 169-197.
- Roulot (J-F.), Compétence des juridictions françaises pour juger un étranger accusé de tortures au Rwanda, note sous *Cass. Crim*, 6.01.98, *J.C.P.*, 1998, II 10 158, pp. 1758-1761.
- Roulot (J-F.), La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France- Une répression nationale d'un crime international, *Rev. sc. crim*, 1999, pp. 545-562.
- Salmon (J.), Immunités et actes de la fonction, *A.F.D.I.*, 1992, pp. 314-357.
- Sassoli (M.), L'affaire Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international, *R.G.D.I.P.*, 2002, pp. 791-817.
- Sermet (L.), Le droit à la vie, valeur fondamentale des sociétés démocratiques, et le réalisme jurisprudentiel, *R.F.D.A.*, 1999, pp. 988-994.
- Schimmel (D.), La peine de mort aux Etats-Unis : un espoir vient de la Cour Suprême, *A.J.D.P.*, 2005, pp. 282-284.
- Schrijver (N.J.), Responding to international terrorism : moving the frontiers of international law for "enuring freedom"?, *N.I.L.R.*, 2001, pp. 271-291.

- Schultz (H.), Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger, *R.S.C*, 1967, pp. 305-338.
- Simons (D.), L'extradition de l'ex-Empereur d'Allemagne et la Hollande, *J.D.I*, 1919, pp. 953-962.
- Stern (B.), Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit, *A.F.D.I*, 1986, pp. 7-52.
- Stern (B.), Légalité et compétence du Tribunal pénal international pour le Rwanda : l'affaire Kanyabashi, *www.ridi.org*.
- Thibord (J.), Le système d'esclavage sexuel de l'armée japonaise (1932-1945) : réflexions sur un crime contre l'humanité oublié, *L'observateur des Nations Unies*, n° 15, 2003, pp. 53-84.
- Thwaites (N.L.C), Eurojust : autre brique dans la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier ?, *R.S.C*, 2003, pp. 45-61.
- Tigar (M.E.), The extradition requirement of double criminality in complex cases : illustrating the rationale of extradition, *R.I.D.P*, 1991, pp. 165-181.
- Tigroudja (H.), Chronique des décisions rendues par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2005), *R.T.D.H*, 2006, pp. 277-329.
- Treves (T.), La Convention de 1989 sur les mercenaires, *A.F.D.I*, 1990, pp. 520-535.
- Truche (P.) entretien avec (...), L'émergence d'une justice pénale internationale : les expériences en cours, *L'Astrée*, septembre 1999, n° 8, pp. 3-6.
- Van Den Wijngaert (C.), La Belgique et l'exception pour délits politiques en matière d'extradition: analyse critique de la pratique judiciaire et administrative, *R.D.P.C*, 1979, pp. 833-863.
- Vandermeersch (D.), La répression des crimes de droit international, *R.I.D.P*, 1997, vol 68, pp. 1093-1135.

- Vartsos (C.), Libre circulation des personnes- Convention relative à l'extradition, *R.M.C.U.E*, 1996 / 4, pp. 186-187.
- Verhoeven (J.), Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations, *A.F.D.I*, 1999, pp.55-72.
- Verhoeven (J.), Mandat d'arrêt international et statut du ministre, *in www.ridi.org*
- Verzijl (J.H.W), L'affaire du « Lotus » devant la Cour permanente de justice internationale, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1928, pp. 18-32.
- Vignes (D.), L'affaire Girard et le statut des forces américaines stationnées en territoire étranger, *A.F.D.I*, 1957, pp. 304-314.
- Vogler (T.), Rapport pour le Xème Congrès de l'Association internationale de droit pénal, *Les problèmes actuels de l'extradition*, Session de Fribourg-en-Brissgau, *R.I.D.P*, 1968, pp. 417-452.
- Weyembergh (A.), Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen, *Cahiers de droit européen*, 2004, pp. 337-375.
- Williamson (J.A.), Un aperçu des juridictions pénales internationales en Afrique, *R.I.C.R*, 2006, pp. 111-132.
- Zakr (N.), Analyse spécifique du crime de génocide dans le Tribunal pénal international pour le Rwanda, *R.S.C*, 2001, pp. 263-275.
- Zarka (J.C.), La Communauté peut exiger des pays membres d'assurer la protection de l'environnement par des sanctions pénales, *JCP édition générale*, n° 48, 30 novembre 2005, pp. 2224-226.
- Zoller (E.), La définition des crimes contre l'humanité, *J.D.I*, 1993, pp. 549-558.
- Zourek (J.), Enfin une définition de l'agression, *A.F.D.I*, 1974, pp. 9-30.

ACTES DE SOCIETES SAVANTES.

- Résolution de l'Institut de droit international, Session d'Oxford, *Ann. I.D.I.*, 1892, pp. 126-130.
- Projet de Résolution de l'Association internationale de droit pénal, Xème Congrès international de droit pénal, Session de Rome, 29 septembre-5 octobre 1969, Conclusions de la quatrième question, les problèmes actuels de l'extradition, *R.I.D.P.*, 1970, pp. 12-16.
- Résolution relative à l'extradition, Institut de droit international, 1^{er} septembre 1983, *Ann IDI*, 1984, pp. 305-310.
- La compétence extraterritoriale des Etats, Institut de droit international, Session de Milan, *Ann IDI*, 1994, vol 65, II, pp. 133-164.
- Commission de Venise, *Avis sur la compatibilité de la peine capitale avec la Constitution albanaise*, 38^{ème} réunion plénière, 22-23 mars 1999, CDL-INF (1999) 004f.
- Africa Legal Aid, *The Cairo Arusha principles on universal jurisdiction in respect of gross human rights offences: an african perspective*, 21 octobre 2002.

ACTES D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES.

Organisation des Nations Unies.

Conseil de sécurité.

- Résolution 579 (1985) du 18 décembre 1985, *Prise d'otages*.
- Résolution 660 (1990) du 2 août 1990, *Irak et Koweït*.
- Résolution 713 (1991) du 19 septembre 1991, *République fédérale socialiste de Yougoslavie*.

- Résolution 731 (1992) du 21 janvier 1992, *Jamahiriya arabe libyenne*.
- Résolution 748 (1992) du 31 mars 1992, *Jamahiriya arabe libyenne*.
- Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, *Tribunal (Ex-Yougoslavie)*.
- Résolution 929 (1994) du 22 juin 1994, *Situation concernant le Rwanda (opération multinationale)*.
- Résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994, *Situation concernant le Rwanda (création tribunal international et Statut)*.
- Résolution 1173 (1998) du 12 juin 1998, *Situation en Angola*.
- Résolution 1192 (1998) du 27 août 1998, *Cas de Lockerbie*.
- Résolution 1272 (1999) du 25 octobre 1999, *situation au Timor Oriental*.
- Résolution 1315 (2000) du 14 novembre 2000, *Situation en Sierra Leone*.
- Résolution 1373 (2001) du 28 septembre 2001, *Menaces à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*.
- Résolution 1422 (2002) du 12 juillet 2002, *Le maintien de la paix par les Nations Unies*.
- Résolution 1481 (2003) du 19 mai 2003, *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*.
- Résolution 1487 (2003) du 12 juin 2003, *Opérations de maintien de la paix des Nations Unies*.
- Résolution 1497 (2003) du 1^{er} août 2003, *Situation au Libéria*.
- Résolution 1503 (2003) du 28 août 2003, *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et Tribunal pénal international pour le Rwanda*.
- Résolution 1534 (2004) du 26 mars 2004, *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et Tribunal pénal international pour le Rwanda*.

- Résolution 1540 (2004) du 28 avril 2004, *Non-prolifération des armes de destruction massive.*
- Résolution 1593 (2005) du 31 mars 2005, *Rapports du Secrétaire général sur le Soudan.*
- Résolution 1701 (2006) du 11 août 2006, *Situation au Moyen Orient.*

Assemblée générale.

- Résolution 3 (1) du 13 février 1946 : *Extradition et châtement des criminels de guerre.*
- Résolution 95 (1) du 11 décembre 1946 : *Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg.*
- Résolution, 96 (I), du 11 décembre 1946 : *Le crime de génocide.*
- Résolution 26/45 du 20 décembre 1968 : *Application de la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux.*
- Résolution 26/25 du 24 octobre 1970: *Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies.*
- Résolution 28/40 du 18 décembre 1971 : *Question du châtement des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité.*
- Résolution 30/74 du 3 décembre 1973 : *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.*
- Résolution 31/03 du 17 décembre 1973 : *Principes de base concernant le statut juridique des combattants qui luttent contre la domination coloniale et étrangère et les régimes racistes.*
- Résolution 33/14 du 14 décembre 1974 : *Définition de l'agression.*

- Résolution 34/52 du 9 décembre 1975 : *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.*
- Résolution 44/128 du 15 décembre 1989 : *Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort.*
- Résolution 45/116 du 14 décembre 1990 : *Traité type d'extradition.*
- Résolution 45/118 du 14 décembre 1990 : *Traité type sur le transfert des poursuites pénales.*
- Résolution 47/133 du 18 décembre 1992 : *Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.*
- Résolution 57/27 du 15 janvier 2003 : *Mesures visant à éliminer le terrorisme international.*
- Résolution 57/228 B du 13 mai 2003 : *Procès des Khmers Rouges.*
- Résolution 59/46 du 12 décembre 2004 : *Mesures visant à éliminer le terrorisme international.*
- Résolution 59/195 du 22 mars 2005 : *Droits de l'homme et terrorisme.*

Secrétariat général.

- Rapport du Secrétaire général du 12 août 2005, *Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, (A.60/228).

Comité des droits de l'homme.

- Comité des droits de l'homme, 30 mai 1982: *La torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7)*, Observation générale n° 7.

- Comité des droits de l'homme, 30 juillet 1982, *Le droit à la vie*, Observation générale n° 6.
- Comité des droits de l'homme, 2 novembre 1987, *A.P c. Italie*, Recommandation CPPR/C/31/D 204, 1986.
- Comité des droits de l'homme, 20 juillet 1990, *Carlton Reid c. Jamaïque* Communication n° 250/1987.
- Comité des droits de l'homme, 10 avril 1992: *L'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains, et dégradants*, Observation générale n° 20.
- Comité des droits de l'homme, Rapport du 21 septembre 1994, A/49/40, vol I.
- Comité des droits de l'homme, 29 octobre 1997, Observation générale 26/61.
- Comité des droits de l'homme, 5 août 2003, Canada, Communication n° 829/1998.
- Comité des droits de l'homme, 30 mars 1999, Chili, Observations finales.
- Comité des droits de l'homme, 18 octobre 2000, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, Communication n° 845/1998.
- Comité des droits de l'homme, 18 octobre 2000, *Thompson c. Saint-Vincent-et-les Grenadines*, Communication n° 806/1998.
- Comité des droits de l'homme, 5 août 2003, *Judge c. Canada*, Communication n° 829/1998.
- Comité des droits de l'homme, 14 septembre 2006, *Francisco Juan Larrañaga c. Philippines*, Communication n° 1421/2005.

Commission des droits de l'homme.

- Résolution 1993/23 du 5 mars 1993, *Succession d'Etats en matière de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme*.

- Résolution 1994/16 du 25 février 1994, *Succession d'Etats en matière de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme*.
- Résolution 1995/18 du 24 février 1995, *Succession d'Etats en matière de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme*.
- Commission des droits de l'homme, 2 octobre 1997, *E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1*. (Rapport Joinet)

Commission du droit international.

- Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950, *Ann. C.D.I*, 1950.
- Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, *Ann. C.D.I*, 1996, vol 2.
- Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante troisième session, *Ann. C.D.I*, 2001.
- Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante huitième session, *Ann C.D.I*, 2006.

Comité contre la torture.

- Comité contre la torture, 19^{ème} session, 27 novembre 1997, *Observations finales du Comité contre la Torture, Espagne*, A/53/44.
- Comité contre la torture, 28^{ème} session, 12 juin 2002, *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Arabie Saoudite*, CAT/C/CR/28/5.
- Comité contre la torture, 36^{ème} session, 19 mai 2006, *Décision du comité contre la torture en vertu du paragraphe sept de l'article 22 de la Convention contre*

la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Sénégal, CAT/C/36/D/181/2001.

- Comité contre la torture, 15 février 2007, *Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 19 de la Convention, CAT/C/NET/Q/4.*

Comité international de la Croix Rouge.

- CICR, 23 février 1999, *Rapport d'information: Répression nationale des violations du droit international humanitaire: Technique d'incorporation de la sanction dans la législation pénale, www.icrc.org.*
- CICR, 25 mai 2001, *Dossier d'information : élaboration d'une législation nationale relative à la mise en œuvre de la Convention sur l'interdiction des mines antipersonnel, www.icrc.org.*
- CICR, 22 août 2003, *Model of Legislation for Common Law States to Implement the 1997 Ottawa Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Antipersonnel Mines and on their Destruction, www.icrc.org.*

Commission interaméricaine des droits de l'homme.

- Commission IDH, 2 octobre 1992, rapport 28/92 (Argentine).

Conseil de l'Europe

- Comité des Ministres, 24 septembre 2003, *Recommandation (2003) 22 aux Etats membres concernant la libération conditionnelle.*
- Assemblée Parlementaire, 4 octobre 2007, Résolution 1577 (2007), *Vers une dépenalisation de la diffamation.*

Tribunaux pénaux internationaux.

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

- Règlement de procédure et de preuve du 11 février 1994, tel qu'amendé au 28 juillet 2004.

Union européenne.

- Proposition de directive du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, 28 avril 1990, *JO, C 106* du 28 avril 1990.
- Directive du Conseil 91/ 308/ CEE, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, 10 juin 1991, *JO, L 166* du 28 juin 1991.
- Acte du Conseil portant établissement de la convention portant création d'un Office européen de police, du 26 juillet 1995, *JO, C 316* du 27 novembre 1995.
- Règlement du Conseil 2988/95 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, 18 décembre 1995, *JO, L 312* du 23 décembre 1995.
- Règlement du Conseil 974/98 concernant l'introduction de l'euro, 3 mai 1998, *JO, L 139*, 11 mai 1998.
- Position commune adoptée par le Conseil sur la base de l'article J.2 du traité sur l'Union européenne concernant des mesures restrictives à l'encontre de l'Uniao Nacional para a Independencia Total de Angola (UNITA), 3 juillet 1998, *JO, L 190* du 4 juillet 1998.
- Règlement 1705 / 98 du Conseil concernant l'interruption de certaines relations économiques avec l'Angola afin d'inciter « l'Uniao Nacional para a Independencia Total de Angola » (UNITA) à remplir ses obligations dans le

processus de paix, et abrogeant le règlement (CE) n° 2229 / 97, 28 juillet 1998
JO, L 215 du 1er août 1998.

- Action commune 98/ 742/ JAI, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K 3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé, 22 décembre 1998, *JO, L 358* du 13 décembre 1998.
- Décision du Conseil visant à compléter la définition de la forme de criminalité dite «traite des êtres humains» figurant à l'annexe de la convention Europol, 3 décembre 1998, *JO, C 26* du 3 janvier 1999.
- Décision du Conseil chargeant Europol de traiter des infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités de terrorisme portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes ainsi qu'aux biens, 3 décembre 1998, *JO, C 26* du 3 janvier 1999.
- Décision du Conseil étendant le mandat d'Europol à la lutte contre le faux monnayage et la falsification des moyens de paiement, 29 avril 1999, *JO, C 149* du 28 mai 1999.
- Décision-cadre 2000/388/JAI du Conseil visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, 29 mai 2000, *JO, L 140* du 14 juin 2000.
- Décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil visant à combattre la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, 28 mai 2001, *JO, L 149* du 2 juin 2001.
- Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, 26 juin 2001, *JO, L 182* du 5 juillet 2001.
- Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *J.O, C 180 E* du 26 juin 2001.

- Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remises entre Etats membres, 19 septembre 2001, *JO, C 332* du 27 novembre 2001.
- Décision-cadre du Conseil du 6 décembre 2001 modifiant la décision-cadre 2000/383/JAI visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro 6 décembre 2001, *JO, L, 329* du 14 décembre 2001.
- Décision du Conseil étendant le mandat d'Europol à la lutte contre les formes graves de criminalité internationale énumérées à l'annexe de la convention Europol, 6 décembre 2001, *JO, C 362* du 18 décembre 2001.
- Décision 2002/197/JAI du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, 28 février 2002, *JO, L, 63* du 6 mars 2002.
- Décision-cadre 2002/548/JAI du Conseil, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, 13 juin 2002, *JO, L 190* du 18 juillet 2002.
- Directive 2002/90/CE du Conseil définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, 28 novembre 2002, *JO, L 328* du 5 décembre 2002.
- Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, 28 novembre 2002, *JO, L, 328* du 5 décembre 2002.
- Décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, 27 janvier 2003, *JO, L 29* du 5 février 2003.
- Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 24 février 2003, *JO, L, 192*, du 31 juillet 2003.
- Livre vert concernant le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, Com/ 2004/ 234, *in www.eur-lex.europa.eu*.

- Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil relative aux attaques visant les systèmes d'information, 24 février 2005, *JO, L*, 69 du 16 mars 2005.
- Décision-cadre 2005/214/JAI, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, 24 février 2005, *JO, L*, 76 du 22 mars 2005.
- Décision 2005/511/JAI du Conseil visant à protéger l'euro contre le faux-monnayage par la désignation d'Europol comme office central de répression du faux-monnayage de l'euro, 12 juillet 2005, *JO, L*, 185, du 16 juillet 2005.
- Proposition de décision-cadre du Conseil visant le renforcement du cadre pénal pour la répression des atteintes à la propriété intellectuelle, (COM (2005) 276), du 12 juillet 2005, *in www.eur-lex.europa.eu*.
- Décision-cadre 2205/667/JAI du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par des navires, 12 juillet 2005, *JO, L*, 255 du 30 septembre 2005.
- Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions et la décision-cadre 2205/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par des navires, 7 septembre 2005, *JO, L* 255 du 30 septembre 2005.
- Communication de la Commission des Communautés européennes au Parlement européen et au Conseil (COM (2005) 528) du 23 novembre 2005, *in www.eur-lex.europa.eu*.
- Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales (COM (2005) 696) du 23 décembre 2005, *in www.eur-lex.europa.eu*.
- Proposition modifiée de Directive du parlement européen et du Conseil relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle (COM (2006) 168 final - COD (2005) 127) du 26 avril 2006, *in www.eur-lex.europa.eu*.

- Décision-cadre 2006/783/JAI sur la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation, 6 octobre 2006, *JO, L*, 328 du 24 novembre 2006.
- Résolution du Parlement européen sur l'initiative en faveur d'un moratoire universel sur la peine de mort du 1^{er} février 2007, *in www.europarl.europa.eu*.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (COM (2007) 51), du 9 février 2007, *in www.eur-lex.europa.eu*.
- Résolution du Parlement européen sur l'initiative en faveur de d'un moratoire universel sur la peine de mort du 26 avril 2007, *in www.europarl.europa.eu*.

TRAITES ET CONVENTIONS.

Actes multilatéraux.

- Accord sur la répression du commerce des esclaves du 20 décembre 1841.
- Convention pour la navigation du Rhin, du 17 octobre 1868.
- Convention internationale relative à la protection des câbles sous-marins du 14 mars 1884.
- Acte général de la Conférence de Bruxelles relative à la traite des esclaves africains du 2 juillet 1890.
- Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne du 6 juillet 1906.
- Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches du 4 mai 1910.
- Convention internationale de l'opium du 23 janvier 1912.
- Convention internationale pour la suppression de la traite des blanches et des enfants du 30 septembre 1921.

- Traité relatif à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre du 6 février 1922
- Convention internationale pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes du 12 septembre 1923.
- Convention internationale de l'opium du 19 février 1925.
- Convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926.
- Convention internationale pour la répression du faux-monnayage du 20 avril 1929.
- Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne du 27 juillet 1929.
- Convention relative à la répression de la traite des femmes majeures du 11 octobre 1933.
- Draft Convention on jurisdiction with respect to crime, *AJIL*, 1935.
- Convention pour la répression du trafic illicite de drogues nuisibles du 20 janvier 1936.
- Arrangement de Nyon du 14 septembre 1937.
- Convention pour la prévention et la répression du terrorisme du 16 novembre 1937.
- Accord entre le Gouvernement provisoire de la République française et les Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des républiques socialistes soviétiques concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, dit Accord de Londres du 8 août 1945.
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948.

- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (1^{ère} Convention) du 12 août 1949.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (2^{ème} Convention) du 12 août 1949.
- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (3^{ème} Convention) du 12 août 1949.
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (4^{ème} Convention) du 12 août 1949.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.
- Convention de Genève relative au Statut des réfugiés du 28 juillet 1951.
- Convention arabe sur l'extradition du 14 septembre 1952.
- Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflits armés du 14 mai 1954.
- Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 4 septembre 1956.
- Convention au sujet de la canalisation de la Moselle du 27 octobre 1956.
- Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.
- Convention sur la Haute mer du 29 décembre 1958.
- Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs du 14 septembre 1963.
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 novembre 1966.

- Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.
- Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968.
- Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969.
- Convention interaméricaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969.
- Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970.
- Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970 du 23 septembre 1971.
- Convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972.
- Convention pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973
- Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, du 30 novembre 1973
- Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques du 14 décembre 1973.
- Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition du 15 octobre 1975.
- Convention européenne pour la prévention du terrorisme du 27 janvier 1977.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977.

- Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1977.
- Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de Traités du 23 août 1978.
- Convention internationale contre la prise d'otages du 17 décembre 1979.
- Convention sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979.
- Convention sur la protection physique des matières nucléaires du 3 mars 1980
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981.
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.
- Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 22 novembre 1984.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984.
- Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture du 9 décembre 1985.
- SAARC Regional Convention on suppression of terrorism du 4 novembre 1987.
- Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987.
- Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988.
- Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires du 4 décembre 1989.
- Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990.
- Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992.

- Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes du 9 juin 1994.
- Convention établie sur la base de l'article K 3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne du 10 mars 1995.
- Convention établie sur la base de l'article K 3 du Traité sur l'Union européenne, relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne du 27 septembre 1996.
- Convention européenne sur la corruption impliquant des fonctionnaires européens ou nationaux du 26 mai 1997.
- Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 16 janvier 1997.
- Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnelles et sur leur destruction du 4 décembre 1997.
- Convention arabe pour la lutte contre le terrorisme du 22 avril 1998.
- Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998.
- Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal du 4 novembre 1998.
- Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 26 mars 1999.
- Traité sur la coopération dans la lutte contre le terrorisme entre États membres de la Communauté des États indépendants du 4 juin 1999.
- Convention de l'organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme du 1^{er} juillet 1999.
- Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme du 14 juillet 1999.

- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999.
- Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000.
- Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité internationale visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 15 novembre 2000.
- Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité internationale visant à prévenir, réprimer et punir le trafic de migrants par terre, air et mer du 15 novembre 2000.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.
- Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 31 mai 2001.
- Convention de Shanghai pour la lutte contre le terrorisme, le séparatisme et l'extrémisme conclue le 15 juin 2001.
- Convention interaméricaine contre le terrorisme du 4 mai 2002.
- Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature racistes et xénophobe, commis par le biais de systèmes informatiques du 28 juin 2003.
- Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003.
- Protocole à la Convention de l'OUA. sur la prévention et la lutte contre le terrorisme du 8 juillet 2004.
- Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire du 15 avril 2005.
- Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 12 juillet 2007.

Actes bilatéraux

- Convention franco-belge d'extradition du 15 août 1874.
- Accord de coopération en matière judiciaire entre la République française et la République de Côte d'Ivoire du 24 avril 1961.
- Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la République française et la République du Gabon du 23 juillet 1963.
- Traité complémentaire américano-britannique du 25 juin 1985 destiné à modifier le Traité d'extradition du 8 juin 1972.
- Traité d'assistance judiciaire en matière criminelle entre les Etats Unis d'Amérique et le gouvernement des Bahamas des 12 juin et 18 août 1987.
- Traité d'extradition entre la Confédération Suisse et les Etats-Unis d'Amérique du 14 novembre 1990.
- Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de l'Australie du 14 janvier 1993.
- Traité d'extradition entre la France et les Etats Unis d'Amérique du 23 avril 1996.
- Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Canada et la République orientale d'Uruguay du 10 juillet 1996.
- Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République Argentine du 12 janvier 2000.
- Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République arabe d'Egypte, du 7 octobre 2000.
- Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République d'Afrique du Sud du 31 mai 2001.

PRATIQUES NATIONALES.

Constitutions.

- Constitution de la Confédération suisse du 31 janvier 1874.
- Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947.
- Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949.
- Constitution du Royaume de Jordanie du 1^{er} janvier 1952.
- Constitution impériale d'Ethiopie du 4 novembre 1955.
- Constitution suédoise du 28 février 1974.
- Constitution de la République hellénique du 9 juin 1975.
- Constitution de la République portugaise du 2 avril 1976.
- Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978.
- Constitution de la République du Cap-Vert du 14 février 1981.
- Constitution de la République Fédérative du Brésil du 5 octobre 1988.
- Charte des droits et libertés fondamentaux de la République tchèque du 9 janvier 1991.
- Constitution de la Roumanie du 23 décembre 1991.
- Constitution de la République de Slovénie du 23 décembre 1991.
- Constitution de la République togolaise du 14 octobre 1992.
- Constitution de la République de Lituanie du 25 octobre 1992.
- Constitution du Royaume du Cambodge du 21 septembre 1993.
- Constitution de la fédération de Russie du 12 décembre 1993.

- Constitution du Royaume de Belgique du 17 février 1994.

Législations internes.

- Loi sur les extraditions, 1^{er} octobre 1833 (Belgique).
- Loi sur les extraditions, 15 mars 1874 (Belgique).
- Loi relative à l'extradition des étrangers, 10 mars 1927 (France), *JO*, 11 mars 1927.
- Code sud-américain de droit international privé, dit Code Bustamente, 20 février 1928.
- Extradition Act BE 2472, 1929 (Thaïlande).
- Ordonnance relative à la répression des crimes de guerre, 28 août 1944, (France), *J.O*, 30 août 1944.
- Loi n° 5710-1950 relative au châtement des nazis et de leurs collaborateurs, 1^{er} août 1950. (Israël).
- Geneva Conventions Act, 1957. (Royaume-Uni).
- Loi sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, 26 décembre 1964. (France), *J.O*, 29 décembre 1964.
- Décret-loi n° 21.191 garantissant l'amnistie à toutes les personnes ayant commis des violations des droits de l'homme entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978, 19 avril 1978 (Chili).
- Loi n° 6.815 sur la situation juridique de l'étranger, 19 août 1980. (Brésil)
- Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, 20 mars 1981 (Suisse).
- Taking of hostages Act de 1982 (Royaume-Uni).
- Loi d'extradition, 21 mars 1985 (Espagne).

- Loi organique sur le pouvoir judiciaire, 1^{er} juillet 1985 (Espagne).
- Décret-loi n° 8.86 portant amnistie générale, 10 janvier 1986. (Guatemala).
- Loi n° 236492 dite « Loi de point final » portant amnistie, 12 décembre 1986 (Argentine).
- Loi n° 15.848 dite « loi de caducité de la prétention punitive de l'Etat », 22 décembre 1986. (Uruguay).
- Loi n° 236251 dite « Loi d'obéissance due », 04 juin 1987. (Argentine).
- Décret n° 805, établissant une «loi d'amnistie pour obtenir la réconciliation nationale», 27 octobre 1987 (Salvador).
- Criminal Justice Act 1988 (Royaume-Uni).
- Extradition Act, 8 juillet 1991 (Jamaïque).
- Loi d'amnistie, 23 janvier 1992 (Salvador).
- Loi portant amnistie de tous les crimes commis entre 1989 et 1993, 14 juin 1993 (Mauritanie).
- Loi relative à l'incorporation au droit norvégien de la résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies créant un Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 1^{er} juillet 1994 (Norvège).
- Loi no. 95-1 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, 2 janvier 1995 (France), *J.O.*, 3 janvier 1995.
- Décret sur l'extradition à la demande du Tribunal international, 6 avril 1995 (Bosnie-Herzégovine).
- Loi sur la coopération avec le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, 10 avril 1995 (Allemagne).

- Loi sur les Tribunaux internationaux chargés de juger les crimes de guerre, 9 juin 1995 (Nouvelle Zélande).
- Loi n° 26479 du 15 juin 1995 portant amnistie (Pérou).
- Loi n° 26492 du 28 juin 1995 portant amnistie (Pérou).
- Loi n° 96-432 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la Résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un Tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant de citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins, 22 mai 1996 (France), *J.O*, 23 mai 1996.
- War crimes Act of 1996, *I.L.M*, 1996, pp. 1539-1540.
- Extradition Act, 17 juin 1999 (Canada).
- Loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les crimes qui ont été commis durant la période du Kampuchéa démocratique, 10 août 2001 (Cambodge).
- Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de Résolution (n°2828) de M. Christian Philip, sur les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne, 15 mars 2006, n° 2968.
- Projet de loi autorisant la ratification de la Convention internationale contre le dopage dans le sport, Rapport n° 164 (2006-2007) de Mme Hélène Luc, fait au nom de la Commission des affaires étrangères du Sénat, déposé le 17 janvier 2007, *in* www.senat.fr.
- Loi de compétence universelle, 30 janvier 2007. (Sénégal)
- Projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, 15 mai 2007. (France)

- Projet de Loi C-9 sur les peines avec sursis, du 31 mai 2007, devant entrer en vigueur le 31 novembre 2007. (Canada).

TABLE DE JURISPRUDENCE.

JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Cour permanente de justice internationale.

Avis consultatifs.

- C.P.J.I, A.C, 7 février 1923, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, série B, n° 4.
- C.P.J.I, A.C, 10 septembre 1923, *Questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, série B, n° 6.
- C.P.J.I, A.C, 21 février 1925 sur *l'Echange de populations turques et grecques*, série B, n° 10.
- C.P.J.I, A.C, 5 septembre 1931, *Affaire du Régime douanier austro-allemand*, série A/B, n° 41.

Arrêts.

- C.P.J.I, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, série A, n° 10.
- C.P.J.I, 14 juin 1936, *Affaire des Phosphates du Maroc (Italie c. France)*, série A/B, n° 74.

Cour internationale de justice.

Avis consultatifs.

- C.I.J, A.C, 30 mars 1950, *Traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, 2^{ème} phase, *Rec*, 1950, p. 65.
- C.I.J, A.C, 28 mars 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Rec*, 1951, p. 15.
- C.I.J, A.C, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, *Rec*, 1971, p.12.
- C.I.J, A.C, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Rec*, 2004, p. 136.

Ordonnances.

- C.I.J, 15 décembre 1979, *Demande d'indication de mesures conservatoires dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, (Etats-Unis c. Iran)*, *Rec*, 1979, p. 23.
- C.I.J, 14 avril 1992, *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), Demande en indication de mesures provisoires*, Ordonnance, *Rec*, 1992, p. 114.

Arrêts.

- C.I.J, 9 avril 1949, *Affaire du Déroit de Corfou, (Royaume-Uni c. Albanie)*, *Rec*, 1949, p. 4.
- C.I.J, 20 novembre 1950, *Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou.)*, *Rec*, 1950, p. 395.

- C.I.J, 5 février 1970, *Affaire de la Barcelona Traction, (Belgique c. Espagne)*, *Rec*, 1970, p. 4.
- C.I.J, 24 mai 1980, *Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, (Etats-Unis c. Iran)*, *Rec*, 1980, p. 3.
- C.I.J, arrêt du 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec*, 1986, p. 14.
- C.I.J, 11 juillet 1996, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)-Exceptions préliminaires*, *Rec*, 1996, p. 595.
- C.I.J, 27 février 1998, *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats Unis d'Amérique)-Exceptions préliminaires*, *Rec*, 1998, p. 9.
- CIJ, 27 juin 2001, *Lagrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec*, 2001, p. 466.
- C.I.J, 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, *Rec*, 2002, p. 3.
- CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec*, 2004, p. 12.
- CIJ, 26 février 2007, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, *Rec*, 2007.

Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie.

- T.P.I.Y, 10 août 1995, Chambre de première instance II, *Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule »*, aff IT-94-I-T.

- T.P.I.Y, 2 octobre 1995, Chambre d'appel, *Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule », arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, aff IT-94-I-T.
- T.P.I.Y, 29 novembre 1996, Chambre de première instance I, *Procureur c. Drazen Erdemovic*, aff IT-96-22.
- T.P.I.Y, 29 octobre 1997, Chambre d'appel, *Procureur c. Tihomir Blaskic, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997*, aff IT-95-14-AR 108 bis
- T.P.I.Y, 16 novembre 1998, Chambre de première instance I, *Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias « Pavo », Hazim Delic, Esad Landzo alias « Zenga », affaire dite du camp de Celebici*, aff IT-96-21-T.
- T.P.I.Y, 10 décembre 1998, Chambre de première instance I, *Procureur c. Anto Furundzija*, aff IT-95-17-1.
- T.P.I.Y, 11 novembre 1999, Chambre de première instance, *Procureur c. Dusko Tadic*, aff IT-94-1.
- T.P.I.Y, 14 janvier 2000, Chambre de première instance, *Procureur c. Kupreskic et consorts*, aff IT-95-16.
- T.P.I.Y, 3 mars 2000, Chambre de première instance I, *Procureur c. Tihomir Blaskic*, aff IT-95-14.
- T.P.I.Y, 26 février 2001, Chambre de première instance, *Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, aff IT-95-14/2.
- T.P.I.Y, 12 juin 2002, Chambre d'appel, *Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, aff IT-96-23.
- TPIY, 9 octobre 2002, *Le Procureur c. Dragan Nikolic, Décision relative à l'exception d'incompétence soulevée par la défense*, aff IT-94-2-PT.

Tribunal pénal international pour le Rwanda.

- T.P.I.R, 18 juin 1997, Chambre de première instance II, *Procureur c. Joseph Kanyabashi*, aff ICTR-96-15-T.
- T.P.I.R, 4 septembre 1998, Chambre de première instance I, *Procureur c. Jean Kambanda*, aff ICTR-97-23-S.
- T.P.I.R, 2 septembre 1998, Chambre de première instance I, *Procureur c. Jean Paul Akayesu*, aff ICTR-96-4-T.
- T.P.I.R, 2 octobre 1998, Chambre de première instance I, *Procureur c. Jean Paul Akayesu*, aff ICTR-96-4-T.
- T.P.I.R, 5 février 1999, Chambre de première instance I, *Procureur c. Omar Serushago*, aff ICTR-98-39-S.
- T.P.I.R, 21 mai 1999, Chambre de première instance I, *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, aff ICTR-95-1-T.
- T.P.I.R, 6 décembre 1999, Chambre de première instance I, *Procureur c. Georges Andersen Nderubumwe Rutaganda*, aff ICTR-96-3-T.
- T.P.I.R, 27 janvier 2000, Chambre de première instance I, *Procureur c. Alfred Musema*, aff ICTR-96-13-T.
- TPIR, Chambre d'appel, 31 mai 2000, *Laurent Semanza c. Le Procureur*, aff ICTR-97-20-A.

Sentences arbitrales.

- S.A Max Huber, 4 avril 1928, *Ile de Palmas (Etats-Unis c. Pays-Bas)*, R.S.A vol II, p. 831-871
- Tribunal arbitral franco-hellénique, 24 juillet 1956, *Affaire relative à la concession des phares de l'empire ottoman*, R.S.A, vol XII, pp. 154-259

JURIDICTIONS REGIONALES

Juridictions communautaires

Tribunal de première instance.

- TPI, 18 octobre 2001, *X c. BEI*, aff. T-33/99, *Rec*, p.II-3045.
- TPI, 9 juillet 2003, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c. Commission*, aff. T-224/00, *Rec*, p. II-2685.

Cour de justice des communautés européennes.

- CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. 50-76, *Rec*, p. 150.
- CJCE, 11 novembre 1981, *Guerrino Casati*, aff 203/80, *Rec*, p. 2618.
- CJCE, 7 février 1985, *Association des brûleurs d'huiles usagées*, aff 240/83, *Rec*, p. I.531.
- CJCE, 25 février 1988, *Rainer Drexl*, aff 299/86, *Rec*, p.1233.
- CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff 68/88, *Rec*, p. I-2965.
- CJCE, 8 novembre 1990, *Deker*, aff 177/88, *Rec*, p. I-3941.
- CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff C-300/89, *Rec*, p. I.2867.
- CJCE, 2 octobre 1991, *Paul Vandevenne e.a*, aff, C-8/90, *Rec*, p. I-4383.
- CJCE, 14 décembre 1995, *Giorgio Domingo Banchemo*, aff, C-387/93, *Rec*, p. I-4700.
- CJCE, 16 juin 1998, *Lemmens*, aff, C-226/97, *Rec*, p. I-3711.
- CJCE, 7 décembre 2000, *Andrade*, aff C-213/99, *Rec*, p. I-11083.

- CJCE, 11 février 2003, *Gözütok et Brügger*, aff C-187/01 et C-385/01, *Rec*, p. I-1383.
- CJCE, 13 septembre 2005, *Commission contre Conseil*, aff C-176/03, *Rec*, p. I-7879.
- CJCE, 11 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, aff C-320/03, *Rec*, p. I.9871.
- CJCE, 9 mars 2006, *Léopold Henri van Esbroeck*, aff C-436/04, *Rec*, p. I-2335.
- CJCE, 29 juin 2006, *Showa Denko KK c. Commission*, aff C-289/04, *Rec*, p. I-5875.
- CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, aff C6303/05.

Cour européenne des droits de l'homme.

- Com edh, 8 mars 1962, *Ilse Koch c. RFA*, aff n°1270/61.
- Cour edh, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, aff n°5493/72.
- Cour. edh, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, aff n° 5310/71.
- Cour edh, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, aff n° 5856/72.
- Com edh, 6 mai 1978, décision sur la recevabilité, *Kotalla c. Pays-Bas*, aff n° 7994/77.
- Cour edh, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, aff n° 6538/74.
- Cour edh, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, aff n° 7601/76; 7806/77.
- Com edh, 13 décembre 1983, *S c. République fédérale d'Allemagne*, aff n° 8945/80.

- Com edh, décision sur la recevabilité, 10 juillet 1984, *Stewart c. Royaume-Uni*, aff n° 10044/82.
- Com edh, 4 mars 1985, décision sur la recevabilité, *Enjelmann c. Suisse*.
- Cour edh, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, aff n° 9248/81.
- Cour edh, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, aff n° 10328/83.
- Cour edh, 7 juillet 1989, *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, aff n° 14038/88.
- Com.edh, 12 octobre 1989, rapport, *Stocké c. République fédérale d'Allemagne*, aff n° 11755/85.
- Cour edh, 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, aff n° 11798/85.
- Cour edh, 28 août 1992, *Schwabe c. Autriche*, aff n° 13704/88.
- Cour edh, 16 décembre 1992, *Edwards c. Royaume-Uni*, aff n° 13071/87.
- Cour edh, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, aff n° 14307/88.
- Com edh, 20 mai 1994, *E.G.M c. Luxembourg*, aff n° 24015/94.
- Cour edh, 17 décembre 1994, *Cumpana et Mazaré c. Roumanie*, aff n° 33348/96.
- Cour edh, 9 février 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, aff n° 17440/90.
- Cour edh, 8 juin 1995, *Jamil c. France*, aff n° 15917/89.
- Cour edh, 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*, aff n° 17851/91.
- Cour edh, 27 septembre 1995, *G c. France*, aff n° 15312/89.
- Cour edh, 27 septembre 1995, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, aff n° 18984/91.
- Cour edh, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, aff n° 15963/90.
- Cour edh, 23 octobre 1995, *Schmautzer c. Autriche*, aff n° 15523/89.

- Cour edh, 21 février 1996, *Hussain c. Royaume-Uni*, aff n° 21928/93.
- Cour edh, 21 février 1996, *Singh c. Royaume-Uni*, aff n° 23389/94.
- Cour edh, 16 septembre 1996, *Matos E Silva Lda et autres c. Portugal*, aff n° 15777/89.
- Cour edh, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, aff n° 21497/93.
- Cour edh, 9 octobre 1997, *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, aff n° 25052/94.
- Cour edh, 24 février 1998, *Larissis et autres c. Grèce*, aff n° 140/1996/759/958–960.
- Cour edh, 23 avril 1998, *Bernard c. France*, aff n° 22885/93.
- Cour edh, 27 juillet 1998, *Gulec c. Turquie*, aff n° 54/1997/838/1044.
- Cour edh, 30 juillet 1998, *Oliveira c. Suisse*, aff n° 25711/94.
- Cour edh, 8 juillet 1999, *Sürek c. Turquie*, aff n° 26682/95.
- Cour edh, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, aff n° 29183/95.
- Cour edh, 20 mai 1999, *Ogur c. Turquie*, aff n° 21594/93.
- Cour edh, 8 juillet 1999, *Baskaya et Okuçuoğlu c. Turquie*, aff n° 23536/94; 24408/94.
- Cour edh, 8 juillet 1999, *Ceylan c. Turquie*, aff n° 23556/94.
- Cour edh, 14 décembre 1999, *Sérif c. Grèce*, aff n° 38178/97.
- Cour edh, 11 janvier 2000, *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal*, aff n° 29813/96; 30229/96.
- Cour edh, 22 juin 2000, *Coeme et autres c. Belgique*, aff n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96.

- Cour edh, 22 mai 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, aff n° 34044/96; 35532/97; 44801/98.
- Cour edh, 2 octobre 2001, *GB c. France*, aff n° 44069/98.
- Cour edh, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, aff n° 35763/97.
- Cour edh, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, aff n° 32967/96.
- Cour edh, 7 février 2002, *E.K c. Turquie*, aff n° 28496/95.
- Cour edh, 16 avril 2002, *Peñaafiel Salgado c. Espagne*, aff n° 65964/01.
- Cour edh, 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, aff n° 46295/99.
- Cour edh, 12 mars 2003, *Öcalan c. Turquie*, aff n° 46221/99.
- Cour edh, 27 novembre 2003, décision sur la recevabilité, *Zollmann c. Royaume-Uni*, aff n° 62902/00.
- Cour edh, 4 mars 2004, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, aff n° 47650/99.
- Cour edh, 19 février 2004, *Jorge Nina Jorge et autres c. Portugal*, aff n° 47650/99.
- Cour edh, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, aff n° 53924/00.
- Cour edh, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, aff n° 50178/99.
- Cour edh, 24 septembre 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, aff n° 59320/00.
- Cour edh, 2 novembre 2004, *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, aff n° 32446/96.
- Cour edh, 10 novembre 2004, *Achour c. France*, aff n° 67335/01.
- Cour edh, 28 décembre 2004, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, aff n° 46572/99.
- Cour edh, 4 février 2005, *Affaire Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, aff n° 46827/99 ; 46951/99.
- Cour edh, 17 mars 2005, *Bubbins c. Royaume-Uni*, aff n° 50196/99.

- Cour edh, 16 juin 2005, *Sisojeva et autres c. Lettonie*, aff n° 60654/00.
- Cour edh, 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, aff n° 43577/98 et 43579/98.
- Cour edh, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, aff n° 73316/01.
- Cour edh, 17 janvier 2006, décision sur la recevabilité, *Kolk et Kislyiy c. Estonie*, aff n° 23052/04 ; 24018/04.
- Cour edh, 7 février 2006, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, aff n° 41773/98.
- Cour edh, 28 mars 2006, *Perk et autres contre Turquie*, aff n° 50739/99.
- Cour edh, 11 avril 2006, Décision sur la recevabilité, *Kafkaris c. Chypre*, aff n° 21906/04.
- Cour edh, 11 avril 2006, *Léger c. France*, aff n° 19324/02.
- Cour edh, 13 avril 2006, *Vaturi c. France*, aff n° 75699/01.
- Cour edh, 10 août 2006, *Olaechea Cahuas c. Espagne*, aff n° 24668/03.
- Cour edh, 21 septembre 2006, *Maszni c. Roumanie*, aff n° 59892/00.
- Cour edh, 4 octobre 2006, *Association SOS Attentats et Béatrice de Boëry c. France*, aff n° 76642/01.
- Cour edh, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, aff n° 40403/02.
- Cour edh, 16 octobre 2006, *Burga Ortiz c. Allemagne*, aff n° 1101/04.
- Cour edh, 30 novembre 2006, *Greco c. Roumanie*, aff n° 75101/01.
- Cour edh, 18 janvier 2007, *Kot c. Russie*, aff n° 20887/03.
- Cour edh, 15 mai 2007, *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, aff n° 52391/99.
- Cour edh, 24 mai 2007, *Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, aff n° 77193/01 ; 77196/01.

- Cour edh, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, aff n° 50939/99.
- Cour edh, 12 juillet 2007, *Jorgic c. Allemagne*, aff n° 74613/01.

Cour interaméricaine des droits de l’homme.

Opinions consultatives.

- Cour idh, A.C, 8 septembre 1983, *Restrictions to death penalty (art. 4(2) and 4(4) American Convention on human rights)*, série A, n° 3.
- Cour idh, A.C, 9 décembre 1994, *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention (Arts. 1 and 2 of the American Convention on Human Rights)*, série A, n° 14.
- Cour idh, A.C, 1^{er} octobre 1999, *The Right to Information on Consular Assistance. In the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, série A n°. 16.

Arrêts.

- Cour idh, 29 juillet 1988, *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, série C, n° 4.
- Cour idh, 17 septembre 1997, *Loayza Tamayo c. Pérou*, série C, n°33.
- Cour idh, 14 mars 2001, *Barios Altos (Chumbipuma Aguirreet autres c. Pérou)*, série C, n° 75.
- Cour idh, 21 juin 2002, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al c. Trinidad and Tobago*, série C, n° 94.
- Cour idh, 8 juillet 2004, *Gomez-Paquiyaury c. Pérou.*, Série C, n° 110.
- Cour idh, 11 mars 2005, *Caesar c. Trinidad et Tobago*, série C, n° 123.
- Cour idh, 20 juin 2005, *Fermín Ramírez c. Guatemala*, série C, n° 126.

- Cour idh, 15 septembre 2005, *Raxcacó Reyes c. Guatemala*, série C, n° 133.
- Cour idh, 22 novembre 2005, *Gomez Polomino c. Pérou*, Série C, n° 136.
- Cour idh, 22 septembre 2006, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, série C, n° 153.

Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

- TSSL, 13 mars 2004, *Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara, decision on challenge to jurisdiction : Lomé Accord amnesty*, aff n° SCSL-04-15-PT-060-II.
- TSSL, 31 mai 2004, *Le Procureur c. Sam Hinga Norman, Arrêt sur l'exception préliminaire fondée sur le défaut de compétence (enrôlement d'enfants)*, aff n° SCSL-2004-14-AR72 (E).
- TSSL, 31 mai 2004, *Prosecutor v Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, aff n° SCSL-2003-01-I.

JURIDICTIONS NATIONALES.

Juridictions argentines.

- Cour d'appel fédérale de Buenos Aires, 9 décembre 1985, *Causa 13*.
- Cour d'appel fédérale de Buenos Aires, 2 décembre 1986, *Causa 44*.
- Cour Suprême d'Argentine, 2 novembre 1995, *Erick Priebke s/extradicion*.

Juridictions américaines.

- Cour Suprême des Etats-Unis, 1822, *United States c. Lajeune Eugénie*.
- Court of Appeal, 1st Circuit, 1948, *Chandler v. United States*.
- Court of appeal, 24 juin 1958, *Artucovic v. United States*.

- US District Court, 11 mai 1979, *Mac Mullen, A.J.I.L.*, 1979, p. 431.
- Court of appeal 2nd Circuit, 30 juin 1980, *Dolly. M.E. Filartiga and Joel Filartiga c. Americo-Norberto Pena-Irala*.
- District Court, Central District, California, 31 janvier 1985, *Handel and others v. Artukovic, ILR*, vol 79, 1989.
- Court of appeal, 6th Circuit, 31 octobre 1985, *Demjanjuk v. Petrovsky, ILR*, vol 79, 1989.
- Court of appeal, 9th Circuit, 1992 *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation, A. Trajano et al. v. Estate of F. Marcos and I. Marcos-Manotoc*.
- Cour suprême des Etats-Unis, 15 juin 1992, *United States v. Alvarez Machain*, in www.supremecourtus.gov.
- Court of appeal, 9th Circuit, 1994, *United States v. Vasquez-Velasco*.
- Court of appeal, 9th Circuit, 16 juin 1994, *In re Estate of F. Marcos, Human Rights Litigation, M. Hilao et al. v. Estate of F. Marcos*.
- Cour suprême des Etats-Unis, 20 juin 2002, *Atkins v. Virginia*, in www.supremecourtus.gov.
- Cour suprême des Etats-Unis, 1^{er} mars 2005, *Roper v. Simmons*, in www.supremecourtus.gov.

Juridictions belges.

- Chambre de mise en accusation de la C.A de Gand, 30 septembre 1909, *Miclazewski*.
- Chambre de mise en accusation de Bruxelles, 9 juillet 1910, *Gaivas*.
- Chambre de mise en accusation de Bruxelles, 11 avril 1911, *Chimansky*.

- C.A de Liège, 17 juillet 1923, *Cappa*.
- Chambre de mise en accusation, 5 avril 1960, *Arbaoui*.
- Chambre de mise en accusation de Bruxelles, 17 octobre 1963, *Cabanne de Laprade*.
- Chambre de mise en accusation de Bruxelles, 8 mai 1964, *Abarca*.

Juridictions britanniques.

- Queen's Bench, 10-11 novembre 1890, *Castioni*.
- Queen's Bench, 11 juillet 1894, *Meunier*.
- Queen's Bench, 29 novembre-13 décembre 1954, *Regina v. Governor of Brixton Prison, ex parte Kolczynski*.
- House of Lords, 1964, *Regina v Governor of Brixton Prison, Ex p Schtraks*.
- High Court, 28 octobre 1998, *Judgment- The Queen v. Evans, Bartle, the Secretary of State for the Home Department, ex Parte Augusto Pinochet Ugarte*.
- House of Lords, 25 novembre 1998, *Judgment, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), in www.publications.parliament.uk*.
- House of Lords, 15 janvier 1999, *Regina v. Bow street Metropolitan stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet, in www.publications.parliament.uk*.
- House of Lords, 24 mars 1999, *Judgment, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the*

Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), in www.publications.parliament.uk.

- House of Lords, 29 mars 2006, *R v. Jones*, in www.publications.parliament.uk.

Juridictions canadiennes.

- Cour suprême du Canada, 24 mars 1994, *R. c. Finta*, in www.scc-csc.gc.ca.

Juridictions danoises.

- Haute Cour du Danemark, 25 novembre 1994, *The Prosecution c. Saric*.

Juridictions espagnoles.

- Tribunal suprême espagnol, 25 mars 2003, in www.poderjudicial.es.
- Tribunal constitutionnel espagnol, 27 septembre 2005, in www.tribunalconstitucional.es.

Juridictions françaises.

Cour d'appel.

- C.A Aix, 15 novembre 1928, *Morelli*, *Clunet*, 1930, pp. 108-109.
- C.A Aix, 12 mai 1941, *Anso*, *Gaz. Pal*, 1941, II, 224.
- C.A Toulouse, 6 juin 1941, *Just Gimeno*, *Gaz. Pal*, 1941, II, 223-224.
- C.A Alger, 10 octobre 1941, *Rodriguez Martinez Manuel*, *Gaz. Pal*, 1941, I, 16.
- C.A Grenoble, 13 janvier 1947, *Gatti Giovanni*, *S.* 1947, 2, 44.
- C.A Paris, 5 décembre 1947, *Colman*, *Rev. crit. Dr. Int*, 1947, pp. 435 et s.

- C.A Paris, 22 avril 1953, *Rodriguez*, *Gaz. Pal*, 153, 113-114.
- CA de Paris, 13 mai 1964, *Alexander c. Dame Alexander*.
- C.A de Paris, 15 juillet 1977, *Croissant*, in *Mouvement d'action judiciaire, L'affaire Croissant*, Maspero, 1977, p. 137 et s.
- C.A Versailles, 7 avril 1987, *Roberto Soraggi*, *Gaz. Pal*, 11 juillet 1987, p. 399 et s.
- CA de Paris, 6 novembre 1995, *RSF v. Mille Collines*.
- CA de Nîmes, chambre d'accusation, 20 mars 1996, *Munyeshyaka*.
- CA de Paris, 20 octobre 2000.

Cour de cassation.

- Cass crim, 21 mars 1862, *Min pub c. Demeyer*, *S*, 1862.
- Cass crim, 4 juin 1964, *Argoud*, *Bull crim*, n° 192.
- Cass crim, 6 février 1975, *Touvier*, *Bull crim*, n° 42.
- Cass crim, 6 octobre 1983, *Barbie*, *Bull crim*, n° 239.
- Cass crim, 26 janvier 1984, *Barbie*, *Bull crim*, n° 34.
- Cass crim, 21 juin 1984, *Bull. crim*, n° 236.
- Cass crim, 21 septembre 1984, *Garcia-Ramirez*, *Bull. crim*, n° 274.
- Cass crim, 20 décembre 1985, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, *Bull crim*, n° 407.
- Cass crim, 1er avril 1993, *Boudarel*, *Bull crim*, n° 143.
- Cass, crim, 10 janvier 1995, *Bull crim*, n° 11.
- Cass crim, 26 mars 1996, *Javor*, *Bull crim*, n° 132.

- Cass crim, 6 janvier 1998, *Munyeshyaka*, *Bull crim*, n° 2.
- Cass crim, 28 juin 2000, *Bull crim*, n° 253.
- Cass crim, 31 janvier 2001, *Bull crim*, n° 31.
- Cass crim, 13 mars 2001, *Bull crim*, n° 64.
- Cass crim, 4 janvier 2005, *Bull crim*, n° 1.

Conseil d'Etat.

Avis.

- CE , A.G, 24 novembre 1994, *Avis n° 356-641*, in Peyrical (J.M), De l'éventuelle extradition des ressortissants français, *P.A*, 5 janvier 1996, n° 3, p. 22.

Arrêts.

- C.E, 24 juin 1977, *Astudillo-Calleja*, *S*, 1977, pp. 695 et s.
- CE, Ass, 7 juillet 1978, *Croissant*, *Rec*, 1978, pp. 290 et s.
- C.E, 27 juillet 1979, *Salati*, *Rec*, 1979, pp. 333 et s.
- CE, 15 février 1980, *Winter*, *S*, 1980, pp. 449 et s.
- C.E, Ass, 25 septembre 1985, *Lujambio Galdeano*, *Rec*, 1984, p. 308 et s.
- C.E, Ass, 8 avril 1987, *Procopio*, *Rec*, 1987, p. 136 et s.
- C.E, 20 septembre 1993, *Sanchez Del Acro*, *R.G.D.I.P*, 1994, p. 1006 et s.
- C.E, Ass, 15 octobre 1993, *Mme Aylor* *Rec*, 1993, p. 283.
- C.E, 9 mai 1994, *Bracci*, *Rec*, 1994, p. 226 et s.

Juridictions hollandaises.

- Cour Suprême des Pays-Bas, 18 septembre 2001, *Bouterse*.

Juridictions israéliennes.

- District Court, Jérusalem, 12 décembre 1961, *Attorney General of Israel c. Eichmann*, *ILR*, 1968, vol 36.
- Supreme Court of Israel, 29 mai 1962, *Eichmann c. Attorney General of Israel*, *ILR*, 1968, vol 36.

Juridictions italiennes.

- C.A Turin, 23 novembre 1934, *Pavelitch et Kvaternik*, *Rev. crit. Dr. Int*, 1935, pp. 765-766.

Juridictions mexicaines.

- Cour Suprême du Mexique, *Re. Gutierrez*, *ILR*, 1957, vol 24.

Juridictions sénégalaises.

- CA de Dakar, 4 juillet 2000, *Procureur c. Hissène Habré*.
- Cour de Cassation du Sénégal, 20 mars 2001, *Souleymane Guenguén et autres c. Hissène Habré*.

Juridictions suédoises.

- Cour suprême de Suède, 1960, *Public Prosecutor v. Antoni*, *ILR*, 1960, vol 32.

Juridictions suisses.

- Tribunal fédéral suisse, 23 janvier 1952, *Nappi*.
- Tribunal fédéral suisse, 7 octobre 1964, *Watin*.

JUSTICE CONSTITUTIONNELLE.

- Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*. (France).
- Haute Cour constitutionnelle, arrêt du 2 janvier 1993, n° 3/10, *Rec*, vol 5. (Egypte).
- Conseil constitutionnel, décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*. (France).
- Cour constitutionnelle, Arrêt n° CCt /3/94, 6 juin 1995, *State v. Makwanyane and Mchunu*. (Afrique du Sud).
- Conseil constitutionnel, décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*. (France).
- Conseil constitutionnel, décision 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*. (France).

La recherche documentaire s'est achevée au 22 octobre 2007.

INDEX THEMATIQUE.

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A.

Actes de fonction, 614 et s.

Agression, 220 et s.

Aménagement de la peine, 1035 et s.

Amnistie, 660 et s.

Apartheid, 132, 464.

Atteintes à l'environnement, 123 et s.

Automaticité des poursuites, 545 et s.

Aut dedere aut iudicare, 253, 423, 484, 503, 699, 758, 768.

Aut dedere aut prosequi, 549, 556, 769

C

Clause belge, 818 et s.

Clause française, 825 et s.

Compétences concurrentes, 384, 388.

Compétence personnelle active, 334.

Compétence personnelle passive, 354.

Compétence réelle, 366.

Compétence territoriale, 311 et s, 391 et s, 763.

Compétence universelle, 396 et s.

Compétence universelle *in abstentia*, 495 et s.

Coopération internationale, 681, 692, 724.

Coopération judiciaire, 710.
Coopération policière, 704.
Corruption, 114, 723.
Cour pénale internationale, 213, 229, 330, 609, 730, 1056.
Coutume, 200, 215, 234, 790.
Crimes contre l'humanité, 203 et s, 245, 443 et s, 509, 644.
Crimes de guerre, 87 et s, 91, 418.
Criminalité organisée, 110 et s, 476.
Cybercriminalité, 137.

D

Dédoublage fonctionnel, 873.
Dénonciation des traités, 186, 187, 196.
Disparitions forcées, 470.
Double incrimination, 338, 478, 717
Droit à la vie, 140 et s, 150, 937.
Droit de la guerre, 42, 58, 944.

E, F, G

Echelle des peines, 285, 878, 885.
Esclavage, 35, 39, 43 55, 132, 415.
Eurojust, 720.
Europol, 708.
Extradition, 338, 484, 733 et s, 776, 797 et s, 829 et s.
Fonction de la peine, 11 et s.
Grâce, 1044 et s.
Génocide, 129 et s, 180,188, 242, 317, 432 et s, 519.

I

Incrimination conventionnelle, 31 et s.

Incrimination coutumière, 200 et s.

Incrimination unilatérale, 249 et s, 272 et s, 279 et s.

Immunités, 511, 594 et s.

Imprescriptibilité, 602, 640 et s.

J, K, L

Jus cogens, 171, 188, 191, 214, 241, 244, 469, 676, 699

Légalité des délits, 64, 158 et s, 200, 206, 220, 882.

Légalité des peines, 880 et s.

Liberté conditionnelle, 1036 et s.

Liberté d'expression, 1007 et s, 1040.

Liberté de pensée, 1011 et s.

Loi du drapeau, 346.

Loi du pavillon, 327, 410.

M, N

Mandat d'arrêt européen, 743 et s, 753, 774.

Male captus bene detentus, 559.

Mercenariat, 93, 474.

Mur étatique, 869 et s.

Nécessité de la peine, 899.

Non bis in idem, 568 et s, 580 et s.

Non-ingérence, 374, 510, 557

Non-rétroactivité, 1015 et s.

O

Obligation *erga omnes*, 182, 243, 425, 438, 698, 727, 858

Obligation de comportement, 162.

Obligation de coopération, 678 et s.

Obligation d'établir une compétence pénale, 306 et s.

Obligation d'incrimination, 28, 31 et s, 62 et s, 155.

Obligation de poursuite, 534 et s.

Obligation de répression, 850 et s.

Obligation de résultat, 161, 693, 773, 863, 879

Opportunité des poursuites, 537 et s.

P

Peines automatiques, 969 et s.

Peines corporelles, 905 et s.

Peine de mort, 194, 830, 918 et s, 979, 983.

Peines inhumaines, 904 et s.

Peines proportionnelles, 987 et s.

Personnalité de la peine, 961 et s.

Personnalisation de la peine, 964.

Piraterie, 497, 412.

Protection de l'environnement par le droit pénal, 288 et s, 477.

Publications obscènes, 50, 63.

R

Réfugiés, 947.

Réserves, 166 et s, 932.

Réserves de compétence nationale, 377.

Responsabilité individuelle, 18, 962.

Responsabilité internationale, 861, 866.

Rétroactivité *in mitius*, 1023 et s, 1040.

S

Sévérité de la peine, 896.

Souveraineté pénale, 16, 22, 64, 156 et s, 268, 301, 339, 374, 648, 685, 761, 948, 953.

Sursis, 1029 et s.

Succession d'Etats, 175 et s.

T

Terrorisme, 79, 97 et s, 117, 478.

Torture, 135 et s, 148, 191, 345, 365, 466, 543, 837.

Trafic de drogue, 52, 77, 473.

Tribunal de Nuremberg, 204 et s, 223, 445, 597.

Tribunal de Tokyo, 207, 599

Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie, 149, 210, 217, 268, 469, 565, 605, 725, 878, 1038.

Tribunal pénal international pour le Rwanda, 189, 212, 268, 608, 725, 878, 1038.

Tribunal spécial irakien, 611.

Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 236, 610.

TABLE DES MATIERES.

Sommaire	1
Table des abréviations	2
Introduction générale	5
PREMIERE PARTIE.La construction du pouvoir répressif	17
TITRE PREMIER : L’incrimination étatique	19
Chapitre I : L’incrimination conventionnelle : un mode privilégié	21
Section 1 : La discrétionnarité laissée par les premières conventions répressives..	21
§.I. Une souveraineté pénale sauvegardée dans les premières conventions.....	22
A. Les premières tentatives d’incrimination.....	22
1. Les origines : l’Accord sur la répression du commerce des esclaves.....	22
2. L’absence d’uniformisation sectorielle.	23
B. La naissance d’un régime conventionnel répressif au lendemain de la première guerre mondiale.....	29
1. L’incrimination des premiers crimes transfrontières.....	29
a. La Convention internationale pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes	29
b. La lutte contre les stupéfiants et les substances illicites.....	30
2. La prise en compte des crimes humanitaires.....	31
a. L’esclavage	31
b. Le droit de la guerre.....	32
§.II. Les prémisses d’une érosion de la souveraineté ?	33
A. Une importante marge de manœuvre des Etats quant à l’incrimination.....	34
1. Une habilitation à incriminer.....	34
2. De faibles obligations étatiques.....	36
B. Les premières traces d’incrimination directe ?	37
1. L’exception de la Convention de Mannheim.....	37
a. Un régime particulier.....	37
b. Premières traces d’obligation d’incrimination.....	39
2. Des cas isolés d’incrimination directe.....	40
a. La Convention internationale pour la répression du faux-monnayage.....	40
b. La Convention pour la répression du trafic illicite de drogues nuisibles.....	42
c. La Convention pour la prévention et la répression du terrorisme.....	43
Section 2 : La reconnaissance grandissante d’une obligation d’incrimination.	46
§.I. Une implication grandissante du droit international dans l’obligation d’incrimination.....	46
A. L’émergence d’un large éventail d’incriminations conventionnelles pour les crimes transnationaux.....	47
1. L’incrimination des crimes transnationaux.....	47
a. L’obligation d’incrimination des crimes de guerre.....	47
α. L’incrimination de la violation des Conventions de Genève.....	48
β. L’incrimination des pratiques analogues aux crimes de guerre.....	50
b. L’obligation d’incrimination du terrorisme.....	53

α. Une approche sectorielle de l'obligation d'incrimination du terrorisme : le cas des Conventions universelles.....	53
β. Une approche générale de l'obligation d'incrimination du terrorisme : le cas des Conventions régionales.....	57
2. L'incrimination des nouvelles formes de criminalité.....	60
a. L'incrimination de la criminalité organisée.....	60
b. La criminalité financière : l'exemple de la lutte internationale contre la corruption.	63
B. L'apport du droit international à l'incrimination des crimes purement nationaux.	65
1. L'incrimination de crimes purement nationaux : l'exemple des actes terroristes nationaux et des atteintes à l'environnement.....	65
a. L'incrimination des actes terroristes nationaux.	66
b. La criminalisation des atteintes à l'environnement.	68
α. La Convention pour la prévention de la pollution par les navires... ..	69
β. La Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal.	69
2. L'incrimination des atteintes aux droits fondamentaux.	71
a. L'apport du droit conventionnel : les conventions spécifiques.	72
b. L'obligation d'incrimination par interprétation jurisprudentielle.	78
α. L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme : les atteintes à la vie et la torture.	79
β. L'apport de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.	84
§.II. L'ampleur de l'obligation conventionnelle d'incrimination.....	86
A. Une exigence grandissante du droit international quant à l'obligation d'incrimination.	87
1. L'Etat face à une obligation contraignante d'incrimination.....	87
a. Une érosion de la souveraineté pénale étatique.....	87
b. L'obligation d'incrimination : une obligation de résultat.....	90
2. L'inadmissibilité des réserves.	92
B. La survivance de l'obligation d'incrimination.....	95
1. Obligation d'incrimination et succession d'Etats.....	95
a. Les enjeux de la succession aux traités.....	96
b. Une succession dans l'obligation d'incrimination ?.....	97
2. Obligation d'incrimination et dénonciation des Traités.	102
a. La faculté de dénonciation des conventions répressives.	102
b. Appréciation de la faculté de dénonciation au regard des Conventions protectrices des droits fondamentaux.	103
α. La Convention génocide.....	104
β. La Convention contre la torture.....	105
γ. Le Pacte relatif aux droits civils et politiques.....	106
δ. Une incompatibilité entre la dénonciation et le but du Traité.	108
Chapitre II : Les autres sources d'incrimination.	110
Section I : Le recours aux incriminations coutumières.	110
§.I. La coutume internationale : une source d'incrimination non négligeable. .	111
A. L'incrimination du crime contre l'humanité.....	111
1. La reconnaissance du crime contre l'humanité.	111
a. Aux origines du crime contre l'humanité.	112
b. Le renouveau de la notion.	114
2. L'absence de référent conventionnel.	117

a. La consécration du crime contre l'humanité en tant que norme coutumière.	118
b. Difficulté d'incrimination du crime contre l'humanité.	119
B. L'incrimination de l'agression.	122
1. Une définition introuvable de l'agression ?.....	122
2. Une incrimination négligée de l'agression ?	124
§. II. Une fonction habilitante de la coutume.	128
A. La coutume: fondation d'incrimination.	128
1. Une coutume complétive du droit conventionnel.....	128
2. La réponse du droit positif.....	129
B. Coutume : légitimation d'incrimination.....	131
1. Incrimination coutumière et droits impératifs.	132
2. L'invalidité du défaut d'incrimination.	134
Section 2 : Vers une incrimination unilatérale.	136
§. I. Les incriminations onusiennes.	137
A. Une exclusion des sources de incrimination des actes unilatéraux des Nations Unies.	137
1. L'exclusion des sources d'incrimination des Résolutions de l'Assemblée générale.....	137
2. L'exclusion des sources d'incrimination des Résolutions du Conseil de sécurité.....	139
a. Un refus traditionnel de reconnaître aux résolutions du Conseil de sécurité une valeur incriminante.....	140
b. Une confirmation jurisprudentielle.....	141
B. Le cas particulier de l'incrimination par les Tribunaux pénaux internationaux.	143
1. Les crimes rentrant dans la compétence des tribunaux.	144
2. Incrimination et souveraineté pénale.....	145
§. II. Incrimination et droit communautaire.	147
A. L'incrimination : une compétence traditionnelle des Etats membres.....	148
1. L'absence de transfert de compétence à la Communauté en matière pénale.....	148
2. Les conséquences de l'absence de compétence communautaire en matière pénale.....	150
a. Une liberté étatique d'incrimination.	150
b. Les tentatives d'incrimination.	152
B. Vers une nouvelle approche de l'incrimination : la décision-cadre relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.....	155
1. Contenu de la décision-cadre.....	155
2. L'apport inattendu de l'arrêt de la Cour de justice.....	158
a. L'arrêt Commission c/ Conseil du 13 septembre 2005.	158
b. L'avenir des incriminations communautaires.....	160
Conclusion du Titre premier.....	166
TITRE SECOND.L'obligation de l'Etat d'établir sa compétence pénale.....	167
Chapitre I. : Titres de compétence pénale et souveraineté étatique.	169
Section 1 : L'obligation faite aux Etats de se doter d'une compétence pénale.	169
§. I. La compétence territoriale.....	169
A. Le contrôle pénal de l'Etat sur son territoire.	170
1. Une exclusivité de juridiction.....	170
2. Un critère classique obligatoire.	171

B. Aménagements de la compétence territoriale.....	174
1. Une extension de la territorialité.....	175
a. L'apport du droit positif : l'affaire du « Lotus ».....	175
b. L'apport du droit conventionnel.....	177
2. La paralysie de la compétence territoriale : l'exemple des Etats-Unis et la Cour pénale internationale.....	179
§. II. La compétence personnelle active.....	182
A. Un contrôle de l'Etat sur ses nationaux.....	182
1. La reconnaissance d'un lien d'allégeance entre la national et son Etat.....	183
2. Une compétence conditionnée.....	183
B. La mise en œuvre de la compétence personnelle active.....	187
1. Une consécration par le droit conventionnel.....	187
2. La loi du drapeau.....	188
a. Une extension de la compétence personnelle active des Etats.....	189
b. L'application de la règle par la Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces.....	190
Section 2 : L'habilitation donnée aux Etats de se doter d'une compétence pénale.....	191
§. I. La reconnaissance de compétences ponctuelles.....	192
A. La compétence personnelle passive.....	192
1. Le recours à un lien de rattachement national : la qualité de victime. ..	192
a. La victime nationale.....	192
b. Un titre de compétence improbable ?.....	194
2. Une application difficile de la compétence personnelle passive.....	195
a. La défense d'intérêts strictement individuels.....	195
b. Compétence personnelle passive et crimes de droit international.....	197
B. La compétence réelle.....	199
1. La défense des intérêts supérieurs de l'Etat.....	199
2. Une application limitée de la compétence réelle.....	200
§. II. La non exclusion des compétences pénales.....	202
A. De la nécessité d'établir une compétence pénale.....	202
1. Souveraineté et non-ingérence.....	202
2. La reconnaissance de réserves de compétence nationale.....	204
a. L'apport des réserves de compétence nationale.....	204
b. Le développement de la pratique.....	205
B. La survenance de compétences concurrentes.....	207
1. L'ambiguïté du choix du titre de compétence.....	207
2. Une hiérarchie des compétences pénales ?.....	209
a. L'absence de règle internationale réglementant le partage des compétences pénales.....	209
b. La préférence de territorialité.....	211
Chapitre II : Entre obligation et habilitation d'établir une compétence pénale : la compétence universelle.....	214
Section 1 : De la reconnaissance d'une universalité du droit de punir.....	214
§. I. Aux origines de l'universalité.....	215
A. La défense d'intérêts supérieurs.....	215
1. Un idéal de compétence pénale.....	215
2. A la recherche d'une solidarité humaine.....	217
B. La première prise en compte de la compétence universelle.....	218
1. La répression de la piraterie.....	219

2. L'extension de la notion de piraterie.....	221
3. Compétence universelle et traite des êtres humains.....	223
§. II. De la compétence universelle obligatoire ?	223
A. Une obligation conventionnelle : les Conventions de Genève.....	224
1. Une universalité de la répression des crimes de guerre.....	224
2. Une réelle obligation de résultat à la charge des Etats.....	226
a. Une obligation issue du texte même des Conventions.....	226
b. La consécration jurisprudentielle : entre affirmation d'une obligation coutumière et d'une obligation conventionnelle.....	228
α. L'affaire « Eisentrager ».....	228
β. L'affaire « Saric ».....	229
B. Une obligation coutumière de se doter d'une compétence universelle.....	230
1. La reconnaissance d'une compétence universelle pour le génocide.	230
a. L'ambiguïté de la répression du génocide.....	230
b. Une obligation confirmée par la pratique internationale.....	232
α. Une confirmation par la Cour internationale de justice.....	232
β. Une confirmation par la Commission du droit international.....	234
2. La reconnaissance d'une compétence universelle pour les crimes contre l'humanité.....	235
a. L'inhumanité du crime justifiant le recours à la compétence universelle.....	235
b. Une confirmation jurisprudentielle.....	236
α. L'affaire « Eichmann ».....	236
β. L'affaire « John Demjanjuk ».....	238
γ. L'affaire « Andrija Artukovic ».....	239
δ. L'affaire « Imre Finta ».....	241
Section II : Les conditions d'exercice de la compétence universelle.....	242
§. I. Une compétence universelle conditionnée.....	242
A. Une compétence universelle conditionnée à la gravité du crime.	243
1. Compétence universelle et crimes graves.....	243
a. La reconnaissance conventionnelle de la compétence universelle pour les atteintes graves aux droits fondamentaux.....	244
α. La convention apartheid.....	244
β. La lutte contre la torture.....	245
γ. La lutte contre les disparitions forcées.....	247
b. L'extension de la reconnaissance de la compétence universelle en droit conventionnel.....	247
α. La Convention contre le trafic illicite de stupéfiants.....	248
β. La lutte contre le mercenariat.....	248
γ. La Convention sur la criminalité transnationale organisée.....	249
δ. La Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal.....	250
2. La lutte contre le terrorisme : un laboratoire de la compétence universelle.....	251
B. Une mise en œuvre étatique conditionnée.....	252
1. Conditions quant à l'accusé.....	252
a. La présence effective.....	252
b. L'absence d'extradition.....	254
2. La nécessité d'une loi interne.....	255
a. La nécessité de mesures de transposition.....	255

b. La précision de la loi.	258
§. II. Pour une reconnaissance de la compétence universelle in abstensia.	259
A. Idéologie de la compétence universelle in abstensia.	259
1. Un principe de compétence universelle absolue.	259
2. Vers une reconnaissance de la compétence universelle in abstensia par la pratique.	260
a. L'apport de l'Institut du droit international.	261
b. L'apport des principes de Princeton.	262
B. Quelle place pour une reconnaissance de la compétence universelle in abstensia ?.....	262
1. La loi belge de compétence universelle.	263
a. Un principe innovant.	263
b. Un idéal de compétence universelle malmené.	264
α. La déconvenue de l'affaire « Yerodia ».	264
β. Dérives de la loi de belge.	267
2. L'approche espagnole de la compétence universelle in abstensia : l'affaire « Menchu ».	268
a. Une reconnaissance de la compétence universelle in abstensia.	269
b. Le revirement du Tribunal constitutionnel.	270
Conclusion du Titre second.	273
Conclusion de la Première partie.	274
SECONDE PARTIE. La mise en œuvre du pouvoir répressif.	275
TITRE PREMIER. La mise en mouvement de l'appareil judiciaire.	276
Chapitre I : L'obligation de poursuite.	277
Section 1 : Le fondement de l'obligation de poursuite.	277
§. I. Une poursuite nécessaire à la lutte contre l'impunité.	277
A. L'opportunité des poursuites.	278
1. Une liberté souveraine d'engager des poursuites.	278
2. Opportunité des poursuites et impunité : une remise en cause de la règle.	279
B. L'automaticité de la poursuite.	281
1. Une reconnaissance de la légalité des poursuites.	281
2. Légalité des poursuites et lutte efficace contre l'impunité.	282
§. II. Une poursuite répondant à un formalisme obligatoire.	283
A. Poursuite et présence de l'accusé.	284
1. Une présence obligatoire aux fins de poursuite.	284
2. L'application par le juge interne de l'adage male captus bene detentus.	286
B. La règle non bis in idem face à l'obligation de poursuite.	290
1. Une interdiction du renouvellement des poursuites : non bis in idem vertical.	291
a. Une règle générale de droit interne.	291
b. Un droit fondamental indéniable.	292
α. Une norme fondamentale des droits de l'homme.	293
β. Un principe général du droit communautaire.	295
2. Aménagements de la règle.	296
a. Une application horizontale de non bis in idem	297
α. Une application horizontale reconnue par les droits de l'homme.	297
β. Une application horizontale reprise par la justice internationale.	298

b. Les dérogations à la Convention d'application de l'Accord de Schengen.....	300
Section 2 : Une obligation de poursuite favorisant l'érosion des obstacles légaux internes.	301
§. I. L'invalidité croissante des immunités de juridiction.	302
A. La consécration en droit international de l'abandon des immunités pour les crimes les plus graves.	302
1. L'apport du droit international quant au rejet des immunités.	302
a. Le rejet des immunités : une règle coutumière.	303
b. Une codification par le droit conventionnel.	304
2. Une invalidité des immunités consacrée par la justice pénale internationale.	306
a. La négation des immunités devant les juridictions pénales internationales.....	306
b. La négation des immunités devant les juridictions internes internationalisées.	309
B. Un rejet des immunités consacré par la pratique ?	310
1. Une reconnaissance nationale contradictoire.	311
a. Actes de fonction et crimes internationaux.	311
b. Une mise en œuvre nationale qui reste difficile : l'exemple de l'affaire « Kadhafi ».	315
2. L'apport de la justice internationale.	317
a. Une poursuite systématique des anciens gouvernants.	317
α. L'affaire « Jean Kambanda ».	318
β. L'affaire « Charles Taylor ».	319
b. Quid des gouvernants en fonction ?	320
α. La réponse de la Cour internationale de justice.....	320
β. La réponse de la justice pénale internationale.....	323
§. II. La poursuite face à la prescription et à l'amnistie.	324
A. Prescription et poursuites pénales.....	325
1. Fondement de la prescription.	325
2. Une reconnaissance partielle de l'imprescriptibilité des crimes internationaux.	326
a. Un droit conventionnel limité.....	326
b. L'imprescriptibilité gouvernée par la souveraineté pénale.....	329
α. L'absence d'uniformisation interne de la règle.	329
β. La reconnaissance d'une règle coutumière ?.....	333
B. L'amnistie.	334
1. Une amnistie incompatible avec la gravité du crime.....	335
2. De l'illégalité des lois d'amnistie.	337
a. Une interdiction obligatoire de l'amnistie.	337
b. Une illégalité reconnue par la pratique.....	339
α. Le cas argentin.....	339
β. Le cas péruvien.....	341
Chapitre II : L'obligation de coopération.	344
Section 1 : Les Etats titulaires d'une obligation générale de coopération.....	344
§. I. Un principe général de coopération pénale.	344
A. L'enjeu de la coopération internationale.	345
1. Une solidarité internationale dans la lutte contre la criminalité.	345
a. Une étroite collaboration entre Etats.	345

b. Coopération et respect de la souveraineté étatique.....	346
2. Une coopération favorisant la sauvegarde d'intérêts supérieurs.	348
B. L'apport du droit conventionnel à la théorie de la coopération internationale en matière pénale.	350
1. La coopération dans les Conventions répressives multilatérales.....	350
a. Une précision grandissante de l'obligation de coopération.	350
b. Des divergences quant à la valeur d'une telle obligation.	353
2. Obligation de coopération et conventions bilatérales.....	354
§. II. Les mécanismes de coopération internationale.....	355
A. Une coopération basée sur l'entraide policière.....	356
1. Une coopération certaine entre les divers services nationaux de police.	356
2. La coopération policière européenne: Europol.....	357
B. Une coopération internationale basée sur l'entraide judiciaire.....	359
1. A la recherche de la coordination des procédures.	359
a. La transmission des informations.	359
b. La reconnaissance mutuelle des jugements répressifs.....	361
2. Des procédures spécifiques d'entraide judiciaire.	363
a. L'entraide judiciaire européenne : Eurojust.....	363
b. L'entraide judiciaire avec les juridictions pénales internationales. ...	365
α. L'obligation de coopération avec les tribunaux pénaux internationaux.	366
β. Une obligation subsidiaire de coopération avec la Cour pénale internationale.	368
Section 2 : Coopération et extradition : entre respect de la tradition et altération des pouvoirs souverains de l'Etat.	369
§. I. L'extradition : une procédure en perte d'autonomie ?	370
A. L'altération des conditions traditionnelles de l'extradition.	370
1. Une compétence discrétionnaire.....	371
a. L'extradition : un choix souverain et politique.....	371
b. Une juridictionnalisation de la procédure.....	373
2. La double incrimination.....	375
a. Une condition préalable de recevabilité de la demande d'extradition.	375
b. L'uniformisation européenne.	377
B. Une simple habilitation d'extrader ?.....	380
1. L'alternative extraditionnelle	380
a. Règle et fondement de l'alternative extraditionnelle.....	381
α. Une alternative reflet de la souveraineté.	381
β. Une alternative obligatoire ?	382
b. L'altération de la règle aut dedere aut judicare.	384
α. L'apport de la pratique conventionnelle.....	384
β. Une règle inopérante en droit communautaire.	386
2. La non exclusion de l'extradition des nationaux ?	387
a. Un refus d'extradition pour excuse nationale.	387
α. En droit interne.	387
β. En droit international.	390
b. Une remise en cause ?	393
§. II. Les Etats face aux spécificités du régime extraditionnel.....	395
A. La nature de l'infraction en cause.....	396

1. Un privilège de non extradition lié à la nature de l'infraction.....	396
a. Les infractions politiques.....	396
b. Les autres infractions.....	399
α. Les infractions fiscales.....	399
β. Les infractions militaires.....	400
2. Les causes de l'altération de la liste des infractions ouvrant extradition.	
.....	401
a. La remise en cause du critère politique : le critère de gravité.....	401
b. L'exemple de la clause belge.....	405
B. Extradition et droits fondamentaux.....	408
1. La clause française : la prévention du but déguisé de la poursuite.....	408
2. L'extradition face aux risques d'atteintes majeures aux droits	
fondamentaux.....	410
a. Le risque de la peine capitale.....	410
b. Le risque de la torture et des traitements inhumains ou dégradants..	414
Conclusion du Titre premier.....	417

TITRE SECOND. Le choix de sanction pénale : entre respect de la souveraineté interne et contraintes internationales..... 418

Chapitre I : La recherche d'une sanction efficace..... 419

Section 1 : Une efficacité de la sanction passant par l'ordre juridique national. .. 419

§. I. L'identification d'une réelle obligation de répression..... 419

A. Une obligation inconditionnelle de répression..... 420

1. L'obligation ultime..... 420

 a. Une obligation implicite..... 420

 b. Une obligation positive de résultat..... 423

2. Le spectre de la responsabilité internationale..... 424

B. L'intervention nationale dans l'obligation de répression..... 427

1. Obligation de répression et canal étatique..... 427

 a. Le concept du mur étatique..... 427

 b. Une adaptation de la théorie du dédoublement fonctionnel..... 429

2. L'existence limitée de peines strictement internationales..... 430

§. II. L'implication du législateur national dans la mise en œuvre de la sanction pénale..... 432

A. Le respect de la légalité des peines..... 432

1. Une liberté souveraine du législateur pour élaborer la peine..... 433

 a. Des peines obligatoirement et strictement prévues par la loi..... 433

 b. Le libre choix de l'échelle des peines..... 435

2. Une garantie de justice reconnue par le droit international..... 437

B. Une liberté du législateur contrariée..... 439

1. Une peine nécessairement sévère..... 440

2. Une peine obligatoirement nécessaire..... 441

Section 2 : L'intrusion du droit international dans le choix de la sanction..... 443

§. I. Sanctions pénales et protection des droits fondamentaux..... 443

A. La prohibition des peines inhumaines et dégradantes..... 443

1. La prohibition des peines corporelles..... 444

2. La question de la peine perpétuelle..... 449

B. Entre condamnation et survivance : la problématique de la peine de mort.

..... 451

1. Une atteinte au droit à la vie..... 451

a. L'émergence d'une universalité de la prohibition de la peine capitale.	451
b. Le droit à la vie : un droit acquis ?	455
2. Le maintien de la peine de mort : une atteinte flagrante aux droits fondamentaux ?	458
a. La peine de mort : un traitement inhumain et dégradant.	458
b. Le maintien de la peine de mort comme sanction absolue : l'accroissement du contrôle des garanties procédurales.	460
§. II. Une interdiction relative du droit international de recourir aux sanctions pénales.	462
A. Des sanctions pénales inutiles pour protéger les droits individuels.	463
1. L'évasion des prisonniers de guerre.	463
2. La protection des réfugiés.	464
B. Une prohibition potentielle au cas par cas.	465
1. Une prohibition prévue par le droit de la mer.	465
2. Des cas isolés de prohibition de sanctions pénales.	468
Chapitre II : Le prononcé de la sanction	469
Section 1 : Des contraintes dans la formation de la sanction.	469
§. I. Des contraintes face au caractère de la sanction.	469
A. Une peine traduisant la responsabilité individuelle.	470
1. Personnalité et personnalisation de la peine.	470
a. La personnalité de la peine : corollaire de la responsabilité pénale individuelle.	470
b. Une nécessaire personnalisation de la peine.	472
2. Une garantie d'équité.	474
B. La prohibition générale des peines automatiques.	475
1. L'automatisme des peines contraire à la libre appréciation des peines.	475
a. Une négation de l'individualisation des peines en droit interne.	476
b. Le silence du droit international.	477
2. Une pratique illégale au regard des droits de l'homme.	478
a. L'apport de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.	479
b. L'apport du Comité des droits de l'homme.	481
§. II. Des contraintes face à l'ampleur de la peine.	482
A. Une peine proportionnelle.	482
1. Une reconnaissance généralisée de la proportionnalité des peines.	483
a. Une reconnaissance étatique.	483
b. Une obligation de droit international.	484
α. Une obligation de proportionnalité reconnue malgré le silence relatif du droit conventionnel.	484
β. Une consécration effective en droit communautaire.	486
2. L'appréciation de la proportionnalité : le cas de la Cour européenne des droits de l'homme.	488
a. L'exigence d'un rapport raisonnable.	488
b. Un contrôle de proportionnalité des mesures nationales d'ingérence.	490
α. Le cas de la liberté d'expression.	491
β. Le contrôle de proportionnalité de la liberté de pensée.	494
B. Le juge face à la rétroactivité des peines.	495
1. L'interdiction de prononcer des peines rétroactives.	496
2. Le tempérament de la rétroactivité in mitius.	499

Section 2 : L'altération de l'efficacité de la peine.....	501
§. I. Les mesures d'atténuation des peines.	501
A. La peine avec sursis.	501
1. Une suspension de l'exécution de la peine.....	502
2. Une incompatibilité entre condamnation avec sursis et crimes graves ?	503
B. L'aménagement de la peine.	504
1. La libération conditionnelle.....	505
2. Les autres mesures d'aménagement de la peine.....	507
§. II. L'effacement de la peine : le recours au droit de grâce.....	508
A. Le droit de grâce : un moyen d'altération de la peine.	509
1. Une prérogative régalienn.....	509
2. Un recours en grâce protégé par le droit international.	510
B. De l'illégalité du droit de grâce ?.....	512
1. Une incompatibilité entre droit de grâce et crimes internationaux.....	512
2. La confirmation de la justice pénale internationale.....	514
Conclusion du Titre second.	516
Conclusion de la Seconde Partie.	517
Conclusion générale.....	518
Bibliographie.....	522
Table de jurisprudence.	578
Index thématique.	598
Table des matières.	604

Sanctions pénales nationales et droit international.

Le développement massif de la criminalité internationale et des atteintes aux droits fondamentaux a eu pour conséquence une intrusion grandissante du droit international dans les sphères de compétences répressives nationales. Au détriment de la souveraineté pénale, le droit international prescrit aux Etats des contraintes majeures. Dès lors qu'il prohibe un comportement criminel, dans une optique répressive, le droit international impose aux Etats d'incriminer l'infraction, d'établir leur compétence pénale, de poursuivre et de coopérer, et, le cas échéant, de sanctionner pénalement. Cependant, le droit international n'a pas vocation à édicter directement des sanctions pénales et à se substituer aux autorités de l'Etat. En matière répressive, il vient poser des règles, dont le respect s'impose aux Etats. Même si l'atteinte à la souveraineté pénale est certaine, le canal étatique reste privilégié.

National criminal penalties and international law

The substantial development of cases of international criminality and breaches of fundamental rights has resulted in an increased intrusion of international law into national criminal justice systems. In direct contradiction with the principle of penal sovereignty, international law now imposes major restrictions on countries in this area. Whenever international law prohibits a criminal activity in order to repress it, it requires countries to incriminate the offence, to establish their criminal competence, to institute proceedings and to cooperate and, if all else fails, to punish. However, the purpose of international law is not to directly impose criminal penalties or to substitute itself for a country's national authorities. In criminal matters, the purpose of international law is to establish rules, which the country must then comply with. Even if the principle of national sovereignty is restricted, States' intervention remains privileged.

Mots clefs : atteinte aux droits fondamentaux, compétences pénales, coopération internationale, criminalité internationale, incrimination, poursuites pénales, répression, souveraineté pénale, sanctions pénales.

Discipline : Sciences juridiques, droit public.