



HAL
open science

Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international

Delphine Brach-Thiel

► **To cite this version:**

Delphine Brach-Thiel. Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international. Droit. Université Paul Verlaine - Metz, 2000. Français. NNT : 2000METZ003D . tel-01775496

HAL Id: tel-01775496

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01775496v1>

Submitted on 24 Apr 2018

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.



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

UNIVERSITE DE METZ
FACULTE DE DROIT, ECONOMIE ET ADMINISTRATION

CONFLITS POSITIFS ET CONFLITS NEGATIFS EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

THESE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR en DROIT
(Doctorat Nouveau Régime, Droit Privé)

présentée et soutenue publiquement le 16 décembre 2000
par
Delphine THIEL

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE - METZ	
N° inv.	2000009D
Cote	D/MZ 00/03
Loc	

Directeur de recherche : M. Alain FOURNIER, Professeur à
l'Université de Metz

Membres du jury :

M. André VITU, Professeur émérite à l'Université de Nancy II

M. Jean-François SEUVIC, Professeur à l'Université de Nancy II

M. Jacques LE CALVEZ, Professeur à l'Université de Paris X

(
M
M

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE DE METZ



022 421683 4

onférences à l'Université de

UNIVERSITE DE METZ
FACULTE DE DROIT, ECONOMIE ET ADMINISTRATION

**CONFLITS POSITIFS ET CONFLITS
NEGATIFS EN DROIT PENAL
INTERNATIONAL**

THESE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR en DROIT
(Doctorat Nouveau Régime, Droit Privé)

présentée et soutenue publiquement le 16 décembre 2000
par
Delphine THIEL

**Directeur de recherche : M. Alain FOURNIER, Professeur à
l'Université de Metz**

Membres du jury :

M. André VITU, Professeur émérite à l'Université de Nancy II
M. Jean-François SEUVIC, Professeur à l'Université de Nancy II
M. Jacques LE CALVEZ, Professeur à l'Université de Paris X
(Nanterre)
M. Jean-Luc HENAFF, Maître de Conférences à l'Université de
Metz

L'Université de Metz n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

LE CORPS ENSEIGNANT DE LA FACULTE

Doyen : Mme Françoise CHEVALIER
Assesseur du doyen : Mme Hélène RAYMOND

PROFESSEURS

M. Patrick BENOIT	Droit Public
M. Alain FOURNIER	Droit Privé
M. Louis JOB	Sciences Economiques
Mme Hélène RAYMOND	Sciences Economiques
M. Arnaud RAYNOUARD	Droit Privé
M. Etienne WASMER	Sciences Economiques
M. François LICHERE	Droit Public

MAITRES DE CONFERENCES

Mme Françoise CHEVALIER	Histoire du Droit
M. Philippe SCHAEFER	Sciences Economiques
M. Bernard BRANCHET	Droit Public
M. Patrice RICHARD	Sciences Economiques
M. Raymond FERRETTI	Droit Public
M. Jean-Luc HENAFF	Droit Privé
M. Gérard BOMBARDIER	Sciences Economiques
M. Yahn MANGEMATIN	Sciences Economiques
Mme Roselyne ALLEMAND	Droit Public
Mme Monique CHÂTEAU	Droit Privé
M. Philippe CASIN	Sciences Economiques
M. Jean-Luc PIOTRAUT	Droit Privé
Mme Laurence SOLIS-POTVIN	Droit Public
M. Bruno JEROME	Sciences Economiques
M. Christophe POLLMANN	Droit Public
Mme Véronique JEROME-SPEZIARI	Sciences Economiques
Mme Elisabeth DESCHANET	Sciences Economiques
M. Philippe HOONAKKER	Droit Privé
Mme Sophie BERG	Droit Privé
M. Hugues RABAULT	Droit Public
M. Jean- Claude OHLMANN	Droit Privé
Mme Claudie WEISSE-MARCHAL	Droit Public
M. Pierre TIFINE	Droit Public
Mme Eleanor RITAINE-CASHIN	Droit Privé
M. Mouez FODHA	Sciences Economiques
M. Raphaël PIASTRA	Droit Public

ASSISTANTS

M. François DIETSCH
Mme Danielle PETITDEMANGE
Mme Nathalie GRIESBECK

Droit Public
Droit Privé
Droit Public

PRAG et PRCE

M. François MARQUE
M. Laurent SPANG
M. Marius MARCHAL
M. Jean-Yves MICHEL
M. Philippe DALSTEIN
M. René GANSTER
M. Christian HOFFMANN
M. Philippe AMARD

PRAG Mathématiques
PRAG Economie
PRCE Mathématiques
PRAG d'Anglais
PRAG d'Anglais
PRCE d'Allemand
PRCE d'Anglais
PRCE d'Anglais

ATER, ALLOCATAIRES-MONITEURS

M. Florent ROEMER
Mlle Séverine BOLAY
M. Régis MULLER
Mlle Delphine THIEL
Mlle Nelly ACH
M. Christophe DE BERNARDINIS
Mlle Valériane BOSCHETTI
Mme Juliette SYGUT-PILLET
M. Jean Christophe BARBATTO
Mlle Sabine ROBERT

ATER Histoire du Droit
ATER Droit Public
ATER Droit Privé
ATER Droit Privé
AM Droit Public
AM Droit Public
AM Droit Public
AM Droit Privé
AM Droit Public
AM Droit Privé

LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AFDI = Annuaire français de droit international
Al. = alinéa
Art. = article
Bull. = Bulletin de la Cour de cassation
CA = Cour d'appel
Cass. Crim. = Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cah. Dr. Ent. = Cahier du droit de l'entreprise
CE = Conseil d'Etat
CEDH = Cour européenne des droits de l'homme
Cf. = confrontez
Ch. d'acc. = Chambre d'accusation
Chron. = chronique
Concl. = conclusion
Contra = solution contraire
CP = Code pénal
CPP = Code de procédure pénale
D. = Dalloz
Dactyl. = dactylographiée
Doct. = doctrine
Dr. Int. = Droit international
Ed. = édition
Ex. = exemple
Fasc. = fascicule
Gaz. Pal. = Gazette du Palais
Ibid. = au même endroit
Infra = ci-dessous
I. R. = Informations rapides
JCI = Jurisclasseur périodique
JCP = Semaine juridique
JO = Journal Officiel
LGDJ = Librairie générale de droit et de jurisprudence
N° = numéro
NCP = nouveau code pénal
Obs. = observations
Op. cit. = *Opere citato*, ouvrage précité
P. = page
P. A. = Petites Affiches
PUF = Presse universitaire de France
Rép. Intern. = Répertoire international
Rép. Pén. = Répertoire pénal
RFDA = Revue française de droit administratif
RGDI publ. = Revue générale de droit international public

RIDP = Revue internationale de droit pénal

RSC = Revue de science criminelle

s. = suivants

Supra = ci-dessus

TPIY = Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Trib. Correc. = Tribunal correctionnel

PLAN SOMMAIRE

(Les numéros renvoient aux pages)

Introduction	8
Partie I . Les conflits de compétence, sources de non-droit	53
Titre I. Le domaine du non-droit	55
Chapitre I. Des principes fondamentaux à appliquer	57
Chapitre II. Des principes sacrifiés	102
Titre II. Les causes du non-droit	149
Chapitre I. La territorialité de la répression, cause première	151
Chapitre II. Les excès et les faiblesses du <i>corpus</i> législatif, causes secondaires	205
Partie II. Les remèdes envisageables, vecteur de justice	254
Titre I. Pour une solution au niveau européen	257
Chapitre I. La possible application d'une loi pénale étrangère	259
Chapitre II. Les orientations opportunes <i>de lege ferenda</i>	312
Titre II. Pour des éléments de solution au niveau mondial	350
Chapitre I. Les tribunaux <i>ad hoc</i>	352
Chapitre II. Les solutions pérennes	393
Conclusion générale	439
Index	441
Bibliographie	445
Table des matières	464

1. Punir, ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile¹, telle devrait être la définition de la répression pénale dans un Etat soucieux de la protection de son ordre public et garant des libertés individuelles. Une juste répression, c'est ce que l'on attend d'un Etat de droit face à des comportements infractionnels. Force sera de constater qu'en droit pénal international, le concept de juste répression est souvent galvaudé et que le non-droit s'offre la part du lion.

2. L'idée d'une infraction commise nécessite la mise en place d'un mécanisme assurant la punition de l'auteur de celle-ci. Si le droit de punir est un attribut régalien, il exige en droit pénal interne déjà, mais davantage encore en droit pénal international un certain formalisme car par hypothèse, en ce domaine, plusieurs Etats de répression vont être en concours dès lors que l'infraction présente un élément d'extranéité. Pour que le droit de punir puisse être mis en œuvre effectivement, des procédures permettant d'ouvrir les frontières, à la recherche des délinquants qui auraient franchi celles-ci, ont été utilement instaurées. L'extradition figure au nombre d'entre elles. C'est à l'heure actuelle le meilleur moyen institué pour qu'un délinquant puisse être jugé dans un Etat théâtre d'une infraction, si le coupable a quitté le sol de cet Etat sans avoir fait l'objet d'une condamnation. C'est également une solution à l'impunité dès lors que l'Etat, sur le sol duquel s'est réfugié le délinquant, est incompétent pour réprimer lui-même l'infraction commise à l'étranger.

Ainsi le respect absolu par tous les Etats de la maxime *aut dedere, aut punire* permet de punir un comportement infractionnel quel que soit le lieu de commission et quel que soit l'endroit où s'est réfugié le délinquant. Nous constaterons cependant que la pratique se détache de cette maxime et que si *aut dedere, aut punire* est un bon principe, il est encore trop

¹ BECCARIA, *Des délits et des peines.*, 1764, notes et commentaires par Faustin HELIE. BECCARIA expose que le droit de punir « n'est autre que le droit de défense que l'individu cède au pouvoir social en entrant en Société. Ce droit a pour limite l'utilité sociale. Les peines ne peuvent donc dépasser, sans être injustes, les limites des strictes nécessités de la défense de la Société. », Pierre BOUZAT et Jean PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie.*, t. I., *Droit pénal général.*, 2^e éd., 1970, n°30.

souvent écarté sur la scène internationale. Dès lors, il est parfois impossible de punir l'auteur d'une infraction en droit pénal international. La violation de la règle *aut dedere, aut punire* entraîne le non-droit. Le *vacuum juris* constitue une réalité en droit pénal international.

3. Mais le droit pénal international, c'est aussi une autre réalité bien plus importante quantitativement car le problème de l'impunité ne se pose que de façon marginale. Il est en effet beaucoup plus difficile de punir « ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile ». De fait, le problème de la juste répression se pose avec acuité dès lors que plusieurs Etats sont en concours lorsqu'il s'agit de condamner l'auteur d'une infraction.

Puisque le droit de punir est un attribut régalien, chaque Etat entend en conserver la maîtrise et se désintéresse totalement, par voie de conséquence, des décisions que d'autres Etats ont pu prendre concernant l'auteur d'une infraction qui se rattache à plusieurs d'entre eux.

Aussi, il n'est pas rare que le principe *non bis in idem* soit écarté en droit pénal international ce qui implique assurément le caractère injuste des diverses sanctions prononcées à l'encontre d'un délinquant. En effet, en écartant le principe *non bis in idem* ou en ayant de celui-ci une conception particulièrement restrictive, il s'avère possible pour un Homme d'être condamné plusieurs fois pour la même infraction, ceci grâce au cloisonnement de la répression pénale et parce que les Etats souverains refusent de prendre en compte la chose jugée à l'étranger.

Punir une personne deux fois à raison des mêmes faits n'est ni juste, ni utile. Cela est constitutif de non-droit car il est vrai que *summum jus, summa injuria*².

4. Ainsi, l'impératif de juste répression n'est pas assuré en droit pénal international. D'une part, la violation de la règle *aut dedere, aut punire*,

² CICERON, De Officiis, 1, 10, 33.
Droit porté à l'extrême, extrême injustice.

synonyme d'une certaine impunité, entraîne la constatation selon laquelle il n'est pas évident à l'heure actuelle que tous les délinquants puissent être punis et soient punissables. D'autre part, la violation du principe *non bis in idem* dénote de l'injustice de certaines condamnations excessives puisque la chose jugée à l'étranger n'est pas systématiquement prise en compte lorsque les Etats répriment une infraction comportant un élément d'extranéité.

Le non respect *d'aut dedere, aut punire* et de *non bis in idem* correspond au caractère pérenne du non-droit dès lors qu'une infraction présente un élément d'extranéité. Or si ces deux principes ne sont pas toujours respectés, c'est par définition parce que plusieurs lois pénales sont en concours ou parce qu'aucune loi pénale ne peut se saisir de l'infraction en question.

5. Le conflit positif entre plusieurs lois pénales implique de fait parfois l'éviction de *non bis in idem*. Le conflit négatif, c'est-à-dire l'absence de lois pénales édictant la compétence d'un Etat de répression en l'hypothèse envisagée, implique le non-respect *d'aut dedere, aut punire*. Aussi, si le conflit négatif est toujours constitutif de non-droit, il n'en va plus autant de même en cas de conflits positifs car certains de ces conflits sont réglés harmonieusement en tenant compte de la règle *non bis in idem*, garantissant en cela une juste répression.

C'est pourquoi nous pouvons en déduire que le non-droit n'est pas inhérent au droit pénal international ; il est seulement le résultat d'un manque de volonté de la part des Etats qui se désintéressent de cette difficulté. Or force est de constater que le problème du non-droit est voué à adopter des proportions inquiétantes.

6. La criminalité transfrontière est un phénomène croissant de nos jours. C'est au demeurant un lieu commun navrant d'écrire cela mais c'est un passage obligé que nous devons emprunter, à l'instar des auteurs écrivant sur le sujet, car sans cette montée en puissance du problème des

infractions présentant un élément d'extranéité, il n'y aura point lieu à étude approfondie de cette branche du droit criminel qu'est le droit pénal international.

Il nous faut non moins expliquer en quoi l'augmentation de la criminalité internationale relève du poncif maintes fois répété. La réponse est simple : cent ans plus tôt déjà, des auteurs éminents, ceux qui devinrent les pères modernes du droit pénal international³, entamaient déjà leurs travaux après avoir dressé cette constatation, de tout temps restée d'une brûlante actualité.

7. Si ce phénomène ne fait qu'augmenter aussi bien en quantité d'infractions commises qu'en intensité eu égard aux sommes colossales mises en jeu, c'est parce que de nouveaux moyens techniques sont apparus favorisant la rapidité des échanges et la difficulté corrélative de mettre un terme à ces infractions. La fugacité de certaines attaques, l'opacité de certaines législations sont autant de facteurs favorisant la montée et la pérennité d'infractions qui s'étendent à l'échelle internationale.

La criminalité transfrontière est généralement définie comme « une activité antisociale dont la préparation, la réalisation ou les conséquences impliquent le franchissement d'au moins une frontière par une personne, un objet ou une volonté exprimée, activité reconnue comme susceptible de sanction pénale par au moins deux Etats ».⁴

Cependant dans un sens plus large, nous devons prendre en compte tous les phénomènes délictueux et criminels qui ont été commis en utilisant une frontière pour s'affranchir de toute répression ainsi que, en amont, tous les phénomènes qui ont été inspirés, eu égard précisément à cette notion de frontière, celle-ci étant à ce stade le catalyseur qui a impulsé la commission de l'infraction.

³ Henri DONNEDIEU de VABRES, notamment.

⁴ André BOSSARD, *La criminalité transfrontière multidisciplinaire*, RSC 1988. 756, op. cit. p. 756.

A ce niveau, l'existence de la frontière n'est pas un élément constitutif de l'infraction, mais un élément primordial de la pensée criminelle qui est née à l'occasion du phénomène « frontière » et de ses implications, à savoir notamment une certaine impunité. De fait, « de tout temps la perpétration de certaines formes d'infractions a été singulièrement facilitée, voire expliquée par le voisinage d'une frontière proche. Qu'on songe à la contrebande par exemple ».⁵

Si l'existence d'une frontière pousse à la commission d'une infraction par rapport notamment aux gains et avantages escomptés et surtout dans l'espoir d'une totale impunité, ce n'est pas la notion de frontière qui est directement en cause mais plutôt ses implications au niveau législatif. Dans un certain nombre d'hypothèses, qui dit frontière, dit législation différente d'un pays à un autre, dit difficulté de collaboration policière et judiciaire, dit souvent impunité.

Ces difficultés, qui s'égrainent au fil des siècles, ne font que se renforcer actuellement à l'aune de la révolution des modes de transports et eu égard aux particularismes nationaux qui se multiplient. Dès lors, nous ne pouvons que souscrire à cette analyse, ironique, effectuée il y a déjà quelques siècles : « plaisante justice qu'une rivière ou une montagne borne ! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ».⁶

8. Si donc les criminels transfrontières utilisent la frontière pour s'affranchir de toute répression, celle-ci entraînant un comportement actif de leur part induisant la commission d'une infraction, la frontière peut également être source de double condamnation car souvent aussi l'infraction a été réalisée sans prise en compte du phénomène frontière, ou plus généralement de l'intervention d'un élément d'extranéité.

Il n'y avait là aucune intention préétablie de commettre une infraction différente de ce qu'elle serait si elle avait été entièrement rattachée à un

⁵ Thierno DIALLO, *L'entraide répressive internationale en matière pénale : esquisse d'une problématique*, RSC 1992. 541, op. cit. p. 541.

⁶ PASCAL, au sujet des dissemblances d'une législation à une autre, op. cit. in Wilfrid JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 2ème éd., 1991, Montchrestien, op. cit. n°163.

Etat unique. C'est là un effet pervers qui se retourne contre l'auteur de l'infraction transfrontière, puisque l'élément d'extranéité de l'infraction va permettre à au moins deux Etats de se déclarer compétents pour la répression de cette dernière sans que, de façon automatique, un Etat reconnaisse la chose jugée par un autre Etat pour l'infraction en question. Ici encore, c'est l'absence de coopération et d'entraide judiciaire internationale qui va être à l'origine de cette double condamnation, mais c'est donc aussi en amont le signe d'une convergence au niveau de l'incrimination.

Utiliser la frontière pour s'affranchir de toute répression en cas de commission d'une infraction, être victime de la frontière en se voyant puni deux fois pour une même infraction, tel est le caractère amphibologique de la répression pénale lorsque se présente un élément d'extranéité dans la commission du délit.

Si évidemment, ce sont là des hypothèses extrêmes caractérisant le mauvais fonctionnement de la répression en droit pénal international, ce sont néanmoins des hypothèses fréquentes mettant l'accent sur le non-droit en ce domaine.

9. Des solutions existent pour que ce schéma n'apparaisse pas. Des solutions s'affirment pour qu'une infraction qui présente un élément d'extranéité ne soit pas traitée différemment, ou ne subisse pas différentes contingences, par rapport à une infraction totalement commise et ancrée sur le sol d'un seul territoire et donc soumise de près ou de loin à une seule et même législation.

L'utilisation cumulative des deux principes directeurs que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* permettrait d'atteindre ce résultat. L'utilisation systématique et généralisée de *non bis in idem* permettrait d'éviter plusieurs condamnations et répressions pour une seule infraction. L'utilisation systématique d'*aut dedere, aut punire* permettrait de trouver un juge compétent pour chaque infraction, quel que soit le lieu de commission.

Or ces deux grands principes, ces réponses au problème répressif en droit pénal international sont souvent mis à l'écart. Leurs évictions

cumulatives, voire même seulement alternatives, entraînent le non-droit en tant que conséquence de l'apparition de certains conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international.

De fait, l'éviction de *non bis in idem* qui suppose la présence d'un conflit positif de compétence et celle d'*aut dedere, aut punire* qui implique un conflit négatif de compétence est constitutive de non-droit⁷. Ce faisant, s'il y avait une gestion commune des deux principes, ces conflits inhérents au concours ou à l'absence de concours entre plusieurs lois pénales⁸ seraient résolus sans qu'aucune complication n'apparaisse.

10. Ces deux principes sont souvent écartés au nom de contingences supérieures qui ont pour visage les sacro-saints dogmes de la souveraineté et de la territorialité. Ce sont les figures emblématiques du droit pénal international qui, entièrement dominé par ces dernières, devient le terrain de prédilection pour l'émergence et la pérennisation de la zone de non-droit en tant qu'entité recoupant à la fois conflits positifs et conflits négatifs.

Cependant, souveraineté et territorialité, au niveau pénal, sont étroitement liées, la seconde étant l'expression affichée de la première. S'il est difficile de définir la souveraineté⁹, on peut dire que la souveraineté pénale est « l'expression ultime, la plus achevée de la souveraineté étatique, l'un de ses attributs essentiels »¹⁰. Et si « le droit de punir émane du droit de souveraineté »¹¹, nous avons hérité d'un droit « au service exclusif de l'ordre public national et d'une mise en œuvre strictement territoriale »¹².

⁷ Voir *supra* n°2 et 3.

⁸ Au sens où aucune loi pénale incriminatrice n'a vocation à se saisir de l'infraction en question, extérieure à sa sphère d'intervention.

⁹ Michel MASSE, *La souveraineté pénale*, RSC 1999. 905, op. cit. n° 3. « Des spécialistes contemporains se demandent d'ailleurs si c'est bien un concept juridiquement saisissable et, dans l'affirmative, s'il ne s'agit que d'une fiction. » *ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cass. Crim., 21 mars 1862, Sirey 1862. I. 542, rapport Faustin HELIE, concl. SAVARY.

¹² Michel MASSE, op. cit. n° 4.

La territorialité de la loi pénale « a pris racine au sortir du Moyen Age, après la disparition des structures féodales et l'effondrement du Saint - Empire, lorsque commencèrent à se former de grands Etats centralisés, gouvernant de vastes territoires et s'appuyant sur des économies en plein développement et sur d'importantes forces militaires. Mais, alors qu'aux XVIe et XVIIe siècles, elle ne revêtait pas un caractère absolu et demeurait tempérée par l'admission, au moins partielle, de la règle concurrente de la personnalité active, à partir du XVIIIe siècle, la territorialité l'emporte et devient l'un des aspects majeurs de ce nationalisme étroit qui prend corps en France, à la Révolution et sous l'Empire, et dont on retrouve, à la même époque, des modes d'expression semblables dans les divers pays d'Europe continentale. Chaque Etat se veut totalement indépendant des autres, parce que fondé sur l'affirmation d'une souveraineté que rien ne saurait limiter. »¹³

Il est dès lors difficile dans ces conditions de faire totalement abstraction de cet héritage, encombrant au demeurant, tant les vestiges du passé imprègnent encore la législation et la jurisprudence d'aujourd'hui.

11. Le non-droit est donc promis à un bel avenir . Il se révèle la conséquence de la mauvaise résolution du problème des conflits de compétence qui se pose inéluctablement en droit pénal international. Pour nous en expliquer, il nous faut réaliser à la fois une approche théorique de ce problème à travers l'étude des notions qu'elle met en œuvre (section I), mais aussi une approche matérielle (section II) afin de prendre conscience plus concrètement de la réalité du non-droit, objet de cette étude par le biais de ses deux versants.

¹³ André VITU, *Un aspect particulier du droit pénal international : la protection des intérêts publics étrangers par le droit criminel français*, in Mélanges LARGUIER, 1993, Pug, p. 357.

SECTION 1. DEFINITION THEORIQUE DU SUJET

12. Deux notions essentielles, celle de droit pénal international et celle de conflits de lois, doivent ici faire l'objet d'une analyse précise à la fois dans un cadre général, puis en fonction des nécessités plus particulières liées à notre sujet.

S'il est vrai que la notion de droit pénal international implique celle de conflits de lois au sens où nécessairement en ce domaine, les problèmes résulteront de la coexistence de plusieurs lois pénales et donc du concours entre elles (mais le problème opposé de l'absence de concours se pose également lorsqu'au contraire aucune loi pénale n'affirme sa compétence), il n'en demeure pas moins que la notion de conflits de lois, *stricto sensu*, n'est pas quant à elle inhérente au droit pénal international. C'est essentiellement le droit international privé qui traite du problème des conflits de lois et qui définit le mieux la notion, ainsi que son mode de solution.

De plus, seul le droit pénal international tel que nous l'entendrons, sachant qu'il existe plusieurs acceptions de cette notion, implique celle de conflits de lois au sens où il s'agit d'un concours entre lois pénales. Dès lors, ces deux notions devront être étudiées séparément, pour en définir tous les aspects, aussi bien celle de droit pénal international (§I), puisque cela sera le cadre de notre étude, que celle de conflits (§II), puisqu'il s'agit du centre du débat.

§1. LA NOTION DE DROIT PENAL INTERNATIONAL

13. Ce qu'il faut entendre par droit pénal international ne réunit pas l'unanimité en doctrine. Nous étudierons donc les différentes acceptions doctrinales (A), puis nous définirons un domaine particulier qui sera le centre de notre étude tout au long de nos développements (B).

A. DIVERGENCE DOCTRINALE AUTOUR D'UNE DEFINITION

14. « Le droit pénal international a toujours été un domaine stimulant, ne serait-ce qu'en raison de sa nature pluridisciplinaire. En effet, le droit pénal international se situe à la convergence du droit international, du droit régional, et du droit pénal et de la procédure pénale internes, y compris des domaines qui leur sont respectivement proches. »¹⁴ Cette analyse, qui n'est pas une définition mais plutôt une sorte de cadrage de la matière par rapport à d'autres domaines censés en être proches, est partagée par d'éminents spécialistes qui se risquent pourtant à aller vers une définition plus précise.

Ainsi, « il existe trois sortes de droits pénaux internationaux. Il existe d'abord le droit pénal qui n'intéresse que deux Etats et qui pose des problèmes classiques. (...) Plus récemment est apparu un droit pénal international mondial, orchestré par une communauté internationale comme l'ONU. (...) Enfin concomitamment se développent à l'échelon intermédiaire, des droits pénaux régionaux. »¹⁵ Cette remarque qui tend à prouver qu'il y a différentes optiques dans le domaine pénal international est partagée par la majorité de la doctrine.

Cependant, ce qui les oppose, c'est la terminologie à utiliser pour définir chaque domaine ou chaque branche de cette matière. Est en jeu, ici rien de moins que la définition stricte et impérative qu'il faut donner au droit pénal international. Force est alors de constater qu'il n'y a pas aujourd'hui de consensus en ce domaine et que donc aucune définition adoptée par tous n'existe.

¹⁴ Chérif BASSIOUNI, *Considérations de politique criminelle sur la coopération inter-étatique*, RSC 1993. 821, op. cit. p. 821.

¹⁵ Jean PRADEL et Geert CORSTENS, *Droit pénal européen*, Dalloz 1999, n° 1.

1. Les définitions proposées

a. Le droit pénal international au sens large

15. Face à de trop grandes divergences , certains auteurs optent délibérément pour une définition large qui se contente d'encadrer la matière par rapport à tout ce qui n'est pas pénal international : « le droit pénal international est la branche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international.¹⁶ » Ces auteurs visent à la fois les infractions qui présentent un élément d'extranéité et celles qui en sont dépourvues mais pour lesquelles la France est liée par une norme supranationale.¹⁷ Ainsi par exemple, relève du droit pénal international aussi bien le crime commis par un Français en Allemagne au préjudice d'un Allemand que les actes de génocide et de torture commis pendant la seconde guerre mondiale par les belligérants. Cette définition du droit pénal international n'est pas acceptée par la majorité de la doctrine car précisément elle recoupe deux catégories d'infractions bien distinctes puisque la première visée était internationale par son objet (infraction comportant un élément d'extranéité) et que la seconde était internationale par sa source (infraction internationale).¹⁸ Est ainsi apparue l'idée d'introduire la notion de droit international pénal pour mieux définir ce qu'est le droit pénal international.

b. Le droit pénal international par rapport au droit international pénal

16. « Il faudrait réserver l'appellation de droit pénal international au sens étroit (faute de trouver une meilleure expression) aux problèmes internationaux soulevés par les infractions dirigées seulement contre

¹⁶ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, Thémis , 1994, op. cit. n°1.

¹⁷ André HUET et Renée KOERING-JOULIN , op. cit. n° 3.

¹⁸ André HUET et Renée KOERING-JOULIN , *ibidem*.

l'ordre interne de l'Etat, mais dans lesquelles se manifeste un élément d'extranéité, tel que la nationalité du coupable ou de la victime ou le lieu de commission de l'infraction ou de ses résultats. On devrait au contraire parler de droit international pénal pour désigner le droit criminel concernant les faits qui troublent l'ordre public international et qui constituent des infractions contre le droit des gens (par exemple : crimes de guerre, crimes commis par des Etats ou des gouvernements contre la paix ou contre l'humanité) ». ¹⁹

De nombreux auteurs adoptent cette distinction opposant droit pénal international et droit international pénal. Les difficultés proviennent du fait que tous n'y attachent pas la même signification. Ainsi, certains distinguent, à l'intérieur du droit international pénal, un droit pénal interétatique dans lequel seule serait mise en jeu la responsabilité des Etats ou des dirigeants²⁰. Soulignons que « la distinction entre le droit international pénal et le droit pénal interétatique n'est ni très aisée à préciser ni même indispensable »²¹.

17. D'autres auteurs, constatant la difficulté à définir les contours d'une distinction nette entre droit pénal international et droit international pénal, en concluent qu'il n'y a pas à distinguer et que ne subsiste que le droit pénal international à prendre dans son sens le plus large à l'instar de la définition proposée par les professeurs Renée Koering-Joulin et André Huet.²²

¹⁹ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*. Cujas, 7^e éd., 1997, op. cit. n°287.

²⁰ GLASER, *Introduction à l'étude du droit international pénal, 1954 et Droit pénal international conventionnel*, Bruxelles, 1970.

Voir également les références citées sous MERLE et VITU, n° 287 , note 3.

²¹ Roger MERLE et André VITU, op. cit. n°287.

²² André HUET et Renée KOERING-JOULIN, op. cit. n°4.

c. Le droit pénal international et le droit pénal extranational

18. Le recteur Lombois²³ adopte une position intermédiaire en proposant de conserver, pour désigner l'ensemble, la notion de droit pénal international mais en y distinguant tout de même un droit pénal extranational qui comprend les règles de droit interne déterminant les limites spatiales de l'application du système répressif national (compétence de la loi pénale française et toutes les questions relatives à l'entraide répressive internationale). En marge, devra être laissée place à un droit des infractions internationales lequel comprendra toutes les règles internationales prises par la société internationale ou par les Etats individuellement pour la défense de l'ordre public international ou pour la lutte contre les infractions à caractère international.

Ainsi le droit pénal extranational règle le problème des infractions comportant un élément d'extranéité et édicte les règles de procédure de l'entraide répressive internationale telles que l'extradition. Le droit des infractions internationales permet quant à lui de réprimer les infractions qui troublent l'ordre public international tels que le crime contre l'humanité, le génocide...mais aussi le proxénétisme international, le trafic de stupéfiants. C'est par le biais de la mise en œuvre de la compétence universelle que nos juridictions pourront, le plus aisément, se saisir de ces infractions internationales par leur source²⁴.

2. Le caractère dual de la notion de droit pénal international

19. Même si les terminologies diffèrent d'un auteur à un autre, il est bien évident que tous constatent qu'il y a deux grandes branches à distinguer dans l'étude du droit pénal international, dans son sens le plus large. La terminologie englobe tout ce qui concerne à la fois les infractions

²³ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, n°18.

²⁴ Mais toutes les infractions internationales par leur source ne font pas l'objet d'une compétence universelle de nos juridictions. Il en est ainsi du proxénétisme international. Voir *infra* note 30 sous n°21.

présentant un élément d'extranéité, qui ont donc une source interne, et celles qui n'existent que parce qu'elles sont internationales et qui sont de source internationale (par le biais de conventions internationales) même si elles ont ensuite été incorporées dans le *corpus juris interne*²⁵.

Il nous semble que c'est essentiellement parce qu'il existe deux sources originaires distinctes, chacune répondant à des objectifs précis, les uns visant à la sauvegarde de l'intérêt national dans un sens large au premier chef, les autres répondant au souci de sauvegarde de l'ordre public international ou de protection de certaines valeurs universellement reconnues, qu'il faille dissocier droit pénal international et droit international pénal. Ce faisant d'ailleurs cette terminologie évoque bien le *distinguo* au niveau des sources originaires de l'incrimination.

20. Quant à la question de savoir s'il existe bien un droit international pénal eu égard à la multiplicité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité restés impunis, il nous faut répondre à l'instar d'un éminent auteur²⁶, que la question telle qu'elle est posée est déjà la preuve de l'existence d'un droit international pénal puisqu'on reconnaît là la guerre comme un crime ou encore l'existence de la notion moderne de crime contre l'humanité qui est précisément l'apanage du droit international pénal se définissant alors comme « l'ensemble des règles juridiques concernant la répression des infractions internationales constituant les violations du droit international ²⁷ ». De fait, le droit international pénal est désormais entré par la porte centrale sur la scène médiatique. Les actions intentées contre le général Pinochet sont des exemples probants de l'effectivité de ce droit, même si les faits incriminés ont été commis il y a déjà plusieurs décennies. Il est vrai que ce droit est largement imparfait.

²⁵ Si pour une infraction comportant un élément d'extranéité, seul l'objet de celle-ci est international, c'est en revanche la source de l'infraction qui est internationale dès lors que cette dernière trouble l'ordre public international (et non plus seulement l'ordre public interne de l'Etat qui se veut compétent pour réprimer une infraction présentant un élément d'extranéité).

²⁶ Stanislaw PLAWSKI, *La notion de droit international pénal*, RSC 1978. 789., op. cit. n°3.

²⁷ Stanislaw PLAWSKI, op. cit. n°4.

Tel que défini, il s'avère cependant que le droit international pénal a nécessairement une influence sur le droit pénal international, déjà au niveau de l'éthique, puis ensuite au niveau de la norme incriminatrice. Les conventions internationales, sources du droit international pénal, doivent être ratifiées par le parlement français pour faire corps avec le droit interne et éventuellement recevoir application par le juge répressif français dans l'attente d'une consécration par un juge international. Ceci explique donc la préférence dont témoignent certains auteurs pour la terminologie unique de droit pénal international, mettant ainsi l'accent sur le fait que c'est le juge national dans chaque Etat - donc le juge pénal français en France²⁸ - qui, dans les deux hypothèses, appliquera ce droit pénal et sera donc compétent pour l'application globale du droit pénal international.

Quant à nous, puisque nous étudions des problèmes de conflits qui sont presque toujours résolus par le juge national, c'est le droit pénal international tel qu'il ressort des dispositions insérées dans le code pénal et le code de procédure pénale que nous allons étudier.

B. LE DROIT PENAL INTERNATIONAL DU CORPUS JURIDIQUE FRANÇAIS

21. « Le droit pénal international est, pour nous Français, un droit pénal international français, tout comme le droit international privé ainsi que l'indiquait Bartin. Le droit pénal international est donc « un droit qui n'est international que par l'objet auquel il s'applique mais, de sa nature, c'est un droit interne .. il est donc mal dénommé » ». ²⁹ C'est effectivement le droit pénal international français qui va faire l'objet de notre attention avec plus particulièrement l'étude des conséquences, au niveau procédural, des infractions qui présentent un élément d'extranéité.

²⁸ Ce point de vue français est transposable en chaque Etat.

²⁹ Jean PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, éd. 2000-2001, op. cit. n°223 et citée la référence à Claude LOMBOIS, op. cit. n°16.

C'est donc le droit pénal international au sens strict que nous allons étudier principalement même si une étude circonstanciée du droit international pénal sera nécessaire. Nous essayerons d'y trouver des solutions au problème de conflits de compétence et chemin faisant nous constaterons que le droit international pénal, c'est-à-dire celui qui met en scène des infractions internationales ayant à l'origine une source internationale, parfois conventionnelle³⁰, est également source de conflits de compétence avec notre droit interne, ou plus précisément notre droit pénal international français.

Il ne s'agira donc pas pour nous d'étudier le droit pénal comparé, celui-ci tendant essentiellement à confronter des règles de droit préexistantes alors que l'étude des conséquences de la présence d'un élément d'extranéité (c'est-à-dire le droit pénal international) « donne lieu à l'apparition de règles nouvelles, que les règles soient conventionnelles (accords entre Etats comme les conventions d'extradition) ou fixées unilatéralement par chaque Etat (comme la détermination par un Etat de sa compétence législative ou judiciaire) ».³¹

De plus, si le droit pénal international est « à la fois un droit pénal international substantiel et un droit pénal international procédural ³²», nous n'étudierons, pour l'essentiel, que l'aspect procédural de cette branche c'est-à-dire le droit pénal international qui détermine la compétence des tribunaux répressifs et attribue des effets aux jugements que ces tribunaux prononcent.

³⁰ Exemple : la convention de 1950 pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui. Cette convention a été élaborée sous l'égide de l'ONU et est entrée en vigueur en France le 19 février 1960.

Le droit français n'a pas prévu de compétence universelle même si celle-ci est souhaitable. En revanche, depuis la loi n° 98. 468 du 17 juin 1998, la poursuite en France des Français, et même des étrangers résidants habituellement en France, est facilitée lorsqu'a été commis à l'étranger le délit de « tourisme sexuel » (atteinte sexuelle sans violence sur un mineur de 15 ans). Les conditions de double incrimination ainsi que celles d'une plainte de la victime ou une dénonciation officielle ne sont plus exigées (alors qu'elles le sont pour la compétence personnelle active au cas de délit) : article 227-27-1 CP.

Voir Renée KOERING-JOULIN et André HUET, Conventions internationales répressives., JCL droit international, fasc. 406.20, 1999, n°48 à53.

³¹ Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, op. cit. n°3.

³² André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°2.

22. Dès lors, l'objet de notre étude portera principalement sur des infractions transnationales par opposition aux infractions internationales dont la source est internationale.

L'infraction transnationale est celle qui « dépasse le cadre national du droit pénal interne³³ ». « C'est une infraction prévue par le droit pénal interne, perpétrée hors du territoire national par un ressortissant dudit Etat ou par un étranger ; elle est réprimée en raison de la nocivité de ses effets qui se produisent sur le territoire national dudit Etat, ou en raison de la nécessité de la protection de ses intérêts très importants, ou en vue de garantir la sécurité de ses ressortissants³⁴ ».

L'infraction transnationale n'est pas différente de l'infraction nationale si ce n'est qu'un élément d'extranéité vient perturber le jeu classique des règles édictées par le code pénal et que de nouvelles règles tenant compte de cette spécificité sont nécessaires. Elles figurent tout naturellement dans le code pénal puisque sa source est interne alors que pour une infraction internationale, qui par définition viole le droit international, la source est internationale et conventionnelle (ce qui n'exclut pas qu'elle soit ensuite intégrée dans l'ordre juridique français).

« Les infractions transnationales découlent du fait que l'Etat désire élargir sa souveraineté au delà de ses frontières afin de réprimer certains actes considérés dangereux pour sa sécurité ou portant atteinte à son autorité. Dans ce domaine, le conflit entre les législations est inévitable³⁵ ». Il en va ainsi de l'atteinte à la sûreté d'un Etat depuis l'étranger.

23. Ainsi donc nous étudierons le droit pénal international qui met en scène les infractions transnationales , sources de conflits par excellence,

³³ Stanislaw PLAWSKI, *La notion de droit international pénal*, RSC 1978. 789, op. cit. n°10.

³⁴ Stanislaw PLAWSKI, op. cit. n° 15.

³⁵ Stanislaw PLAWSKI, op. cit. n°11.

Cette opinion est partagée par M. Jean PRADEL qui estime que la double caractéristique du droit pénal international est de « comporter un élément d'extranéité et de poser en conséquence un problème de conflit », *Droit pénal général*, op. cit. n°223.

tout en nous référant au droit international pénal, mode, peut être de résolutions des conflits. Ce faisant, il nous faut définir la notion de conflits.

§ 2. LA NOTION DE CONFLITS

24. La notion de conflits, très présente en droit international privé qui traite des conflits de lois et des conflits de juridictions, se doit d'être définie à la lumière très particulière du droit pénal international. De fait alors, va nécessairement surgir la question de la distinction entre conflits de lois et conflits de juridictions en droit pénal international et conflits de lois et conflits de juridictions issus du droit international privé. Nous constaterons l'existence de ces deux types de conflits dans les deux matières tout en nous interrogeant sur le contraste qui se profile : le caractère nécessairement unilatéral de la règle de conflits en droit pénal international, alors qu'en droit international privé, la règle de conflits de lois se présente le plus souvent comme bilatérale. Il nous faut donc examiner successivement les notions de conflit de lois et de conflit de juridictions sous l'angle du droit international privé (A) puis du droit pénal international (B).

A. CONFLIT DE LOIS ET CONFLIT DE JURIDICTIONS EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Afin de définir ces notions, il nous faut étudier le cœur de la matière, c'est à dire le concept de conflit (1), pour ensuite en déduire ce qu'est la règle de conflit bilatérale (2).

1. La notion de conflit³⁶

25. « Il existe en matière répressive comme sur l'ensemble du droit privé deux catégories distinctes de conflits : conflits de juridictions et conflits de lois, que nul principe ne contraint à résoudre de manière identique, en vue de faire coïncider les compétences législative et judiciaire, quelles que soient les pratiques séculaires observées à cet égard par la quasi totalité des Etats³⁷. »

Cependant, au sens traditionnel, c'est-à-dire en fonction de la définition usuelle que le droit international privé accorde à ces notions, le conflit de juridictions n'existe pas, ou du moins pas comme étant le corollaire, au niveau de la définition, du conflit de lois. Le conflit de juridictions affirme ainsi son autonomie³⁸.

En effet, « alors qu'un conflit de lois est normalement résolu dans un pays donné au moyen de règles de répartition, attribuant la situation à une loi interne donnée, il ne peut exister de règles de ce type pour résoudre les problèmes de compétence judiciaire internationale, en raison d'une différence fondamentale entre les deux questions. S'agissant de conflit de lois, rien n'empêche et ne peut empêcher l'autorité d'un Etat de décider, en vertu de la règle de conflit adoptée, que telle situation doit être considérée comme soumise à une loi étrangère donnée et d'en faire

³⁶ Henri BATTIFOL et Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t.1, 8^e éd. 1993, LGDJ, p. 366 à 601 (2^e partie : conflits de lois) ; Pierre MAYER, *Droit international privé*, 6^e éd. 1999, Montchrestien, p. 53 à 310 (titre 1 : conflits de lois, titre 2 : conflits de juridictions et d'autorités) ; Bernard AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^e éd. 2000, p. 55 à 499 (titre 1 : théorie générale des conflits de lois, titre 2 : conflits de juridictions) ; Yvon LOUSSOUARN et Pierre BOUREL, *Droit international privé*, 6^e éd. 1999, Dalloz, p. 67 à 324 (titre 1 : théorie générale des conflits de lois) ; Dominique HOLLEAUX, Jacques FOYER et Géraud de GOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, p. 171 à 315 (titre 1 : procédé du conflit des lois).

³⁷ Alain FOURNIER, Rép. Droit international, V^o Compétence pénale, Dalloz, 1998, op. cit. n^o5.

³⁸ Voir en ce sens : Yvon LOUSSOUARN et Pierre BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 6^e éd., 1999, n^o 438. Ainsi, « les règles de conflits de juridictions sont bien mal dénommées », *ibid.*

application.(...) S'agissant en revanche de compétence juridictionnelle, un Etat ne peut que décider dans quelles circonstances ses tribunaux acceptent de se saisir. Lorsqu'aucune de ces circonstances ne se réalise dans le cas d'espèce, il n'appartient pas au juge déclinant sa compétence d'imposer à quelque tribunal étranger de se saisir.³⁹ » Ainsi s'il est vrai qu'en droit international privé, un juge français peut appliquer une loi civile étrangère, il ne peut obliger un juge étranger à se saisir pour un litige donné. C'est en effet la notion de règle de répartition, nécessairement bilatérale, qui est au cœur de celle de conflit de lois alors qu'il n'en existe pas en cas de conflit de juridiction.

2. La règle de conflit bilatérale

26. De fait, il n'existe pas à l'instar de la règle de conflit de lois une règle de conflit de juridictions à caractère bilatéral. Or précisément, le conflit de lois est avant tout une règle de conflit bilatérale servant à désigner quelle loi est applicable en telle espèce. De plus, dès qu'un juge a trouvé quelle loi doit présider la solution du litige, il peut en faire application quand bien même il s'agit d'une loi civile étrangère.

Or, si toute loi peut recevoir désignation soit de son propre système de conflit, soit d'une règle de conflit étrangère, il en va différemment de la compétence judiciaire : l'affirmation de compétence d'un ordre juridictionnel déterminé ne peut être l'œuvre que du propre souverain de celui-ci (en l'absence de traité du moins). A défaut par conséquent de règles attributives de compétence par la France elle-même, le juge judiciaire français doit se déclarer incompétent, à charge pour le demandeur de mieux se pourvoir devant le juge d'un autre Etat. Aussi une juridiction française incompétente saisie ne peut imposer à une quelconque juridiction étrangère de se saisir. Il n'existe pas par essence de règle de conflit de juridictions car une juridiction ne peut être saisie que par un acte de volonté d'une partie à un litige et non par le biais du désir

³⁹ Bernard AUDIT, *Droit international privé*, éd. Economica, 2000, 3^e éd., op. cit. n°12.

d'une autre juridiction. A l'origine de tout litige civil se trouvent des personnes qui ont un intérêt à agir et qui doivent conserver à tout moment leur liberté d'action (et notamment celle de renoncer à l'instance).

La notion de conflit de juridictions en droit international privé s'avère donc différente de celle de conflit de lois. La règle de conflit de juridictions n'est en l'espèce qu'unilatérale, à l'instar de la règle de conflit en droit pénal international.

B. LA NOTION DE CONFLIT EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

En droit pénal international, il n'existe *stricto sensu* aucune règle à caractère bilatéral, ni en matière de conflit de juridictions, ni davantage dans le domaine des conflits de lois (1). Seule une règle de conflit unilatérale est appelée à s'exprimer, caractérisant de la sorte le conflit de lois pénales (2).

1. L'absence de règle bilatérale de conflit de lois et de conflit de juridictions

27. Il peut être avancé que « des raisons d'opportunité et de politique criminelle président à la solution du conflit de juridiction, de sorte qu'il est parfaitement admissible que compétence puisse être reconnue à deux ordres juridictionnels ou davantage⁴⁰ ».

Il n'y a de fait pas de conflit de juridictions au sens strict⁴¹ mais ce sont bien des raisons d'opportunité et des raisons politiques qui expliquent cela. En effet, chaque législateur national édicte des lois pénales qui ne

⁴⁰ Alain FOURNIER, Rép. Droit international, V° Conflits de lois (matière pénale), Dalloz, 1998, op. cit. n°11.

⁴¹ « Il ne saurait y avoir conflit de juridictions sur l'action publique. Quand la compétence du système répressif français est exclusive – compétence territoriale et réelle – aucun effet ne peut être attaché à la décision d'une juridiction répressive étrangère. Au cas contraire – compétences subsidiaires dans l'ordre international- seul le jugement définitif étranger produit effet en France, et cet effet est d'exclure la compétence française. (...) Ainsi, selon les vues françaises, il ne peut y avoir que succession, dans le temps, de deux compétences exclusives, non pas simultanéité de compétences susceptibles d'ouvrir un conflit de juridictions », Claude LOMBOIS, *Droit pénal international.*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1979, op. cit. n° 358.

peuvent trouver à s'appliquer, *stricto sensu*, que sur le sol national⁴² sans aucune prise en considération de ce qui se réalise ou non, dans les pays étrangers . Aussi les règles qui précisent la façon dont l'ordre répressif français est compétent, ne concernent que notre ordre judiciaire et ne sont prises en considération qu'en fonction de nos seuls intérêts nationaux. Sachant que chaque législateur agit de même, il est parfaitement concevable que plusieurs juges et que donc plusieurs Etats se reconnaissent compétents pour réprimer une infraction. C'est de fait la loi pénale française qui détermine quel comportement est constitutif d'une infraction et quels sont les éléments constitutifs de celle-ci. Elle précise également que la France est compétente pour réprimer une infraction dès lors qu'un seulement de ses éléments constitutifs est accompli sur le sol français (art. 113-2 NCP). Ce schéma directeur est reproduit par les autres Etats qui déterminent non moins unilatéralement à quel moment une infraction a été accomplie sur leur sol. S'ensuit un nécessaire conflit présentant la particularité d'être résolu dans chaque Etat par une règle de conflit unilatérale. De fait, un concours entre plusieurs lois pénales surgissant, découleront inévitablement des difficultés engendrant le non-droit au regard du caractère imparfait de la règle de conflit unilatérale .

Il existe au demeurant un conflit entre plusieurs systèmes répressifs lorsque plusieurs Etats édictent les mêmes types de compétence . Ainsi, chaque Etat détermine unilatéralement les modalités de mise en œuvre de sa compétence territoriale et de sa compétence personnelle (par exemple)⁴³. Mais puisque chaque Etat possède le même éventail de

⁴² Mais il est vrai que la loi pénale nationale peut être consultée par une juridiction étrangère et qu'elle devra répondre à certaines exigences pour qu'une répression pénale puisse être mise en œuvre à l'étranger si une infraction présente un élément d'extranéité. Si la loi pénale française ne peut être appliquée (actuellement) que par les juridictions françaises, elle est parfois prise en compte par les juridictions étrangères. Nous faisons de même avec la loi pénale étrangère lorsque nous exigeons la condition de double incrimination (art. 113-5 et 113-6 NCP).

⁴³ En droit international privé, un auteur français PILLET a tenté de concilier de façon originale le personnalisme et la nécessaire territorialité des lois : *Essai d'un système général de solutions des conflits de lois* ., JDI 1894. 417, 711 ; 1895. 241, 500, 929 ; 1896. 5.

« Constatant que l'empiètement des souverainetés est inéluctable, Pillet propose de résoudre les conflits selon le principe du moindre sacrifice, en se prononçant pour la loi qui serait la plus méconnue si elle était écartée. A cette fin, Pillet fit observer que pour être pleinement efficace, une loi doit en principe s'appliquer de manière permanente aux individus qu'elle vise et de manière générale à tous les individus sur le territoire ; mais que ce double caractère ne pouvait être maintenu pour toutes les lois dans l'ordre international, parce qu'un ordre juridique donné ne

compétence que l'Etat voisin, s'ensuit inexorablement un concours de lois pénales qui prend la forme d'une mise en concurrence de plusieurs systèmes répressifs .

28. Par ailleurs, conflits de lois et conflits de juridictions, en droit pénal international, sont étroitement interdépendants. En notre matière, le principe de solidarité des compétences judiciaire et législative est tel que le juge d'un Etat, une fois désigné, ne peut appliquer que la loi pénale de son Etat. Aussi, le juge répressif français ne peut appliquer que la loi pénale française.

Ainsi donc le conflit de lois est résolu de la même manière que le conflit de juridictions car le juge, une fois désigné par une règle de conflit unilatérale, ne peut choisir la loi qu'il doit appliquer. En l'état, le juge pénal français ne peut appliquer que la loi pénale française.

Par conséquent, conflits de lois et conflits de juridictions en droit pénal international s'affichent différents des conflits issus du droit international privé : la règle de conflit est unilatérale et le dogme de la solidarité des compétences impose une solution liée pour les deux types de conflits. Il n'en demeure pas moins que pour une situation donnée, plusieurs lois émanant de différents Etats peuvent recevoir vocation à régir une situation. Il y a donc plusieurs lois pénales en concours sans pour autant qu'il existe de règle bilatérale de solutions des conflits de lois pénales.

En effet, chaque Etat au nom de sa souveraineté , refuse d'abandonner le droit dont il dispose qui est celui d'édicter la sphère de sa compétence pénale d'une part ; et d'autre part, chaque Etat au nom de la nécessaire protection de son ordre public, estime que seule sa loi pénale doit pouvoir être appliquée sur son sol.

Aussi, « si le problème spécifique du conflit des lois pénales se trouve éludé en pratique⁴⁴ », c'est bien un problème existant, engendrant un

saurait logiquement à la fois prétendre appliquer sa loi à ses nationaux à l'étranger, dans un but de permanence, et aux étrangers sur son territoire , pour cause de généralité. », Bernard AUDIT, op. cit. n°86. Voir aussi *infra* note 283 sous n°183 et note 534 sous n° 334.

⁴⁴ Alain FOURNIER , Rép. International. V° Conflits de lois (matière pénale)., Dalloz, 1998, op. cit. n°10.

certain nombre de conséquences, et qu'il est important de circonscrire et d'étudier afin éventuellement de trouver des remèdes aux dysfonctionnements apparus.

En notre matière, conflits positifs et conflits négatifs sont l'expression du conflit de lois pénales. Ce conflit présente la particularité d'être résolu par une règle unilatérale, ce qui souvent ne résout rien et entraîne le non-droit en droit pénal international⁴⁵.

2. Le conflit de lois pénales

29. La technique de règlement des conflits de lois, selon la conception issue du droit international privé, ne trouve assurément pas à s'appliquer en droit pénal international où il ne peut y avoir de règle de conflit bilatérale, en raison précisément de cette carence. Or la notion de conflit de lois s'entend traditionnellement en fonction du caractère bilatéral de la règle de conflit. C'est pourquoi, ainsi que l'affirment MM. Batiffol et Lagarde, « le droit pénal français détermine bien quelles infractions tombent ou non sous son application... ; ce faisant, le juge français détermine le champ d'application dans l'espace de la loi pénale... Mais on ne saurait dire qu'il résout un conflit de lois : en effet, s'il estime que le fait incriminé ne tombe pas sous le coup de la loi pénale française, il ne détermine pas, et il n'a pas à déterminer, quelle loi lui est applicable ; le juge saisi d'un fait de ce genre doit se déclarer incompétent ».⁴⁶

⁴⁵ Ainsi du fait de l'inexistence de règle de conflit de lois bilatérales en droit pénal international, le clivage s'affirme-t-il avec acuité entre conflits positifs et conflits négatifs. Le conflit positif implique, comme en droit international privé, revendication par chaque système concerné de la compétence de son ordre juridictionnel doublée d'une attribution de compétence à son propre droit interne. En droit international privé, le conflit négatif diffère peu du conflit positif : les ordres juridictionnels restent concurremment compétents, et deux lois (ou davantage) conservent vocation à se saisir du litige, à cela près que compétence est attribuée par chaque règle de conflit à une loi étrangère et non plus à la loi de son for (et c'est alors qu'intervient la technique du renvoi). Tout autre est le conflit négatif en droit pénal international où, malgré l'incrimination du fait en divers Etats, aucun des systèmes répressifs n'admet l'application de sa loi pénale, ni ne reconnaît compétence à ses juges répressifs.

⁴⁶ BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, 7^e éd., t. I, n°245.

Pourtant, les conflits de lois existent en matière pénale. Ainsi selon monsieur le professeur Huet, « il est vraisemblable qu'en soutenant qu'il n'y a pas de conflit de lois en matière pénale, on veut seulement dire qu'il n'existe pas de règles bilatérales de conflit en droit pénal : n'y sont en vigueur que des règles unilatérales, déterminant le champ d'application dans l'espace des lois pénales du for ».⁴⁷ Précisément, cela ne signifie pas pour cet auteur qu'il n'existe pas en droit pénal international de conflits de lois : c'est seulement la définition stricte issue du droit international privé qui ne peut s'appliquer.

Ce faisant, il y a bien conflits de lois, ce que nous préférons appeler nous , pour éviter toute ambiguïté, un conflit de lois pénales, qui se présente sous la forme d'un concours entre plusieurs lois pénales émanant de différents Etats face à une situation donnée présentant un élément d'extranéité. Si l'on trouve bien en effet une règle de conflit, elle présente la particularité d'être, en droit pénal international, unilatérale.

De fait, « le problème des conflits de lois en matière pénale peut être défini comme celui du champ d'application des différentes lois concernées par une infraction, en raison des liens que comporte celle-ci avec plusieurs systèmes juridiques⁴⁸ ». Ainsi donc, l'attribution par chaque Etat des compétences entre les différents Etats se réalise de façon unilatérale, engendrant *ipso facto* un concours entre lois pénales eu égard à l'élément d'extranéité qui perturbe le jeu normal de répartition des compétences. Sans cet élément, une telle répartition est opérée en fonction du critère territorial.

Aussi, nous serons appelée à étudier tous les problèmes liés à un élément d'extranéité, élément venant bouleverser les solutions qui auraient traditionnellement cours à défaut de facteur externe.

30. C'est en raison du concours de plusieurs lois que le conflit existe. Il prend la forme d'un conflit positif lorsque deux lois, voire davantage,

⁴⁷ André HUET, *Pour une application limitée de la loi pénale étrangère*, JDI 1982. 625., op. cit. p. 634.

⁴⁸ LEVASSEUR et DECOCQ, *Conflits de lois en matière pénale*, Encyclopédie Dalloz, Dr. Int., 1ère éd., 1968, op. cit. n°1.

peuvent affirmer leur vocation à régir telle situation. Ce conflit de lois pénales est négatif lorsqu'au contraire, aucune loi ne consacre la compétence d'aucun Etat en la matière, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a aucun juge qui puisse valablement se saisir du comportement en question, et cela aussi, parce qu'un élément d'extranéité intervient dans le processus énoncé⁴⁹. Le concours entre plusieurs lois pénales se veut l'expression du nécessaire conflit entre plusieurs systèmes répressifs qui apparaît dès lors qu'une infraction présente un élément d'extranéité.

31. Conflits positifs et conflits négatifs sont les expressions traditionnelles du conflit de lois pénales qui se joue nécessairement en droit pénal international. Aussi a-t-on pu suggérer de rechercher une solution à ces conflits dans le domaine du droit international pénal.

« La meilleure façon de supprimer tout conflit entre lois pénales nationales consiste.. à supprimer ces dernières et donc à créer des infractions internationales dont la définition et la sanction relèvent exclusivement du droit international ».⁵⁰ Il s'agit là d'une pure utopie car la loi pénale est l'expression même de la souveraineté d'un Etat. Ainsi pour supprimer les lois pénales , il faudrait supprimer la notion d 'Etat elle-même. Cependant, il semble qu'une certaine instillation de droit international pénal puisse être une solution, à un certain niveau en tous les cas, c'est-à-dire « surtout en ce qui concerne les difficultés résiduelles relatives aux conflits positifs ».⁵¹

⁴⁹ Il en va de même en droit international privé pour les hypothèses soit de double nationalité, soit d'apatridie. Ainsi, « lorsque aucun Etat ne revendique un individu déterminé comme son national, on est en présence d'un conflit négatif de nationalité. L'individu en question est un apatride, traité partout comme un étranger. », Paul LAGARDE, rép. International Dalloz, V° Nationalité, 1998, op. cit. n°40. En revanche, « lorsque plusieurs Etats attribuent leur nationalité à un même individu, on est en présence d'un conflit positif de nationalité. Malgré le système des options de nationalité que l'on rencontre, avec des variantes, dans toutes les législations, ces conflits positifs restent très fréquents. », Paul LAGARDE, op. cit. n°41. Voir aussi *supra* note 45 au sujet des notions respectives de conflit positif et conflit négatif en droit pénal international et droit international privé.

⁵⁰ Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal*, t. I., (droit pénal général), Economica, 6^e éd., 1999, op. cit. n°413 .

⁵¹ Stefano MANACORDA, *Le droit pénal international dans les réformes française et italienne (le nouveau code pénal français et le projet italien)*, RSC1995. 331., op. cit. p. 340.

Nous verrons au cours de nos développements que si l'idée est intéressante et que sur le plan des principes, elle pourrait apporter solution aux conflits positifs de lois pénales, voire même aux conflits négatifs de lois, la pratique actuelle tend à subir un échec et même dans certains cas, à être un facteur aggravant engendrant la naissance de conflits qui n'existeraient pas si le droit international pénal n'émergeait pas⁵².

Pour plus de clarté dans l'exposé, il est nécessaire d'étudier la matérialité de ces conflits c'est-à-dire l'agencement des différents textes, et leurs nécessaires confrontations, qui engendrent concrètement conflits positifs et conflits négatifs.

SECTION 2. APPROCHE MATERIELLE DU SUJET

32. C'est ici l'occasion pour nous d'étudier la multiplicité des conflits (§I), c'est-à-dire les différentes formes dont ils peuvent se parer, que ce soient des conflits positifs ou les conflits négatifs, c'est-à-dire le concours entre plusieurs lois pénales ou l'absence de concours au sens où aucune règle ne permet à un Etat de se saisir de l'infraction pourtant réprimée par ses propres lois pénales internes.

De même, à l'intérieur de chaque sous-catégorie, leurs naissances et leurs pérennisations ne procèdent pas de la mise en œuvre des mêmes mécanismes. C'est pour nous l'occasion de confronter le jeu cumulatif des différentes règles de compétence édictées par le code pénal et le code de procédure pénale ainsi que par la loi du 10 mars 1927 au sujet de l'extradition qui a vocation à s'appliquer à défaut de conventions bilatérales ou multilatérales entre Etats requérants et Etats requis. Cette multitude entraîne l'avènement d'une zone de non-droit (§II), lorsque ne seront pas respectés les deux principes fondamentaux que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*.

⁵² Voir *infra* n° 485 et suivants.

§1. LES DIFFERENTS TYPES DE CONFLITS

33. Pour établir la typologie des différents types de conflits, eu égard à la problématique développée, à savoir comment et en quoi les concours de lois pénales engendrent le non-droit, il nous faut partir de l'idéal qu'est la juste répression⁵³. Celle-ci résulterait d'une application cumulative conciliant les deux principes que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*.

Or en ce cas, chaque fois qu'une infraction présente un élément d'extranéité, le juge français aurait le choix entre un jugement en France ou une extradition vers un pays requérant, sachant que ce choix ne doit pas faire obstacle au respect de la règle *non bis in idem*. De fait, le choix entre le jugement en France et l'extradition devrait rester fonction de la règle *non bis in idem* qui ne peut être bafouée.

Ainsi il ne devrait être possible de juger en France une personne qui a déjà fait l'objet d'un jugement à l'étranger, ni d'extrader en vue d'une nouvelle poursuite une personne vers un pays qui pareillement a déjà jugé cette personne, pour les faits objet de la demande d'extradition. (Rien ne s'oppose en revanche à une extradition ayant pour objet l'exécution de la peine à l'étranger)⁵⁴.

⁵³ Voir *supra* n° 1.

⁵⁴ L'extradition ne devrait pouvoir être exercée vers un quelconque Etat si le fait objet de la demande, a déjà été jugé dans un Etat tiers. La jurisprudence actuelle, pas plus que la Convention européenne, ne s'oriente vers cet idéal. Voir *infra* n° 42 et s. et 148 et s. Par ailleurs, en cas de réextradition, c'est-à-dire lorsque la seconde extradition (de l'Etat premier requérant vers l'Etat second requérant) est fondée sur des faits antérieurs à la remise initiale (c'est là seulement une véritable réextradition : André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°289), il est possible que la France, Etat initialement requérant, réextrade l'individu, qu'elle avait elle-même demandé à un Etat requis X, vers un Etat Y pour des faits déjà objets d'une condamnation dans l'Etat X et cela avec la bénédiction de cet Etat X. En effet, lorsque l'Etat X a accordé l'extradition à la France en premier et donc au détriment de l'Etat Y, Etat également requérant, c'est en précisant dans l'acte d'extradition que la France se devait ensuite de livrer l'individu objet de la demande à l'Etat Y. Les autorités françaises n'exercent alors aucun contrôle et ne peuvent s'opposer à cette violation manifeste du principe *non bis in idem*. Le risque de fraude est bien présent (notamment par rapport aux conventions européennes) car le gouvernement premier requis (X en l'occurrence) « demeure(..) en mesure d'accorder indirectement, et indépendamment de tout contrôle de légalité par l'autorité judiciaire, une extradition qui n'eût peut-être pas été possible directement en faveur du second Etat requérant, faute de satisfaire aux conditions de fond exigées (par exemple, la demande du second Etat

Aussi si une condamnation a déjà été prononcée à l'étranger, le juge français ne devrait pouvoir ni juger ni extraditer⁵⁵. L'application de *non bis in idem* impliquerait ainsi parfois le rejet *d'aut dedere, aut punire* en raison précisément de la condamnation déjà prononcée.

La non application des principes directeurs énoncés entraîne l'apparition de quatre hypothèses où des conflits peuvent surgir en tenant compte du fait qu'il faut, pour offrir une juste répression, soit juger soit extraditer l'auteur d'une infraction, sans pour autant faillir à la règle *non bis in idem*. Ainsi, en droit pénal international français, nous pouvons trouver des hypothèses où l'on ne peut extraditer l'auteur présumé d'une infraction (A), alors que dans d'autres cas, on ne peut le juger pour l'infraction en question (B). En d'autres circonstances, nous nous heurtons à une double impossibilité c'est-à-dire que ni un jugement en France ni une extradition par la France ne sont envisageables (C). Enfin il nous reste parfois la possibilité d'un choix entre le jugement et l'extradition sachant qu'une telle latitude ne constitue nul obstacle à la violation de *non bis in idem*⁵⁶(D). Sans prétendre à l'exhaustivité, nous allons procéder successivement à une première approche des quatre séries d'hypothèses.

A. IMPOSSIBILITE D'EXTRADER

34. Dans un certain nombre de cas, aucun choix ne s'offre à nous et nous ne pouvons que juger la personne éventuellement auteur d'une infraction, sachant que le principe de l'opportunité des poursuites est toujours de

requérant est dictée par des mobiles politiques) », Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Extradition., op. cit. n°343. De la même manière, le gouvernement français premier requis peut parfaitement accorder l'extradition pour les mêmes faits, d'un individu qui a déjà fait l'objet d'une condamnation en France, si celle-ci prend la forme d'une réextradition et que donc auparavant l'individu soit extradé vers un autre pays (pour des faits cette fois différents de ceux jugés en France, puisque pour la première extradition, l'acte est soumis à un contrôle judiciaire).

⁵⁵ Au cours de cette étude, nous n'envisagerons que l'hypothèse de l'extradition à fin de poursuite et jugement qui seule est susceptible d'engendrer des difficultés au regard de *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*. Sera donc volontairement exclue de l'analyse, l'extradition à fin d'exécution d'une condamnation.

⁵⁶ L'absence de choix entre le jugement et l'extradition n'implique pas pour autant le respect de la règle *non bis in idem*, bien au contraire. Voir *infra* n° 36-39-42.

rigueur⁵⁷. Il nous faut étudier là certaines hypothèses où le recours à l'extradition est impossible eu égard aux dispositions de la loi du 10 mars 1927 et aux conventions d'extradition auxquelles la France est partie.

1. En cas de compétence personnelle active⁵⁸

35. Ainsi, en cas d'infraction commise à l'étranger par un Français, qu'il s'agisse d'un crime au regard de la loi française ou d'un délit (mais il faut alors que ce délit soit également incriminé au lieu de commission), nous ne pouvons que juger le présumé responsable car la loi du 10 mars 1927 ainsi que toutes nos conventions relatives à l'extradition nous interdisent d'extrader nos nationaux⁵⁹. Peu importe ici encore que le Français en question soit de retour ou non sur notre sol, le jugement pouvant être par défaut ou par contumace ; d'ailleurs rien ne nous empêche de demander à un Etat l'extradition de la personne en question afin que nous puissions la juger. C'est seulement en tant qu'Etat requis, que nous ne pourrions faire droit à une demande d'extradition de la part d'un Etat étranger requérant.

⁵⁷ En effet, si le législateur prend la peine d'édicter une compétence personnelle active, une compétence personnelle passive, une compétence réelle et une compétence universelle afin que le juge français puisse sanctionner un comportement infractionnel commis à l'étranger, cela n'est nullement une obligation pour le procureur qui est toujours libre de poursuivre l'auteur d'une infraction (sous réserve d'une constitution initiale de partie civile en droit interne) à l'instar des dispositions prévues lorsque l'infraction est entièrement localisée sur le territoire national. C'est ainsi l'article 40 du code de procédure pénale qui édicte le principe de l'opportunité des poursuites : « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner ... ».

⁵⁸ Art. 113-6 NCP : « 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 ». Pour le cas du *civis novus*, voir *infra* n° 272 et s.

⁵⁹ Art. 3al1 de la loi du 10 mars 1927 et la très grande majorité des conventions bilatérales. Convention européenne d'extradition de 1957 : art. 6,1 ; cet article prévoit une faculté d'extradition ou non mais une réserve française a substitué à la faculté une interdiction d'extrader.

2. La localisation de l'infraction en France

36. De plus, en cas d'infraction localisée totalement ou seulement partiellement sur le territoire français, l'extradition est impossible au terme de l'article 5-3° de la loi du 10 mars 1927 qui édicte un obstacle absolu à l'extradition.⁶⁰ Sont seuls possibles poursuite et jugement en France. En raison de ce territorialisme générateur d'une compétence française exclusive de compétence étrangère, la règle *non bis in idem* ne peut alors être appliquée même si l'infraction en question a déjà fait l'objet d'une condamnation à l'étranger.

3. Les infractions politiques et militaires

37. De même, en cas de commission d'une infraction politique, militaire .. par un étranger à l'étranger fût-ce au préjudice d'une victime française, si l'auteur présumé se trouve sur notre sol, nous ne pourrons pas l'extrader⁶¹. Mais poursuite et jugement restent alors possibles en France, au nom de la compétence personnelle passive, à condition si l'infraction n'est que constitutive d'un délit, d'être passible en France d'une peine d'emprisonnement (art. 113-7 NCP)⁶².

⁶⁰ Pour la Convention européenne (art. 7-1), il ne s'agit que d'une simple faculté.

⁶¹ En cas d'infraction politique : article 5-2° de la loi du 10 mars 1927 et article 3-1 de la Convention européenne d'extradition.

En cas d'infraction militaire : article 4 al 6 de la loi du 10 mars 1927 et article 4 de la Convention européenne d'extradition.

⁶² Article 113-7 NCP : « 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 ».

Quant aux infractions politiques ou militaires commises à l'étranger par un étranger et dont la victime n'est pas française, il n'y a plus possibilité ni de jugement en France, ni d'extradition par la France. Voir *infra* n°45 et suivants, notamment n° 49 , qui précisent ces hypothèses de non-droit.

4. Absence de double incrimination par la loi pénale étrangère

38. Plus généralement enfin, tout fait commis à l'étranger, puisque non incriminé au lieu de commission mais constitutif en France soit d'un crime, soit d'un délit passible d'emprisonnement, par un étranger au préjudice d'un Français, ne pourra que faire l'objet d'un jugement en France au titre de la compétence personnelle passive (art. 113-7 NCP). Il n'est pas nécessaire que l'auteur du fait soit présent sur notre sol car rien n'interdit un jugement par défaut. En l'espèce, il n'y a pas de conflit positif *stricto sensu* c'est-à-dire de concours entre lois pénales puisque seule la loi pénale française peut être mise en œuvre, le fait en question n'étant pas nécessairement constitutif d'une infraction à l'étranger. Il est donc logique que seul un jugement en France soit possible (mais la question du caractère équitable de cette condamnation reste posée, car au lieu de commission de l'infraction, le fait peut être parfaitement licite..) . Dès lors, aucune violation de *non bis in idem* n'est envisageable puisque cela implique *de facto* un concours, ici inexistant, de lois pénales.

39. En toutes ces hypothèses, la règle *aut dedere, aut punire* se révèle suivie d'effet puisque l'une des branches de l'alternative est préservée. De fait, la règle *aut dedere, aut punire* est préconisée afin que dès qu'une infraction présente un élément d'extranéité, le jeu normal de la justice ne soit pas perturbé et qu'une juste sanction puisse être prononcée. En l'occurrence, à l'impossibilité d'extrader, la justice française répond par la possible mise en œuvre de ses différentes compétences répressives. Cependant, le respect d'*aut dedere, aut punire* n'implique pas un respect identique de *non bis in idem* qui sera parfois sacrifié. Ce sera le cas dans l'hypothèse d'un territorialisme partiel ou lorsqu'il s'agira pour nous d'exercer notre compétence réelle⁶³ pour une infraction commise à l'étranger et déjà jugée en ce lieu au nom de la territorialité de la

⁶³ Les articles 113-9 NCP et 692 CPP, qui font le jeu de la règle *non bis in idem*, ne visent que les hypothèses de compétences personnelles et universelle. La réalité de la répression et la territorialité de la répression (au nom d'un territorialisme total ou partiel) sont exclues du champ d'application de ces deux textes.

répression. Il y a bien alors conflit positif de compétence au sens où plusieurs systèmes répressifs sont en concours, et il y aura non-droit lorsque *non bis in idem* sera écarté.

B. IMPOSSIBILITE DE JUGER

40. A l'opposé de la première hypothèse, il peut arriver que la seule option qui s'offre à nous est celle de l'extradition de la personne, objet de la demande. En ce cas, en effet, nos lois ne nous permettent pas de juger en France l'individu, puisqu'aucune compétence judiciaire française n'est édictée alors que l'infraction a été commise à l'étranger. En l'espèce, la loi pénale française incrimine bien le fait en question qui est dès lors constitutif d'infraction, mais celle-ci ne peut être jugée en France faute de rattachement avec notre pays. Cela implique deux conditions : une totale extranéité de l'infraction (1) et une demande d'extradition adressée à la France (2).

1. La totale extranéité de l'infraction

41. C'est ainsi que lorsqu'une infraction est localisée à l'étranger et qu'elle ne présente aucun lien de rattachement avec la France, c'est-à-dire lorsqu'elle ne lèse aucun de nos intérêts fondamentaux, lorsqu'il ne s'agit pas d'une infraction lésant la communauté universelle⁶⁴, lorsqu'il n'y a pas de victime française ou encore lorsque bien évidemment l'auteur de l'infraction n'est pas français, nous ne pouvons qu'être l'objet d'une demande d'extradition de la part d'un Etat requérant si l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur notre sol. Du fait qu'il n'y a aucun lien de rattachement avec la France, si ce n'est la présence sur notre territoire d'une personne recherchée par un Etat étranger, nous ne pouvons pas procéder à un jugement en France, hormis le cas de compétence universelle.

⁶⁴ Seule cette dernière catégorie rend nos tribunaux compétents du seul fait de l'arrestation sur le territoire français. La présence en France du coupable est alors sous-entendue.

Ainsi par exemple, lorsqu'une infraction est commise à l'étranger (dans l'Etat requérant) et qu'il n'existe aucun lien de rattachement extraterritorial avec la France⁶⁵, nous ne pouvons qu'extrader la personne objet de la demande sous réserve que la condition de double incrimination soit remplie et que le seuil minimum de la peine encourue soit respecté⁶⁶. Il en va de même si une infraction a été commise dans un Etat tiers par rapport à l'Etat requérant (et bien évidemment par rapport à nous, Etat requis) et que l'Etat requérant veuille exercer sa compétence personnelle active ou passive ou même sa compétence réelle. Il s'agit là de la manifestation de ce que doit être l'entraide répressive internationale.

2. L'extradition requise par un Etat étranger

42. Seule l'extradition est possible en cas d'extranéité totale de l'infraction, notamment lorsque celle-ci aura déjà fait l'objet à l'étranger d'un jugement de condamnation. La France peut alors faire droit à la demande d'extradition émanant d'un Etat tiers, par rapport à la France et à l'Etat du lieu de condamnation (si évidemment la personne objet de la demande se trouve en France) . Ne saurait être ici opposée à l'appui d'un refus d'extradition la règle *non bis in idem* (car il s'agit d'un jugement prononcé à l'étranger)⁶⁷ . Celle-ci en revanche s'oppose à tout jugement en France puisque notre compétence personnelle active conserve, même à l'encontre du *civis novus*⁶⁸, un caractère subsidiaire par rapport à la compétence étrangère (art. 113-9 NCP et art. 692 CPP).

⁶⁵ Sinon la présence en France de l'individu, à défaut de laquelle une demande d'extradition adressée au gouvernement français perd tout son sens. Il doit alors s'agir d'un fait échappant à notre compétence universelle. Cf. *supra* note 64.

⁶⁶ A défaut, il est fait retour à l'hypothèse de conflits négatifs puisqu'aucun choix ne s'offre alors à nous. Nous serions là dans une hypothèse de non-droit. Voir *infra* n°45.

⁶⁷ Sur cet aspect particulier, voir *infra* n° 148.

⁶⁸ Article 113-6 NCP.
Voir *infra* n° 272s. et note 448 sous n°279.

43. Ainsi donc, en ces hypothèses, la règle *aut dedere, aut punire* demeure observée quoique seule ici l'extradition soit envisageable, sachant que lorsque les conditions de fond sont remplies, elle reste toujours une faculté pour le gouvernement français (à défaut de traité). C'est là en quelque sorte le pendant à la règle de l'opportunité des poursuites lorsqu'il s'agit au contraire pour nous d'exercer nos compétences répressives. En revanche, le respect de la règle *non bis in idem* semble moins évident.

Dans cette hypothèse où en France, seule est envisageable l'extradition, aucun conflit positif de compétence n'apparaît, du moins aucun conflit positif directement imputable à notre pays puisque seule une loi pénale étrangère connaît vocation à se saisir du fait. Cependant, l'incompétence française pour juger n'implique en rien compétence exclusive d'un système répressif étranger unique : une concurrence entre plusieurs lois pénales étrangères n'est nullement exclue. C'est alors que subsiste une violation possible de *non bis in idem*, constitutive de non droit, quand bien même celle-ci en l'espèce n'est alors pas le fait de la France⁶⁹.

44. Ce cas de figure diffère d'un non-respect direct par la France de *non bis in idem* où il y a intervention des tribunaux français à l'origine d'une condamnation pour des faits qui en ont déjà été l'objet à l'étranger : la sanction alors infligée implique *ipso facto* un conflit positif auquel la France est partie. Toute autre se présente la situation en l'occurrence où aucun conflit positif ne vient à surgir. L'unique possibilité d'extrader se révèle garante du bon respect des principes fondamentaux, entendus au sens strict.

Lorsque la France se contente de faire droit à une demande d'extradition alors que le fait a déjà été jugé à l'étranger, la violation de *non bis in idem* par la France n'est alors que passive. Cela reste

⁶⁹ Voir *infra* n°148.

assurément regrettable mais pourtant moins condamnable qu'un comportement actif tendant à prononcer une seconde condamnation à l'encontre d'une personne déjà punie.

Il s'agissait là de l'étude de chaque branche de l'alternative qu'offre théoriquement *aut dedere, aut punire*. Voyons ce qu'il en est lorsqu'aucun choix n'est possible.

C. IMPOSSIBILITE D'EXTRADER ET DE JUGER

45. Il est un certain nombre de cas où l'on ne peut ni exercer une quelconque compétence répressive en France, ni faire droit à aucune demande d'extradition. C'est là le terrain de prédilection pour l'avènement de conflits négatifs de compétence, puisque la règle *aut dedere, aut punire* subit une complète éviction. Dans un tel cas de figure en revanche, ne pourront pas surgir de conflits positifs car par hypothèse, la France ne peut davantage exercer de compétence répressive. Le non-droit en tant que violation de *non bis in idem* ne peut dès lors apparaître. Il en est ainsi notamment dans les hypothèses suivantes de complicité extraterritoriale (1), d'absence de double incrimination (2), de compétence personnelle passive (3), ainsi qu'en quelques autres (4).

1. La complicité extraterritoriale⁷⁰

46. Ainsi par exemple dans le domaine de la complicité, en cas de complicité à l'étranger par un Français d'une infraction elle même extraterritoriale commise par un étranger, il semble qu'aucun choix ne s'offre à nous et que l'impunité est acquise si ce Français revient impuni sur notre sol (la victime est nécessairement étrangère, il n'y a donc pas de compétence personnelle passive ; et l'infraction n'ouvre pas recours à la compétence universelle). Nous ne sommes en effet pas compétents pour juger l'auteur principal (puisqu'il est étranger) et nous ne sommes donc pas compétents, fût-ce au titre de la personnalité active, pour juger le

⁷⁰ Voir *infra* n° 223 et s.

complice français d'un auteur principal étranger⁷¹. Par ailleurs, nous ne pouvons pas extradier nos nationaux. Voilà une belle illustration de conflit négatif de compétence. Les exemples sont aussi foison si l'on se situe au niveau de l'auteur principal.

2. L'absence de double incrimination

47. L'exigence de la double incrimination pour mettre en œuvre notre compétence personnelle active en cas de délit engendre également un certain nombre d'impunités et ferme toute possibilité de choix. Il est vrai cependant qu'il n'y a pas conflit négatif *stricto sensu* au sens où ce dernier implique incrimination d'un fait mais absence de juridiction pour en connaître. Cependant, l'absence d'incrimination en amont peut être constitutive de non-droit, à défaut d'en être la cause. Il nous faut donc néanmoins aborder la question.

En cas de fait commis par un Français à l'étranger et constitutif d'un délit au regard de notre loi (fait non incriminé par la loi pénale étrangère), nous ne pouvons ni juger ni extradier⁷² l'individu en question. Il en va de

⁷¹ Trib. Correctionnel Seine, 18 décembre 1901, *Clunet*, 1902. 324. En l'espèce, le tribunal décline sa compétence personnelle active à l'égard du Français complice en France (antérieurement à l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale) d'un crime commis en Suisse par un auteur étranger de nationalité indéterminée. Peu importe qu'il s'agisse en l'espèce de complicité territoriale d'infraction extraterritoriale car le principe demeure : nous sommes incompetents du chef de personnalité active pour juger un complice français d'un auteur principal étranger.

Une controverse doctrinale subsiste cependant dans l'hypothèse inverse de complicité étrangère d'un auteur principal français. Pour le professeur Alain FOURNIER, la répression de la complicité sur le fondement de la compétence personnelle active ne peut se faire que si auteur et complice sont français, le rattachement étant *in personam* : cf. rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale., op. cit. n°176 et s. ; *Complicité internationale et compétence des juridictions répressives française.*, Rev. crit. DIP 1981. 31, spéc. §13 et s. ; également note sous cass. Crim., 10 février 1999, D. 1999. 491. Cette opinion n'est pas partagée par les professeurs André HUET et Renée KOERING-JOULIN (*Droit pénal international.*, PUF, 1994, op. cit. n°141 p. 229) qui estiment que désormais (sous l'empire du nouveau code pénal) les juridictions françaises sont compétentes pour réprimer le fait de complicité quel que soit le lieu où il a été commis et la nationalité française ou étrangère du complice et cela nonobstant la nationalité de l'auteur principal, pour toutes les infractions principales commises à l'étranger relevant de la loi pénale française (pour le professeur Alain FOURNIER, le complice étranger à l'étranger d'un auteur principal français ayant agi à l'étranger ne relève pas de la compétence des juridictions françaises). Voir *infra* note 263 sous n° 171.

⁷² L'individu ne sera réclamé par aucun Etat, le fait étant par hypothèse licite au lieu de commission.

même si après la commission de ce fait, le Français perd sa nationalité française (la règle de la non-extradition des nationaux ne vaut que pour les personnes qui sont françaises au moment de la commission de l'infraction⁷³) et devient un étranger voire même un national du pays où le fait a été commis. Dans le même ordre d'idées, en cas de délit commis dans un Etat tiers par un national de l'Etat requérant, nous ne pouvons ni juger ni extraditer la personne objet de la demande si elle se trouve sur notre territoire dans l'hypothèse où le délit au regard de la loi pénale étrangère, n'est pas incriminé en France. De fait, la France ne peut procéder à une extradition que si elle est à même de réprimer le type de fait objet de la demande d'extradition. Or en cas de délit pour la mise en œuvre de la compétence personnelle active , il y a une exigence impérative de double incrimination⁷⁴. De même, au niveau de la compétence personnelle passive, on peut rencontrer des exemples où aucun choix n'est possible.

3. Compétence personnelle passive

48. Qu'un Français, victime à l'étranger d'un fait, commis par un Français, licite au lieu de commission mais constitutif d'un délit passible d'emprisonnement en France omette de porter plainte et qu'aucune dénonciation officielle n'intervienne, nous ne sommes alors pas compétents pour poursuivre le fait en question⁷⁵ ni pour répondre positivement à une quelconque demande d'extradition . Il en va de même si ce délit n'est que passible en France d'une peine d'amende alors que la victime aurait valablement porté plainte ou s'il y avait eu une dénonciation

⁷³ Article 5-1 ° de la loi du 10 mars 1927. Voir aussi *infra* n°273.

⁷⁴ Art. 113-6 NCP. Voir aussi *supra* note 58.

⁷⁵ Art. 113-8 NCP. Cet article vise également l'hypothèse de compétence personnelle active. Ainsi, art. 113-8 NCP : « dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants -droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis ».

officielle et alors même que ce fait était incriminé par la loi pénale du lieu de commission, quelle que soit l'incrimination (fait constitutif d'un crime à l'étranger et d'un délit passible d'amende en France).

4. Hypothèses autres

49. Hormis ces trois précédents exemples, d'autres plus anecdotiques, subsistent. Déjà est-ce le cas des infractions politiques ou militaires, non-extraditionnelles par nature, commises à l'étranger par un étranger lorsqu'en outre la victime est étrangère. Il y a là obstacle à la compétence française du chef de personnalité passive⁷⁶.

Quant aux infractions de droit commun, toute contravention commise à l'étranger par un Français ou contre un Français restera impunie puisqu'aucun jugement en France ni aucune extradition n'est possible. Il en va de même en cas d'infraction commise en haute mer par un apatride au préjudice d'un apatride (sous l'importante réserve de l'universalité du droit de punir).

Enfin, et en marge de ces exemples, il nous faut ajouter que l'absence d'incrimination pour certains faits qui à l'évidence devraient être constitutifs d'infraction (atteinte aux intérêts de l'Union européenne..) entraîne également l'absence de choix et donc un conflit négatif de compétence.

Tous ces conflits négatifs de compétence procèdent d'une absence totale de possibilité de répression : ni l'exercice de poursuites en France , ni l'extradition par la France ne sont ouverts. Examinons ce qu'il en est lorsqu'au contraire les deux branches de l'alternative *aut dedere, aut punire* subsistent. Nous constaterons que c'est le gage de la nécessaire présence d'un conflit positif de compétence, mais ce n'est pas le gage de l'absence de non-droit.

⁷⁶ Voir *supra* n°37 et l'hypothèse d'infraction politique ou militaire commise à l'étranger par un étranger mais dont la victime est française. Le jugement en France reste alors possible au titre de la compétence personnelle passive.

D. CHOIX ENTRE JUGER ET EXTRADER

50. Le choix laissé à la France entre juger ou extraditer une personne ayant commis une infraction présentant un élément d'extranéité, que ce soit en France ou à l'étranger, c'est-à-dire le respect de la règle *aut dedere, aut punire* implique dans une large mesure l'impossibilité de se trouver confronté à des conflits négatifs de compétence.

Nous ne saurions toutefois être catégoriques car la règle de l'opportunité des poursuites ainsi que celle de la simple faculté pour le gouvernement français⁷⁷ de faire droit à une demande d'extradition permettent d'envisager l'hypothèse de l'impunité ; mais c'est alors une conséquence de l'absence de volonté d'infliger une punition et non l'absence de lois édictant une compétence en la matière. Ce faisant, c'est essentiellement à des conflits positifs que nous serons confrontés et au non-droit sous la forme du non-respect de la règle *non bis in idem*. Malgré le choix offert entre jugement et extradition, choix qui devrait théoriquement se faire en fonction d'une bonne administration de la justice et donc nécessairement en tenant compte du principe *non bis in idem*, la violation de ce dernier principe demeure une réalité à envisager même si au regard des possibilités induites par la règle *aut dedere, aut punire*, son éviction doit se limiter à la portion congrue.

Le choix entre juger et extraditer nous est offert lorsqu'il s'agira pour nous de pouvoir exercer notre compétence personnelle passive, notre compétence universelle et même notre compétence réelle. En matière de compétence personnelle active, le choix n'est pas ouvert eu égard à notre règle de non-extradition des nationaux⁷⁸.

⁷⁷ Art. 3 de la loi du 10 mars 1927.

⁷⁸ Il nous faut cependant réserver le cas du *civis novus* lorsque nous exerçons notre compétence personnelle active. Voir *supra* n° 35 et *infra* n° 272 et s., spécialement n°276.

1. Compétence personnelle passive

51. Ainsi par exemple, en cas d'infraction commise à l'étranger au préjudice d'une victime française, nous pouvons être appelés à juger l'auteur de cette infraction, qu'il soit ou non présent sur le sol français (art. 113-7 NCP) et s'il est absent nous pouvons en demander l'extradition. En outre, si l'auteur est étranger, nous pouvons l'extrader s'il est en France et si l'Etat du lieu de commission le demande⁷⁹.

2. Compétence réelle

52. La solution est identique lorsque ce sont nos intérêts nationaux qui sont mis en danger par la commission d'un crime ou délit de nature réelle à l'étranger⁸⁰. Cependant d'un point de vue pratique, il est peu vraisemblable que nous nous en remettions à la justice étrangère pour réprimer une infraction qui lèse nos intérêts fondamentaux. Or si nous le jugeons, nous ne pourrions pas ensuite procéder à son extradition au nom du nécessaire respect de la règle *non bis in idem*, à moins que la peine prononcée ne soit pas exécutée. En revanche, un jugement en France malgré une première condamnation à l'étranger, en violation de *non bis in idem*, est parfaitement envisageable eu égard à la nature particulière des intérêts en cause : la compétence réelle s'affirme exclusive de compétence étrangère. Aucun effet extinctif n'est attaché à la chose jugée à l'étranger.

⁷⁹ L'article 113-7 NCP vise le cas de la compétence personnelle passive ; or selon l'article 3 de la loi du 10 mars 1927 l'extradition est accordée pour une infraction commise à l'étranger par un étranger « quand l'infraction est au nombre de celle dont la loi autorise la poursuite en France ».

⁸⁰ L'article 113-10 NCP vise le cas de la compétence réelle . De fait l'extradition est donc possible au terme de l'article 3 de la loi du 10 mars 1927 (voir *supra* note79). Art. 113-10 NCP : « 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 442-1,443-1 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 ».

3. Compétence universelle

53. Par ailleurs en cas de présence en France de l'auteur d'une infraction définie par une convention internationale , dans l'hypothèse où la violation de cette convention entraîne la mise en œuvre de notre compétence universelle (art. 689-1s. CPP⁸¹), le choix est ouvert entre jugement en France et extradition vers un Etat requérant. Là encore , c'est la logique de la nécessaire bonne administration de la justice qui doit présider au choix de la solution la plus adéquate.

4. Complicité en France

54. Il en va de même en cas de complicité en France⁸² par un étranger d'une infraction principale commise à l'étranger. Le choix pourra se faire éventuellement en fonction de la nationalité de l'auteur principal. Si ce dernier est français et qu'il se trouve sur notre sol, sachant qu'on ne pourra pas l'extrader, il serait opportun de juger en France auteur et complice. A l'inverse, si l'auteur principal est étranger⁸³, il serait plus logique de les juger ensemble dans l'Etat du lieu de commission , en accordant l'extradition du complice.

55. De fait le choix entre juger et extrader va essentiellement avoir pour conséquence le déclin de la violation du principe *non bis in idem*. En effet,

⁸¹ Art. 689-1 CPP : « 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 ». Il n'est recouru à la compétence universelle, rappelons-le, qu'à défaut de tout titre autre. Sont seulement concernées les infractions commises à l'étranger, par et contre un étranger, non attentatoires aux intérêts fondamentaux de la nation.

⁸² Art. 113-5 NCP. Il nous faut néanmoins réserver le cas où la complicité en France serait assimilée à une compétence territoriale exclusive, obstacle à l'extradition (art. 3 de la loi du 10 mars 1927). Voir *infra* n°227 et suivants.

⁸³ Sous réserve de la controverse doctrinale. Voir *supra* note 71 sous n°46 et *infra* note 262 sous n° 171.

bien que le respect *d'aut dedere, aut punire* n'implique pas automatiquement que soit pareillement observé *non bis in idem*, cela y contribue néanmoins le plus souvent, eu égard au fait qu'un certain nombre de dispositions, prévoyant soit un jugement en France, soit une extradition, font le jeu de la règle *non bis in idem*. Si des conflits positifs de compétence existent et si des conflits négatifs de compétence sont à exclure, le respect *d'aut dedere, aut punire* est le meilleur garant du moindre développement du non-droit car choisir entre un jugement en France et une extradition par la France peut s'opérer en fonction de l'idéal qu'est le respect de *non bis in idem*.

En conclusion les conflits positifs et les conflits négatifs de compétence, créant le non-droit, peuvent poindre en toute hypothèse. Aucune règle ne garantit leur disparition. Seule l'application cumulative de *non bis in idem* et *d'aut dedere, aut punire* peut les éradiquer dans une large mesure. Ce n'est pas d'actualité. Une zone de non-droit existe donc en droit pénal international à laquelle tout un chacun peut être confronté .

§ 2. LA ZONE DE NON-DROIT

56. Cette zone de non-droit est le terme générique que nous allons utiliser pour désigner les conséquences néfastes liées à l'existence de conflits de compétence inhérents au droit pénal international du fait de la présence d'un élément d'extranéité dans la commission d'une infraction. En fait, le non-droit est l'expression des problèmes de fonctionnement qui existent dans le système pénal international à cause des principes de souveraineté et de territorialité qui compromettent une collaboration pleine et efficace entre les Etats ainsi qu'une entière reconnaissance de la chose jugée et des procédures mises en œuvre à l'étranger.

Ces problèmes n'existent pas au sein d'un même Etat entre les différents tribunaux de cet Etat, ni même entre les différents services de police quelle que soit au demeurant la taille de l'Etat concerné. Dans une justice pénale internationale idéale, où le non-droit n'aurait pas sa place, cela devrait fonctionner de la même manière qu'au niveau interne.

Les règles *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* sont édictées pour guider les Etats et les juridictions vers les solutions qui devraient prévaloir. Leur négation cumulative ou alternative, au gré des circonstances et en fonction de l'intérêt exclusif de l'Etat chargé en l'espèce de les respecter, entraîne le non-droit par le vecteur des conflits positifs et conflits négatifs de compétence. Il est souhaitable que cette situation vienne à s'améliorer.

57. La zone de non-droit recoupe en son sein les deux paramètres qui lui permettent d'exister à savoir conflits positifs et les conflits négatifs, conflits très différents les uns des autres. Cette situation inconfortable est gênante. Aussi, un certain nombre de dispositions ont été adoptées pour prévenir la survenance de conflits de compétence ou tout du moins pour diminuer les effets pervers parfois induits .

A cet égard, il faut remarquer que les solutions consacrées consistent généralement à régler un conflit en alimentant le conflit opposé. Souvent, les dispositions qui tendent à faire diminuer les conflits positifs de compétence engendrent par une sorte d'effet cliquet la résurgence de conflits négatifs là où ils n'existaient pas auparavant. Or, l'essentiel des préoccupations législatives consiste à faire diminuer les conflits négatifs de compétence. Ce sont plus souvent encore des conflits positifs qui apparaissent à la faveur de mesures visant à faire disparaître des domaines d'impunité jusqu'alors acquis. Le risque s'avère dès lors important de passer du vide que représente l'impunité au trop-plein qu'est la double répression.

Ainsi, la multiplication des titres de compétence que l'on a vu apparaître au cours de ces dernières décennies, avait pour but de mettre un terme à l'impunité en droit pénal international. Elle a engendré *de facto* l'augmentation des conflits positifs de compétence. De fait, plus il nous est facile d'être compétent pour juger telle infraction, plus nous augmentons les risques de nous trouver en concours avec un autre Etat, également compétent, pour une infraction donnée.

58. Cet effet de balancier est la marque du non-droit en droit pénal international. Prétendre régler certains de ces conflits engendre

généralement d'autres types de conflits. Il s'ensuit donc un choix dans le non-droit, c'est-à-dire la nécessité d'opter entre deux maux et de déterminer lequel est le moindre. Pour ce faire est seulement pris en compte l'intérêt de l'Etat. Ce sont donc en général les conflits positifs de compétence qui sont traités comme les moins nocifs et qui ne font l'objet d'aucune mesure pour les neutraliser.

Sachant que ce sont ceux-là qui entraînent la plus grande part de non-droit en écartant le jeu de la règle *non bis in idem*, il est constaté avec regret que c'est le choix de l'extension des conflits positifs qui l'emporte avec ses conséquences : la double répression.

Qu'une infraction reste impunie et c'est toute la crédibilité d'un Etat qui est malmenée. Qu'une personne soit punie deux fois pour une même infraction, ce n'est rien de plus que le prix à payer lorsque l'infraction commise présente un élément d'extranéité. Ainsi peut-on résumer la philosophie en ce domaine.

Il nous appartient donc face à ces problèmes de conflits positifs et de conflits négatifs générant le non-droit en droit pénal international, de les définir au plus juste et d'en rechercher les causes ainsi que les mécanismes qui assurent leur pérennisation. (partie I)

Une fois cette étude circonstanciée réalisée et grâce à celle-ci, nous tenterons de trouver des remèdes au non-droit, en proposant à la fois des solutions originales et en examinant certaines parmi celles déjà proposées. (partie II)

Nous ne pourrions que conclure par un constat d'échec lié essentiellement au manque de volonté des Etats et à leur défaut d'intérêt pour la matière. S'il est souhaitable que la situation change, il faut constater l'insuffisance des moyens mis en œuvre, même si au demeurant des efforts ont déjà été accomplis.

PARTIE I : Les conflits de compétence, sources de non-droit

PARTIE II : Les remèdes envisageables, vecteur de justice

PARTIE I

LES CONFLITS DE COMPETENCE, SOURCES DE NON-DROIT

59. Lorsqu'une infraction présente un élément d'extranéité, plusieurs systèmes répressifs ont vocation à se saisir du fait répréhensible et il s'ensuit un concours entre ces lois pénales. Ce concours de lois pénales, encore appelé conflit positif, s'oppose de façon terminologique avec le conflit négatif qui se voit réalisé lorsqu'une infraction a une connotation internationale ou lorsqu'un agissement semble infractionnel sans qu'aucun système répressif étatique ne puisse se saisir du fait en question, ni le juger. Le conflit négatif se caractérise donc par une pluralité de lois pénales incriminatrices dont aucune n'étend sa sphère d'application à l'infraction en cause. Précisément dans cette hypothèse, aucun Etat n'est compétent pour réprimer celle-ci. Du fait de l'absence de concours entre lois pénales *a priori* applicables, il y a conflit négatif qui se caractérise en droit pénal international par l'impossibilité de déterminer un ordre juridictionnel et un droit pénal interne compétents⁸⁴. Or, il nous faut constater que tous les conflits négatifs de compétence sont générateurs de non-droit, ce qui n'est pas le cas pour tous les conflits positifs de compétence.

60. S'agissant des concours positifs de lois pénales, certains se voient résolus d'une façon irréprochable sur le plan du droit et de la garantie des droits individuels. Cependant, cette méthode de résolution des conflits, qui passe par l'admission systématique et généralisée de la prise en compte de la chose jugée à l'étranger, n'est pas applicable, ni appliquée dans un certain nombre d'hypothèses.

⁸⁴ Pour une comparaison entre conflit positif et conflit négatif en droit international privé et droit pénal international, voir *supra* note 45.

Ainsi, le non-droit englobe tous les conflits négatifs de compétence ainsi qu'un certain nombre de conflits positifs. De fait, si tous les concours entre lois pénales sont constitutifs de conflits, tous les conflits ne sont pas constitutifs de non-droit.

C'est pourquoi, le non-droit est nécessairement le résultat d'un conflit de compétence, quoique ce dernier n'implique point systématiquement non-droit. Ce conflit n'aura pu être résolu d'une manière satisfaisante, c'est-à-dire d'une façon qui assure à tout un chacun une répression juste et unique pour la commission d'une infraction, à l'instar de ce qui advient sans aucune difficulté pour des infractions strictement nationales enserrées dans le cadre d'un territoire.

61. Par conséquent, nous nous emploierons à définir le domaine du non-droit, pour ensuite pouvoir en déterminer les causes. Il sera ainsi essentiel pour nous de comprendre pourquoi certains conflits positifs se résolvent harmonieusement (en faisant le jeu de la règle *non bis in idem*) alors que d'autres engendrent le non-droit. Par ailleurs, mais dans le même mouvement, il faudra essayer de comprendre pourquoi il existe encore des failles dans les différents systèmes juridiques entraînant des conflits négatifs de compétence.

Ainsi, définir le domaine du non-droit (titre I), examiner les causes de ce dernier (titre II), telle est la vocation de cette première partie qui doit nous permettre de comprendre comment et pourquoi des principes élémentaires et fondamentaux tels que *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* sont sacrifiés en droit pénal international.

TITRE I : Le domaine du non-droit

TITRE II : Les causes du non-droit

TITRE I

LE DOMAINE DU NON-DROIT

62. Le non-droit résulte de la violation de *non bis in idem* et d'*aut dedere, aut punire*. Ces deux principes sont des standards fondamentaux qui devraient être appliqués de façon systématique à l'instar par exemple, d'un principe non moins essentiel que celui de la légalité des délits et des peines ou celui de la non-rétroactivité de la loi pénale la plus sévère.

Si aucun problème particulier ne se pose pour l'application systématique de ces deux exemples en droit interne, c'est parce que le respect de ces principes est garanti par les conventions internationales les plus importantes et les plus prestigieuses ainsi qu'au niveau national, par des principes à valeur constitutionnelle dont le respect est contrôlé par le Conseil Constitutionnel.

63. Il n'en va pas de même pour *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*. Si *non bis in idem* est un principe bien appliqué en droit interne, c'est précisément parce que les conventions internationales et les principes à valeur constitutionnelle en garantissent le respect, mais uniquement sur le plan purement interne. Aucune allusion n'est faite quant à son application en droit pénal international qui pourtant devrait être systématique et généralisée au nom de la même exigence de juste répression qui prévaut en droit interne. Il n'y a aucune raison de penser et d'admettre qu'il est moins grave qu'une personne se fasse condamner deux fois à raison des mêmes faits parce que la condamnation émane de deux Etats différents plutôt que de deux juridictions du même Etat.

De la même façon, aucune garantie n'est accordée au respect du principe *aut dedere, aut punire* qui n'existe que sur la scène internationale et qui ne peut par définition être appliqué en droit interne. Ce faisant, là

encore le respect de ce principe n'est pas assuré et de nombreuses violations existent en droit pénal international.

Le non-droit naît donc de la violation de *non bis in idem* et *d'aut dedere, aut punire* dès lors qu'ils ne sont pas respectés en droit pénal international. Il nous faut donc nous employer à préciser ces deux grands principes, à examiner ce qu'ils signifient concrètement afin d'en saisir les déterminismes qui permettraient de garantir leur respect (chapitre I). Il nous faut ensuite constater que ces principes sont écartés dans un certain nombre d'hypothèses (chapitre II), créant par là même le non-droit en droit pénal international.

CHAPITRE I : Des principes fondamentaux à appliquer

CHAPITRE II : Des principes sacrifiés

CHAPITRE I

DES PRINCIPES FONDAMENTAUX A APPLIQUER

64. *Non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* sont deux principes fondamentaux que tous les Etats , soucieux du respect des droits de l'Homme et de la confiance de leurs justiciables en la justice de leur pays, devraient appliquer scrupuleusement. En effet, chacun à sa manière garantit le respect d'une justice sereine et efficace, conçue en faveur des individus et non à l'encontre de ces derniers.

Respecter *non bis in idem*, c'est assurer à tout un chacun une sanction appropriée pour la commission d'une infraction ; et une fois la condamnation exécutée, aucune autorité judiciaire ne pourra plus revenir sur ce jugement ni sur les faits en question pour les juger une seconde fois. A cet égard , l'autorité de la chose jugée est une garantie fondamentale pour les droits de l'Homme. Il n'y a aucune raison valable de penser que le respect de *non bis in idem* ne soit cantonné dans les limites strictes des décisions rendues par un seul et même Etat. *Non bis in idem* est donc également un principe qui doit être appliqué en droit pénal international pour ne pas laisser prise au non-droit.

65. Par ailleurs, le respect *d'aut dedere, aut punire* se porte non moins garant que, pour chaque infraction et quel qu'en soit le lieu de commission, malgré l'éventuel éclatement géographique de ses éléments constitutifs, un juge sera compétent pour réprimer le fait en question. Selon les circonstances de l'espèce, ce seront les juridictions françaises qui jugeront les auteurs de l'infraction à moins que la France ne décide de les extradier vers un pays plus à même de les juger efficacement.

Respecter *aut dedere, aut punire*, c'est se prémunir de l'impunité en droit pénal international. C'est garantir une sanction en cas de

commission d'une infraction. Aussi respecter cumulativement *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*, c'est assurer une répression, mais une répression unique pour toute infraction commise de par le monde. De fait, *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* sont deux principes à appliquer en droit pénal international pour éviter l'apparition du non-droit. Il nous faut donc définir à la fois le contour de *non bis in idem* (section 1) et celui d'*aut dedere, aut punire* (section 2).

SECTION 1. NON BIS IN IDEM

66. A titre liminaire, il nous faut remarquer que certains considèrent à juste titre l'expression *ne bis in idem* comme grammaticalement plus correcte.⁸⁵ Néanmoins, c'est le vocable *non bis in idem* qui apparaît le plus souvent en doctrine et en jurisprudence et c'est donc celui-ci que nous emploierons. On ne peut concevoir une étude approfondie de *non bis in idem* sans dans un premier temps en dégager une définition efficiente (§I). Ce faisant il nous faudra ensuite examiner la valeur juridique de *non bis in idem*, c'est-à-dire l'efficacité reconnue à ce principe sur le plan international et son éventuel impact sur notre droit interne (§II).

§ 1. DEFINITION DU PRINCIPE

67. Pour définir *non bis in idem*, deux niveaux sont à étudier. C'est une définition au sens strict qu'il nous faut d'abord donner, c'est-à-dire la lecture littérale que l'on doit faire de ce principe (A). Mais pour plus de rigueur, il nous faut ensuite aller vers une acception plus large, plus globale telle qu'on peut la concevoir aujourd'hui, en prenant en compte le problème crucial en droit pénal international de l'imputation d'une peine déjà prononcée dans un Etat étranger. La règle de l'imputation est en effet un diminutif de *non bis in idem*, voire même surtout le minimum à sauvegarder (B).

A. DEFINITION AU SENS STRICT

68. Après une présentation formelle du principe *non bis in idem* (1), il conviendra de se tourner vers l'appréciation jurisprudentielle qui en est réalisée (2) pour enfin en déduire la nature juridique *stricto sensu* (3).

⁸⁵ V. L. MORET DANAN, *La règle non bis in idem en droit pénal français.*, Thèse dactyl., Rennes. 1971.

1. Présentation formelle

69. Cette locution latine qu'est *non bis in idem* signifie simplement, que nul ne peut être poursuivi et condamné plusieurs fois à raison des mêmes faits. Dans une version plus internationale, il faut comprendre que nul ne doit pouvoir être poursuivi ou jugé en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été définitivement jugé à l'étranger.

Ainsi, par exemple, si ce principe devait être appliqué strictement par tous les Etats du monde, une personne condamnée pour meurtre dans un Etat X ne pourrait pas être à nouveau jugée et condamnée dans un Etat Y pour ce même crime. Mais la réalité législative est loin d'être aussi basique et les lois françaises ne reconnaissent un quelconque effet à *non bis in idem* sous forme d'autorité négative de chose jugée que dans des cas strictement limités.

70. Ainsi l'actuel article 692 CPP confirmé en cela par l'article 113-9 du nouveau code pénal qui précise qu' « (...) aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits, et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite » est le siège de la matière. Néanmoins, la disposition de l'article 113-9 NCP ne s'applique que pour les hypothèses visées aux articles 113-6 et 113-7 du nouveau code pénal, à savoir, les cas de compétence personnelle active et passive, ainsi qu'à celle exposée sous l'article 113-11 NCP⁸⁶. Cet article 113-9 NCP n'est en fait que la reprise édulcorée de l'ancien article 692 du code de procédure pénale, car au contraire de l'article 113-9 NCP, l'article 692 CPP (ancien) prévoyait que la remise gracieuse obtenue à l'étranger faisait en outre obstacle à de nouvelles poursuites en France. Ainsi donc l'article 113-9 du nouveau

⁸⁶ Il s'agit de l'hypothèse d'un crime ou d'un délit commis à bord ou à l'encontre d'aéronefs non immatriculés en France. La question est controversée en doctrine quant au point de savoir si, actuellement, ces textes englobent en outre dans leur sphère d'application l'hypothèse de complicité en France de crime au délit commis à l'étranger (art. 113-5 NCP). Voir *supra* n° 54 et *infra* n°171.

code pénal est plus restrictif que l'ancien article 692 du code de procédure pénale, mais l'autorité de la chose jugée acquiert dorénavant l'insigne honneur de faire partie du code pénal et non plus seulement du code de procédure pénale.

71. Il semble donc que *non bis in idem* soit élevé au rang de loi de fond et gagne les plus hautes sphères de notre pyramide législative, au moins formellement. De fait, dans le même mouvement législatif, à l'aune de la réforme du code pénal, les conditions de mise en œuvre effectives de *non bis in idem* sont devenues plus restrictives, ce qui souligne avec une certaine acuité le décalage existant entre la présentation formelle de *non bis in idem* mise en valeur, et son champ d'application effectif plutôt en régression.

Ainsi, actuellement, seul le code disciplinaire et pénal de la marine marchande fait une application généralisée de la règle *non bis in idem*⁸⁷ et n'apporte aucune limitation à l'autorité négative de chose jugée qui joue de plein droit. De plus, à l'intérieur du périmètre défini par l'article 113-9 du nouveau code pénal⁸⁸, il nous faut examiner la façon dont la jurisprudence définit les différents termes de cette autorité négative de chose jugée. Une lecture restrictive amoindrirait évidemment l'impact de *non bis in idem* dans notre droit et sa consécration sur le plan des principes.

⁸⁷ Art. 7 du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande : « aucune poursuite ne peut être exercée, en application des dispositions de la présente loi, lorsque la personne inculpée a été jugée définitivement à l'étranger pour le même fait, sous réserve, en cas de condamnation, qu'elle ait subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce ». Ce texte maintient à la remise gracieuse son effet extinctif.

⁸⁸ L'article 113-9 NCP englobe les articles 113-6, 113-7 et 113-11 du NCP (quant à l'article 113-5 NCP, voir les références citées *supra* note 86). L'article 692 CPP, qui reprend quant à lui la même formulation, vise en plus les hypothèses autres de compétence universelle que l'on ne retrouve que dans les pages du code de procédure pénale (et qui ne figurent pas dans le code pénal).

2. Appréciation jurisprudentielle

72. C'est la notion de « mêmes faits » placée au centre de l'article 113-9 NCP qui va permettre de comprendre l'intérêt que portent nos magistrats au respect de la règle *non bis in idem*. Le constat est décevant à l'image de la réalité. La notion de « mêmes faits » est fortement dévoyée afin que les juges français attirent à eux le plus grand nombre d'infractions présentant un élément d'extranéité, pour un maximum de répression au nom d'un impérialisme toujours latent, et sous le couvert de la sauvegarde de notre ordre public. N'est-ce pas plutôt notre ordre public qui est en danger lorsque les juges bafouent, ou tout du moins ont une lecture restrictive de la maxime *non bis in idem* qui selon Faustin Hélie « appartient au droit universel des nations »?⁸⁹

Ainsi, la Cour de cassation a tendance à retenir la qualification juridique des faits, qui peut être différente d'un pays à un autre, au détriment de la matérialité des faits qui seule devrait être prise en compte pour une saine et juste application de *non bis in idem*. Un exemple typique de cette distorsion se trouve dans un arrêt rendu le 3 juin 1991 par la chambre criminelle.⁹⁰

73. Il s'agissait d'un professionnel hollandais qui avait expédié de la viande avariée en France. Il avait obtenu une transaction avec les autorités hollandaises ce qui équivaut actuellement pour nos juridictions françaises, à un jugement définitif obtenu à l'étranger. Une seconde poursuite est engagée en France et le professionnel hollandais excipe *non bis in idem* pour repousser les poursuites. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 20 décembre 1989 décide alors que « l'analyse des faits reprochés au prévenu démontre que ceux-ci sont différents de ceux pour lesquels la transaction a été réalisée ». La Cour de cassation confirme en

⁸⁹ Faustin HELIE, *Traité d'Instruction criminelle*, II, n° 1042.

⁹⁰ Cass. Crim., 3 juin 1991 : D.1992 p. 228 note Jean PANNIER.

tous points. A ce stade, il est important de connaître la « typologie » des infractions en cause : en effet, c'est pour omission de déclaration d'exportation de la marchandise litigieuse que ce hollandais a été sanctionné tandis qu'il a été poursuivi et condamné en France pour avoir participé à la conception et à l'organisation du mécanisme de fraude ayant pour résultat l'introduction clandestine sur le territoire douanier français d'une marchandise soumise à contingentement en raison de son origine.

Autrement dit, cet infortuné hollandais a été condamné en Hollande pour exportation illicite et sera à nouveau condamné en France pour importation illicite, sachant que mécaniquement tout de même le franchissement de la frontière implique le changement du nom de l'infraction en question selon que l'on se place d'un côté ou de l'autre de la barrière.

Il faut pourtant convenir que l'infraction a été une et une seule tout au long de sa commission matérielle, mais que ce dédoublement n'existe qu'au regard de la typologie des infractions, entraînant *de facto* l'admission d'une double sanction. C'est là pour couronner le tout un nouveau revirement de jurisprudence puisque dans le même type d'affaire, par le passé, la Cour de cassation avait été plus prompte à suivre la règle *non bis in idem*⁹¹.

74. On peut par ailleurs affirmer que ce revirement a été motivé par la seule volonté de faire échec à la règle *non bis in idem*, et à juger en France une seconde fois l'infraction déjà jugée et sanctionnée en Hollande. De fait, la jurisprudence de 1984 est parfaitement isolée (alors que c'est celle-ci qui devrait prévaloir et être généralisée) car autrement de façon constante la Cour de cassation refuse de prendre en compte l'unité de faits. Ainsi dès 1973, la chambre criminelle précisait déjà que

⁹¹ Cass. Crim., 7 mars 1984, Bull. crim. n° 96 ; RSC 1985.590. obs. MASSE . Dans cette espèce, un contrôleur des douanes, après avoir transigé sur des poursuites pour injures proférées à son encontre (art. 53 du code des douanes), soutenait que le bénéficiaire de la transaction devait néanmoins être poursuivi pour outrage envers un citoyen chargé d'un ministère de service public (R. 40-2 CP). La Cour de cassation, à bon droit, rejeta son argumentation en précisant que « l'action publique étant éteinte par la transaction, les mêmes faits, concernant les mêmes personnes, ne pouvaient être poursuivis sous une autre qualification ».

l'exportation de stupéfiants perpétrée en France vers le Canada est une infraction distincte de l'importation des mêmes substances au Canada⁹². Seule l'espèce jugée le 7 mars 1984 a admis le jeu de la règle *non bis in idem*. Il semble que pour la Cour de cassation, l'essai n'était pas fructueux (peut-être parce que trop éloigné de la pratique habituelle si commode) d'où le retour à la jurisprudence originale. Cette trop stricte conception jurisprudentielle de la notion de « mêmes faits » entraîne un recul indiscutable du principe *non bis in idem*.

Il est ici important de connaître la nature juridique de ce principe, à moins qu'il ne s'agisse que d'une simple règle, sachant que les deux vocables n'ont pas la même signification sur un plan strictement juridique.

3. La nature juridique du « principe » *non bis in idem*

75. A cet égard, il faut convenir que la terminologie utilisée par les auteurs est plus que variable. Or il est certain aujourd'hui que n'a pas la même valeur juridique une règle générale de procédure, un principe général du droit ou un principe fondamental reconnu par les lois de la République. La première est infradécétale, le deuxième est infralégislatif alors que le troisième est supralégislatif. Cependant, la plus grande confusion règne au sein de la doctrine.

Si pour le professeur Alain Fournier *non bis in idem* est une « grande règle »⁹³, ce n'est qu'une « règle » pour les professeurs Renée Koering-Joulin et André Huet.⁹⁴ A l'inverse *non bis in idem* devient un principe général du droit pour le professeur Michel Pralus⁹⁵ ou un principe général

⁹² Cass. Crim., 22 novembre 1973 : Bull. crim, n°434. Cf. *infra* n° 153-154.

⁹³ Alain FOURNIER, Répertoire pénal, V° Compétence internationale, Dalloz, 1996, n°67. Mais le même auteur utilise également le terme de « principe » pour désigner *non bis in idem*.

⁹⁴ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, Effet en France des décisions répressives étrangères, J.C.L International fasc.404.10, 1997, n° 10 et 13.

⁹⁵ Michel PRALUS, *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis* RSC1996. 531 n° 16.

de notre droit procédural pour les professeurs Roger Merle et André Vitu.⁹⁶

Il est dès lors très difficile de donner une quelconque signification juridique à *non bis in idem* eu égard à sa façon d'être désignée par la doctrine. Il faut donc tout simplement comprendre que *non bis in idem* n'a certainement qu'une valeur infralégislative et que donc n'importe quelle loi peut remettre en cause ce principe⁹⁷.

76. Il nous semble en fait que plus qu'un principe ou une règle, *non bis in idem* est un idéal à atteindre et devrait toujours nous guider en matière de répression pénale. Est-ce là un vœu pieux ? Toujours est-il que la règle *non bis in idem* n'est pas d'ordre public.⁹⁸ Or cette reconnaissance serait un premier pas. De fait, le fondement juridique de *non bis in idem* est plus que noble, c'est « une garantie capitale pour les personnes »⁹⁹ dans le but d'une « protection juridique individuelle. »¹⁰⁰ Donc « l'équité (..) pousse ainsi à une application généralisée de la règle ».¹⁰¹

C'est pour cela qu'une définition de *non bis in idem* dans son acception la plus large est nécessaire afin de comprendre toute la dimension que peut avoir cet idéal.

Mais le même auteur utilise également le vocable « règle » pour désigner *non bis in idem*, n°4.

⁹⁶ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*. Cujas, 7^e éd. , 1997. n°393 p. 517.

⁹⁷ Le principe *non bis in idem* n'est protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme que dans le cadre purement interne. C'est l'article 4§1^{er} du Protocole n°7 qui consacre *non bis in idem* en précisant que « 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 », voir Cour EDH 23 octobre 1995, Gradinger c/ Autriche, A- 328 C, JCP 1996. I. 3910 n°43, obs. F. SUDRE, RSC 1996. 487 obs. Renée KOERING-JOULIN.

⁹⁸ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL international fasc. 404 –10, op. cit. n° 49.

⁹⁹ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL international fasc. 404 –10, op. cit. n°10.

¹⁰⁰ Wilfried BREUKELAAR, *La reconnaissance des jugements répressifs étrangers*., RIDP 1974 p.565.

¹⁰¹ Michel PRALUS, op. cit. n°4.

B. UNE ACCEPTATION ASSOUPLIE DE NON BIS IN IDEM

77. La règle *non bis in idem* ne peut être mise en œuvre que si la peine principale prononcée à l'étranger a été subie, c'est-à-dire exécutée réellement.¹⁰²

Qu'en est-il lorsque l'exécution n'a pas été menée à terme pour un motif quelconque et que la personne se retrouve sur le sol français tout en étant passible en France d'une condamnation pour les faits déjà examinés ? Les juridictions françaises vont-elles prendre en compte le quantum de la peine déjà subie et l'imputer sur la peine prononcée ? D'une façon plus large, une décision de condamnation étrangère et un commencement d'exécution de la peine peuvent-elles avoir une quelconque autorité de chose jugée ?

La réponse est fâcheusement négative. En effet, le principe *non bis in idem* n'a pas pour l'instant vocation à être généralisé en France et celui de l'imputation suit le même chemin, quant bien même il serait une alternative efficace pour un moindre mal. Mais comment accepter d'administrer un remède lorsque l'on refuse de diagnostiquer une pathologie ?

1. Le principe de l'imputation

78. « C'est un commandement de l'équité indéniable qui a été reçu au cours du siècle passé déjà que d'imputer une peine subie à l'étranger pour le même fait à la peine prononcée par un juge national ». ¹⁰³ Aussi ne serons-nous pas étonnée de constater que de nombreuses législations étrangères consacrent ce principe. C'est le cas par exemple pour l'Allemagne, la Belgique, la Suisse, la Grèce, la Hongrie, le Danemark... Cette reconnaissance est parfaitement adaptée à la situation

¹⁰²Lorsque la règle joue, c'est-à-dire en matière de compétence personnelle et universelle.

¹⁰³ Hans SCHULTZ, *Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger.*, RSC 1967 p. 330.

puisque « le principe de l'imputation est (..) une compensation pour la non-application du principe *non bis in idem*, par rapport à l'étranger. »¹⁰⁴ Le lien entre les deux principes est indéfectible. En témoigne, par exemple, le rappel de ces deux principes dans la même section de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs.¹⁰⁵

Le principe de l'imputation, compensation en cas de non-application de *non bis in idem*, instrument d'une justice proportionnée entre la gravité des faits et la sanction prononcée, est donc un principe que la France aurait dû et devrait prendre en considération. Cependant, celle-ci est « fermée à une telle prise en considération lorsqu'elle fixe unilatéralement la compétence de sa loi et de ses juridictions pénales. »¹⁰⁶ Sur le plan humain, au niveau de la liberté individuelle, la solution est choquante. De fait, en refusant la solution de l'imputation, une personne peut, pour les mêmes faits, subir deux peines privatives de liberté dont le total peut dépasser le maximum prévu pour cette infraction par la législation de chaque Etat sanctionnateur.

Ainsi, par exemple, si pour une infraction donnée, le maximum prévu par la loi dans un Etat X est de dix ans et en France de quinze ans, un criminel peut parfaitement se voir condamné dans l'Etat X à sept ans de prison, effectuer six années d'emprisonnement, s'évader, être arrêté en France et condamné pour les mêmes faits à dix ans. Quand la seconde peine aura été intégralement effectuée, ce criminel aura été emprisonné en tout seize ans, soit plus que le maximum prévu aussi bien dans l'Etat X qu'en France, tout ceci parce que la première peine n'aura pas été intégralement exécutée et que la France ne reconnaît pas le principe de l'imputation.

¹⁰⁴ Hans Heinrich JESCHECK, *Rapport général provisoire sur la question des effets internationaux de la sentence pénale.*, RIDP 1963 p. 213.

¹⁰⁵ Wilfried BREUKELAAR, *op. cit.* p.575.

¹⁰⁶ Michel PRALUS, *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis*, *op. cit.* n°4.

2. L'office du juge

79. Il est bien évident que face à cette situation, il reste un paravent en la personne du magistrat. Celui-ci peut parfaitement tenir compte du temps déjà effectué à l'étranger, faisant ainsi entrer officieusement, par le biais de son libre pouvoir d'appréciation de la juste peine à prononcer eu égard aux circonstances de l'espèce, le principe de l'imputation dans le droit français. Mais dans une matière qui touche de si près l'intégrité physique de l'Homme, sa liberté d'aller et venir, n'est-il pas choquant de se contenter du bon vouloir d'un Homme, fut-il magistrat ?

Cette matière qu'est le droit pénal nécessite plus encore que d'autres des lois précises et rigoureuses pour ne laisser place à aucun arbitraire. L'imputation mérite de faire partie du *corpus* juridique français en tant que remède à notre application si restrictive de *non bis in idem*, en tant que principe équitable et juste.

A cet égard, il est significatif de constater que l'imputation est admise en droit français dans certains domaines et notamment en matière de cumul de sanctions pécuniaires communautaires et nationales. C'est ainsi que la commission européenne a l'obligation de tenir compte de l'amende infligée par une juridiction nationale avant elle-même d'en infliger une¹⁰⁷ puisque la Cour de justice des communautés européennes a jugé « qu'une exigence générale d'équité « .. » implique qu'il soit tenu compte de cette décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction. »¹⁰⁸ La Cour de Luxembourg a été sensible « à une sorte de diminutif »¹⁰⁹ de la règle *non bis in idem*. En matière de détention, la France aurait tout intérêt à faire preuve de la même compassion.

¹⁰⁷ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, Thémis, 1994, p. 77.

¹⁰⁸ Michel PRALUS, op. cit. n°10.

¹⁰⁹ Renée GASSIN, *Incriminations pénales et marché commun*, in études offertes à Alfred JAUFFRET, 1974, p. 337.

Nous le constatons, *non bis in idem* est un grand principe, une règle, une maxime trop peu appliquée en droit pénal international français. La France est ainsi trop soucieuse de conserver sa souveraineté, considération mal placée en l'espèce. Il convient donc d'examiner comment ce principe est introduit en droit international, quelle est sa valeur juridique sur cette scène et quel essor *non bis in idem* prend en droit conventionnel.

§ 2. LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE

80. Le principe *non bis in idem*, de par son caractère général, figure dans un certain nombre de conventions internationales, conventions dont la France est le plus souvent partie. Or, le droit conventionnel fait partie intégrante de notre droit positif dès lors que la convention a été régulièrement ratifiée par le parlement français. C'est donc aussi par ce biais que *non bis in idem* peut avoir une valeur juridique sur le sol français en matière de droit pénal international. Il nous faut distinguer, en raison des liens privilégiés que la France entretient avec ses partenaires de l'Union européenne, les conventions européennes (A) des conventions mondiales proprement dites et notamment le pacte onusien (B).

A. AU NIVEAU EUROPEEN

81. Plusieurs conventions, au nombre de sept, ayant un rapport plus ou moins direct avec le principe *non bis in idem*, ont vu le jour dans cet espace qu'est la Communauté économique européenne devenue l'Union européenne : la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (1), la Convention européenne des droits de l'Homme et le protocole additionnel (2), la Convention de Bruxelles du 25 mars 1987 (3), la Convention d'application de l'Accord de Schengen (4), la

Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition ainsi que la Convention européenne sur le transfèrement des personnes condamnées, toutes deux regroupées (5), et enfin la Convention européenne d'extradition (6).

1. La Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs

82. Le 28 mai 1970 était signée la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs. La reconnaissance internationale de l'effet *non bis in idem* est prévue et limitée par les articles 53 et 55 de la Convention européenne. « C'est là la règle principale des dispositions de la Convention. »¹¹⁰ Encore faut-il remarquer que cette convention n'a jamais été signée par la France et qu'elle ne fait donc pas partie de notre droit positif.¹¹¹

Tout aussi important à noter est que le principe *non bis in idem*, qui doit appartenir « au droit universel des nations » selon Faustin Hélie¹¹², ne fait pas partie de la plus importante des conventions européennes jamais signées sur le plan des principes fondamentaux, des garanties individuelles : nous voulons évidemment évoquer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

¹¹⁰ Wilfried BREUKELAAR, *La reconnaissance des jugements répressifs étrangers*, op. cit. p. 572.

¹¹¹ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL international Fasc. 404.10, n° 57.

¹¹² Faustin HELIE, *Traité d'instruction criminelle.*, II, n°1042.

2. La Convention européenne des droits de l'Homme et le protocole additionnel

83. « *Non bis in idem* n'y figurait pas parmi les règles les plus nécessaires à la protection des individus, pas même sous sa forme la plus élémentaire, l'autorité négative de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le cadre national. »¹¹³ Est-ce un oubli ou une exclusion volontaire ? Il faut rechercher la réponse dans le rapport explicatif à la Convention européenne de 1970¹¹⁴ qui précise qu'on ne saurait donner un effet « *erga omnes* » à *non bis in idem* en l'état actuel des relations internationales au sein de la communauté mondiale, même si cela aurait été envisageable uniquement dans le cadre européen eu égard aux relations privilégiées imprégnées de confiance qu'entretiennent ces Etats. En effet, « l'insertion de ce principe (...) aurait un effet *erga omnes* et il est, par conséquent, susceptible d'être privé de la plupart de son contenu et ainsi de son utilité. »¹¹⁵

Le protocole additionnel n°7 fait à Strasbourg le 22 novembre 1984 et entré en vigueur le premier novembre 1988, semble laver l'outrage dans son article quatre puisque celui-ci énonce que : « 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 de cet Etat. » C'est donc là la consécration de *non bis in idem*, mais uniquement sur le plan interne. Il n'y a aucune consécration d'une quelconque autorité négative de chose jugée d'un jugement rendu par un Etat étranger, pas même pour « un Etat étranger cocontractant ». ¹¹⁶ Face à ces piètres manifestations, on peut légitimement attendre plus de la Convention de

¹¹³ Michel PRALUS, op. cit. n°26.

¹¹⁴ Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1970.

¹¹⁵ Wilfried BREUKELAAR, op. cit. p.575.

¹¹⁶ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International Fasc. 404.10. n° 55.

Bruxelles du 25 mars 1987 relative à l'application du principe *non bis in idem*.

3. La Convention de Bruxelles du 25 mars 1987

84. L'article premier de la Convention de Bruxelles exprime la règle *non bis in idem* en termes très généraux, plus larges que ceux de l'article 692 du code de procédure pénale tel qu'il était rédigé lors de la ratification de la convention. Cependant, l'article deux de cette même convention permet de refuser l'application de celle-ci dans trois hypothèses. Fidèle à sa logique de méfiance à l'égard de la chose jugée à l'étranger, la France « a entendu exercer ce refus dans les deux premières »¹¹⁷ ce qui lui permet de sauvegarder une compétence absolue en matière de territorialité et de réalité conformément aux dispositions des articles 113-2 et 113-10 du nouveau code pénal. C'est donc une convention « dont le contenu est plutôt décevant eu égard à sa dénomination »¹¹⁸ même si à son actif, on peut ranger la consécration du principe de l'imputation dans son article trois qui précise qu'en cas de nouvelles poursuites dans un Etat contre une personne qui a été définitivement jugée pour les mêmes faits dans un autre Etat, que toute période de privation de liberté subie en vertu du premier jugement sera déduite de la peine de même nature prononcée lors du second ; et à propos des peines autres, qu'il sera « tenu compte, dans la mesure où les législations nationales le permettent des sanctions (...) qui ont déjà été subies ». Il nous faut cependant ajouter que cette convention n'est pas encore entrée en vigueur.¹¹⁹ C'est donc vers « la plus libérale des conventions »¹²⁰ qu'il nous faut nous tourner, à savoir la

¹¹⁷ Michel PRALUS, op. cit. n°29.

¹¹⁸ Michel PRALUS, *ibidem*.

¹¹⁹ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International Fasc. 404.10, n°60

¹²⁰ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, *ibidem*.

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

4. La Convention d'application de l'Accord de Schengen

85. Cette convention d'application a été signée le 19 juin 1990 et est entrée en vigueur, mais uniquement entre les parties contractantes, le 26 mars 1995. Le chapitre III est intitulé : « application du principe *non bis in idem* » et les dispositions en question ne sont que la reprise de celles édictées par la Convention de Bruxelles. La France étant évidemment partie contractante, cette convention fait désormais partie de notre droit positif.

L'avancée est notable surtout du point de vue de l'imputation et de la compétence réelle lorsqu'il s'agit de sauvegarder la sûreté d'un Etat étranger ou la contrefaçon de monnaies étrangères. Contrairement aux dispositions de notre nouveau code pénal qui refuse l'autorité de chose jugée en ce domaine, la Convention de Schengen « ne permet à une partie contractante d'exclure l'exception de chose jugée que pour les infractions contre la sûreté de l'Etat ou d'autres intérêts essentiels « de cette partie contractante » »¹²¹. De même la grâce, pourtant exclue du nouveau code pénal comme moyen de considérer un jugement étranger comme définitif et ouvrant par conséquent droit au jeu de la règle *non bis in idem*, fait partie intégrante des dispositions de la Convention de Schengen puisque la règle « *non bis in idem* joue si la sanction prononcée à l'étranger a été éteinte totalement par une grâce ou une amnistie étrangère¹²² ».

Face à la contradiction existant entre la Convention de Schengen et les dispositions de notre code pénal, le gouvernement français a réagi en précisant par le biais de la circulaire du 14 mai 1993 que « le jeu de la

¹²¹ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International Fasc. 404.10, op. cit. n°62.

¹²² Renée KOERING-JOULIN et André HUET, op. cit. n°63.

grâce ne peut être écarté lorsqu'il existe une convention internationale contraire. Tel est le cas de la convention d'application de l'accord de Schengen ». C'est donc une des conventions les plus intéressantes au niveau du jeu de la règle *non bis in idem*, consacrant une acception élargie de ce principe notamment par rapport à notre droit interne. Il est regrettable que cette convention ne vaille que dans les rapports de sept Etats membres de l'Union européenne: l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Portugal¹²³. C'est donc finalement vers les conventions les plus anodines ou celles qui n'affichent aucune ambition vis-à-vis de *non bis in idem* qu'il faut se tourner pour trouver la consécration la plus large et la plus éclatante de ce principe actuellement.

5. La Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition (Strasbourg, 30 novembre 1964) et la Convention européenne sur le transfèrement des personnes condamnées (Strasbourg, 21 mars 1983)

86. Ces deux conventions reconnaissent toutes les deux l'autorité positive de la chose jugée dans un autre Etat. Il y a donc ainsi « par la force des choses, un régime d'autorité négative de la chose jugée, dérogoratoire du droit commun. En effet, à partir du moment où un Etat accepte de faire exécuter la condamnation principale prononcée par une juridiction étrangère, il ne peut pas ne pas s'interdire de faire poursuivre le condamné devant ses propres juridictions à raison des mêmes faits. »¹²⁴ C'est la consécration implicite de *non bis in idem*, d'ailleurs reprise sous l'article 713-8 du code de procédure pénale. Il nous faut néanmoins

¹²³ A ce jour, la Convention de Schengen n'est entrée en vigueur qu'à l'égard des sept Etats parties citées.

¹²⁴ LEVASSEUR et DECOCQ, Rép. International, 1^{ère} éd. 1968, Dalloz, V° Jugement étranger, n°136.

signaler qu'un Etat requis pour le transfèrement peut refuser celui-ci conformément aux stipulations de l'article §4 de la convention, ce qui finalement amoindrit l'impact de cette convention quant à la consécration de *non bis in idem*.

6. La Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957)

87. C'est enfin la Convention européenne d'extradition qui consacre la règle *non bis in idem* dans l'hypothèse où les faits, objet de la demande d'extradition, ont déjà eu l'honneur d'un jugement soit par l'Etat requis, soit par l'Etat requérant ou par un Etat tiers. Mais, dans la dernière hypothèse, la France n'a pas ratifié le protocole qui étend, comme faisant obstacle à l'extradition, l'autorité de la chose jugée dans tous les Etats membres même quand ils sont Etats tiers à la procédure d'extradition.¹²⁵

88. Pour conclure, nous pouvons constater que si *non bis in idem* apparaît souvent en droit conventionnel européen, l'analyse des dispositions et surtout des réserves émises par la France, laisse peu de place à l'extension de l'influence de *non bis in idem* sur notre droit positif. Si l'on songe qu'en droit conventionnel, les Etats partenaires sont choisis et acceptés, on doit conclure, de la faible importance accordée à *non bis in idem* en droit pénal international, que de nombreux efforts restent à faire. Ainsi puisqu'au plan européen, le résultat est si mitigé, il faut craindre un résultat encore plus décevant au niveau universel.

B. AU NIVEAU UNIVERSEL

89. De façon introductive, il nous faut déjà évoquer deux conventions qui au plan universel consacrent la règle *non bis in idem*. D'une part, la

¹²⁵ Michel PRALUS, op. cit. n°32.

Voir *supra* n°42 et *infra* n°148-279. Cf. cass. Crim., 8 juillet 1997.

Convention universelle sur les publications obscènes prévoit l'application de *non bis in idem* en cas de conflits de compétences. « Mais il ne s'agit que d'une faculté. »¹²⁶ D'autre part, la Convention unique sur les stupéfiants (New York, 30 mars 1961) a vu son article 36§2 « interprété par la Cour de cassation comme conférant l'autorité négative de la chose jugée à une décision étrangère alors même qu'un trafic de stupéfiants a eu lieu en France. »¹²⁷ Mais surtout, une autre convention sur ce sujet faisant une nouvelle référence à *non bis in idem* a vu le jour. C'est donc de façon plus fondamentale qu'il nous faut étudier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques signé à New York en 1966.

1. Les prescriptions du pacte onusien

90. Son article 14 §7 précise que « nul ne peut être poursuivi ou puni 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. » La signature et plus encore la ratification de ce pacte ont soulevé bien des débats en doctrine car il nous faut immédiatement constater que cet article 14 §7 est en contradiction flagrante, ou du moins est nettement « moins exigeant »¹²⁸ que notre code de procédure pénale sur la question de l'autorité négative de chose jugée.

En effet, en droit pénal français et sous réserve des dispositions du pacte onusien, l'autorité négative de chose jugée est exclue en cas de compétence territoriale ou réelle d'une part, et d'autre part dans les autres

¹²⁶ Michel PRALUS, op. cit. n°22.

¹²⁷ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International Fasc. 404.10, op. cit. n°58, Cass. Crim. 13 décembre 1983, Bull. crim. n°340.

¹²⁸ Cass. Crim., 10 février 1988, JCP 88. II. 21124., note W. JEANDIDIER.
Cf. Michel PRALUS, op. cit. n°23 : « prise au pied de la lettre, la formule de l'article 14§7 va même plus loin ».

hypothèses¹²⁹, elle est subordonnée à ce que l'individu poursuivi justifie en cas de condamnation, qu'il ait subi ou prescrit sa peine (ou même qu'il ait été gracié sous l'empire de l'ancien code pénal¹³⁰). Le pacte onusien ne fait aucune référence à ces conditions. « Ce texte (..) se trouve en vérité, doublement en contradiction avec l'article 692 du CPP¹³¹ ».

91. Mais ce n'est pas tant la contradiction en elle-même qui pose problème mais plutôt les conséquences qui découlent d'une application stricte du pacte onusien. En effet, « une telle solution combinée avec le principe de non-extradition des nationaux, aurait pour conséquence une impunité totale du Français qui, condamné à l'étranger, réussirait à regagner le territoire national sans avoir subi sa peine¹³² ». Répondant simplement que nous pouvons facilement nous passer de ce principe séculaire mais largement obsolète qu'est la non-extradition des nationaux ou encore « que les exigences de l'entraide répressive internationale pourraient parfaitement être satisfaites si la France acceptait d'exécuter sur son territoire le jugement étranger¹³³ ».

Il est donc important de savoir si ce pacte a un quelconque impact juridique sur le sol français et s'il fait partie de notre droit positif. Par une interprétation stricte, nous pouvons répondre par l'affirmative car ce pacte a été ratifié en France le 4 février 1981 et donc en vertu de l'article 55 de la Constitution, il a une valeur supérieure à celle de la loi interne. L'une

¹²⁹ En cas de compétence personnelle et universelle.

¹³⁰ Art. 692 ancien CPP.

¹³¹ Jacques LE CALVEZ, *Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal. (La remise ne cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale)*, RSC 1980. 29. Il s'agissait alors du texte ancien de l'article 692 CPP.

¹³² Jacques LE CALVEZ, *ibidem*.

Cette solution a été estimée « tout à fait fâcheuse » in MERLE et VITU, op . cit. n°308.

¹³³ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International fasc. 404.10, op. cit. n°40. Sur l'ensemble du problème de l'extradition des nationaux, voir thèse : Laurent DESESSARD, *L'extradition des nationaux.*, Poitiers, 1999.

des conséquences « implicites mais nécessaires » est donc « l'abrogation des dispositions de l'article 692 du CPP¹³⁴ ».

Mais depuis 1981, il n'en est rien. D'ailleurs, la refonte du code pénal en 1992, qui aurait été propice à un changement conforme à nos engagements internationaux, a permis au législateur de durcir les conditions pour l'obtention d'un quelconque bénéfice de l'autorité négative de chose jugée¹³⁵ et de s'éloigner un peu plus encore de l'article 14 §7 .

2. L'interprétation juridique de ces dispositions

92. Il nous faut donc nous interroger quant à la valeur juridique de cette règle, ou plutôt sur l'interprétation qui en a été donnée. A cet égard, le Comité des droits de l'homme vole au secours du législateur français puisqu'il a pu préciser que l'article 14§7 est dépourvu de portée internationale : cette disposition « n'interdit les doubles condamnations pour un même fait que dans le cas des personnes jugées dans un Etat donné¹³⁶ ». Il nous faut cependant ajouter que ce genre de recommandation ne contient aucune valeur contraignante¹³⁷.

Face à cette cacophonie, les tribunaux sont perplexes. La Cour d'appel de Bruxelles rend ainsi deux arrêts diamétralement opposés la même année¹³⁸ et notre Cour de cassation esquivé le problème puisque dans un arrêt du 10 février 1988 « la question de la portée de l'article 14 §7 était

¹³⁴ Jacques LE CALVEZ, *ibidem*, visant pareillement ici l'article 692 ancien CPP.

¹³⁵ En supprimant la grâce.

¹³⁶ Recommandation du CPPR/C/31/D/204, 1986, 2 novembre 1987, A. P. c/ Italie.

¹³⁷ Paul TAVERNIER, *L'année des Nations Unies. Problèmes juridiques*, AFDI 1988. 500.

¹³⁸ CA Bruxelles 23 décembre 1991(Journal des tribunaux 1992. 314) : interprétation identique à celle du comité et CA Bruxelles 8 avril 1991 (Journal des tribunaux 1991. 581) : interprétation inverse.

directement posée, mais dans un moyen déclaré irrecevable¹³⁹ ». On peut donc en conclure avec monsieur Pralus que la portée de la règle est incertaine¹⁴⁰. Si pour certains, elle « énonce de grands principes et se cantonne nécessairement dans la solennité et l'imprécision¹⁴¹ », d'autres discutent afin de savoir si elle a une portée internationale ou non.. Monsieur Pralus lui dénie cet effet¹⁴². Il semble donc que si la France a ratifié le pacte onusien, cet article 14§7 résulte d'une « inadvertance¹⁴³ ». La solution la plus conforme au droit serait alors soit de déposer un amendement au pacte, soit d'accueillir le pacte tel qu'il est rédigé actuellement et de modifier nos règles de droit pénal international en élargissant le domaine de la règle *non bis in idem* et en acceptant d'extrader nos nationaux.

A défaut d'une action dans un sens ou dans un autre (et rien ne semble actuellement attester d'un changement d'optique), il nous faut rester dans cette impasse juridique et apprécier, avec la bonhomie du spectateur, les contorsions auxquelles se livrent nos magistrats pour appliquer deux règles fondamentalement antinomiques.

93. C'est sur cette incertitude particulièrement décevante que nous devons achever ce tour d'horizon des conventions ayant trait à *non bis in idem*. Nous pouvons le constater, *non bis in idem* est un grand principe mais trop souvent, en droit pénal international, relégué seulement au rang de simple principe, ne lui permettant pas d'être correctement enraciné dans notre droit . La double répression pour les mêmes faits est dès lors une réalité en droit pénal international. Examinons alors le problème de

¹³⁹ Michel PRALUS, *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis*, RSC 1996. 531, op. cit. n°24.

¹⁴⁰ Michel PRALUS, *ibidem*.

¹⁴¹ Wilfrid JEANDIDIER , note sous cass. Crim. 10 février 1988, JCP 1988. II. 21124.

¹⁴² Michel PRALUS, *ibid.*

¹⁴³ Wilfrid JEANDIDIER, *ibid.*

l'impunité sous le même angle ainsi que l'appréciation que l'on donne actuellement à la maxime *aut dedere, aut punire*.

SECTION 2. AUT DEDERE, AUT PUNIRE

94. A l'instar de la locution latine *non bis in idem*, celle d'*aut dedere, aut punire*, que l'on retrouve aussi parfois sous les termes *aut dedere, aut judicare*, se doit d'être rigoureusement définie afin d'apprécier toute la richesse et toute l'amplitude de cette notion (§I).

Ce n'est qu'une fois cette démarche accomplie que nous pourrons confronter ce principe qu'est *aut dedere, aut punire* à la réalité de son application et surtout aux difficultés qui se posent sur le plan national, même s'il est d'essence internationale. *Aut dedere, aut punire* est un principe international par définition mais il doit être mis en œuvre par chaque Etat de façon interne. A l'inverse, *non bis in idem* est un principe par essence interne mais qui doit, pour une juste répression, être respecté par tous les Etats au niveau international. En effet, *aut dedere, aut punire* peut se heurter à d'autres principes et c'est donc l'étude circonstanciée de sa délicate mise en œuvre qui nous permettra de connaître la nature et l'étendue du principe *aut dedere, aut punire* ainsi que donc son impact en droit pénal international (§II).

§ 1. DEFINITION DU PRINCIPE

95. A l'image de l'étude duale ayant trait au principe *non bis in idem*, deux niveaux de définitions sont à examiner pour le principe *aut dedere, aut punire*. Le premier se veut tout naturellement être une approche stricte de la notion (A), une définition au premier degré voire même une traduction littérale.

Le second est bien plus éloigné, tout en restant dans la droite ligne d'*aut dedere, aut punire*. Il s'agit en fait d'examiner l'universalité du droit

de punir (B), principe consacré par notre droit en certains domaines et qui vient utilement au secours *d'aut dedere, aut punire* dans certains cas, en renforçant de fait la portée et l'impact de ce principe et notamment celle de la seconde partie de la locution : *aut punire*.

A. DEFINITION AU SENS STRICT

96. Il nous faut étudier la signification du principe (1), puis ses modalités de mise en œuvre (2) pour enfin en expliciter la genèse (3).

1. Signification du principe

97. Cet adage latin, dont la paternité fut attribuée à tort à Grotius¹⁴⁴, signifie littéralement : livrer ou punir. Il faut donc comprendre que les Etats attachés à ce principe doivent soit livrer le délinquant se trouvant sur leur sol, soit juger et punir cette personne au nom d'une compétence préétablie en vertu du principe de la légalité des délits et des peines.

Derrière cette maxime se profile l'ombre de la procédure d'extradition qui va permettre de faire application de la première branche de ce principe, l'extradition pouvant se définir comme « la procédure par laquelle un Etat souverain, l'Etat requis, accepte de livrer un individu se trouvant sur son territoire à un autre Etat , l'Etat requérant, pour permettre à ce dernier de juger l'individu dont il s'agit ou s'il a déjà été jugé et condamné, de lui faire exécuter sa peine¹⁴⁵ ».

Plus sûrement encore, ce sont les notions d'entraide répressive internationale, de coopération entre les Etats qui sont sous-jacentes. En effet, si l'on fait jouer pleinement le mécanisme lié à *aut dedere, aut*

¹⁴⁴ Gilbert GUILLAUME, *La compétence universelle : formes anciennes et nouvelles*, n°6 p. 22 in Mélanges LEVASSEUR, *Droit pénal, droit européen.*, Litec, 1992.

¹⁴⁵ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*. Cujas, 7^{ème} éd. 1997, op. cit. n° 317.

punire, on aboutit à réduire au minimum le fléau qu'est l'impunité au plan du droit pénal international. Il s'ensuit que « la règle fondamentale *aut punire, aut dedere* (également exprimée *aut tradere, aut judicare*)¹⁴⁶» est « la meilleure garantie internationale de l'efficacité de la répression dont elle tend à combler les lacunes¹⁴⁷ ».

Cette règle s'inscrit très naturellement dans le système du droit pénal international car elle en est une émanation. On ne peut ainsi la concevoir que sous l'égide particulière du droit pénal international, une application strictement interne étant impossible de par la formulation même de la règle qui implique un concours entre plusieurs Etats et donc un élément d'extranéité au niveau de l'infraction. C'est certainement là que réside la clé nous permettant de constater que cette règle est généralement bien appliquée en droit pénal international.

2. Les modalités de mise en œuvre

98. Si le souci d'une entraide judiciaire internationale efficace doit présider à la mise en œuvre du principe *aut dedere, aut punire* (a), le système supporte un certain nombre de dysfonctionnements (b).

a. L'entraide judiciaire internationale

99. Cette maxime, qui n'est inscrite dans aucune législation sous cette forme, est néanmoins souvent au cœur des préoccupations du législateur, quel qu'il soit, lorsqu'il s'agit de réprimer les atteintes les plus graves portées à la communauté internationale. C'est donc par le biais de

¹⁴⁶ Alain FOURNIER, Rép. Pénal, V° Extradition., Dalloz, 1999, n°4.

¹⁴⁷ Alain FOURNIER, *ibidem*.

l'universalité du droit de punir qu' *aut dedere, aut punire* est inscrit dans les législations nationales. C'est aussi par le mécanisme de l'extradition que son effectivité est assurée tout au moins pour ce qu'il en est de la première branche.

De plus, en dehors de ces hypothèses couronnées législativement, le principe *aut dedere, aut punire* est souvent respecté en fait, même par des Etats qui ne sont pas liés par des conventions d'extradition avec d'autres Etats comme cela a pu être le cas pour la Turquie avec « l'extradition du ressortissant français Chauvel Bize vers la France en 1953, époque où nos deux pays n'étaient liés par aucune convention d'extradition ¹⁴⁸». C'est bien la notion d'entraide répressive internationale qui peut expliquer ce geste et c'est donc la confirmation qu'*aut dedere, aut punire* est un principe ayant vocation à être appliqué par tous, dans l'intérêt commun. Si le principe est noble, si les conséquences sont justes, il ne doit pas être dévoyé pour autant et donner lieu à nombre de turpitudes, ni être source d'illégalité. Tous les moyens ne sont pas bons pour obtenir un résultat, quand bien même ce dernier serait juste. A défaut, il faudrait s'engouffrer dans la voie de l'illégalité, chemin déjà emprunté par les personnes recherchées.

Or cette hypothèse honnie ne relève pas uniquement de la fiction, s'étant déjà réalisée en France par le passé. C'est bien à l'évidence au problème de l'expulsion voire à celui de l'extradition déguisée qu'il est fait allusion.

b. Les dysfonctionnements du système

100. Dans l'affaire Bozano, ayant donné lieu au premier arrêt rendu contre la France par la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg le 18 décembre 1986, l'Italie avait demandé à la France son extradition ;

¹⁴⁸ Durmis TEZCAN, *L'extradition en droit turc.*, RSC 1996. 809.

mais un avis négatif, « obstacle absolu à l'extradition¹⁴⁹ » avait été rendu par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel. Qu'à cela ne tienne, Bozano a été livré aux autorités helvétiques contre son gré, ces dernières accordant immédiatement l'extradition réclamée par l'Italie. Il nous faut souligner que la police française avait connaissance de l'accueil favorable réservé par la Suisse à la demande d'extradition émanant de l'Italie. « La fraude à l'extradition de preuve volontiers délicate, se dévoilait en l'espèce avec éclat¹⁵⁰ ».

Ces expulsions version extradition déguisée, sont hautement condamnables mais il existe d'autres procédures « dont l'illégalité apparaît encore plus manifeste¹⁵¹ » puisqu'il s'agit pour un Etat d'aller « enlever » une personne sur le territoire d'un autre Etat (là où cette personne avait trouvé refuge) pour la ramener sur son sol et procéder ensuite à une arrestation en toute légalité, si tenté que l'on puisse parler de légalité en ce domaine. L'illégalité première entache selon nous l'ensemble des opérations subséquentes même si celles-ci en elles-mêmes sont légales.

101. C'est à ces basses pratiques que s'est livrée la France dans l'affaire Argoud puisque des agents français ont enlevé le sieur Argoud sur le territoire de l'ancienne Allemagne de l'ouest, pour ensuite provoquer son arrestation et le faire condamner en France. Ce dernier avait eu en effet la chance ou plutôt la malchance de se voir imputer des infractions non extraditionnelles puisque politiques...La voie de l'extradition étant fermée, la France a choisi d'utiliser celle du kidnapping.

Tout cela bien sûr avec la complicité de la Cour de cassation qui ne trouve rien à redire puisque « aucune procédure d'extradition n'ayant

¹⁴⁹ Alain FOURNIER, Rép. Pénal, V° Extradition., op. cit. n° 33.

¹⁵⁰ Alain FOURNIER, *ibidem*

Sur l'affaire Bozano, voir entre autres : F. TEITGEN, RSC 1987. 87 ; AFDI 1987 note p. 244 ; F. SUDRE, *La première affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'arrêt Bozano du 18 décembre 1986.*, Rev. générale de droit international public 1987. 533. ; G. COHEN JONATHAN, *La France et la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Bozano c/ France.*, RTDE 1987. 255.

¹⁵¹ Alain FOURNIER, Rép. Pénal, V° Extradition., op. cit. n°36.

jamais été entamée en l'espèce, le droit extraditionnel n'avait pu souffrir violation¹⁵² ». Il n'est apparemment pas venu à l'esprit de nos magistrats que c'est le droit lui-même qui a souffert violation¹⁵³. La critique unanime de la doctrine n'y changea rien¹⁵⁴.

102. Une nouvelle affaire d'expulsion déguisée vit le jour en la personne de Klaus Barbie. Ce dernier a été expulsé par les autorités boliviennes à destination d'un territoire français et la Cour de cassation dans son arrêt du 6 octobre 1983 a « approuvé la chambre d'accusation d'avoir refusé de voir une cause de nullité de la procédure dans une expulsion certes dirigée mais effectuée en l'absence de toute démarche extraditionnelle et donc non destinée à éluder les règles résultant de la loi de 1927¹⁵⁵ ».

Remarquons qu'une demande d'extradition de Barbie avait été présentée par la France en 1972 pour ensuite être rejetée par la cour de La Paz en l'absence de traité d'extradition conclu entre la France et la Bolivie. Dans le cas particulier de l'expulsion de Klaus Barbie, une solution a été avancée, tendant à être une explication à cette hypothèse de non-droit qu'est l'extradition déguisée. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 6 octobre 1983, « rejetant le pourvoi formé contre une décision de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon du 8 juillet 1983 qui avait admis la régularité de l'arrestation opérée à la suite de l'expulsion de Barbie (...) [a pris] en compte la nature spécifique du crime contre l'humanité pour justifier l'emploi d'une procédure de livraison plus simple que l'extradition¹⁵⁶ ». C'est ainsi qu'il faut se demander si

¹⁵² Alain FOURNIER, *Rép. Pénal*, V° Extradition., op. cit. n°37. Sur le détournement de procédure, voir spécialement n° 35s.

¹⁵³ Cf. voir : Cass. Crim. 4 juin 1964 : Bull. n°192 ; JCP 1964. II. 13806., rap. COMTE.

¹⁵⁴ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international.*, Dalloz 2^e éd.1979, n°443 et 445 ; MERLE et VITU, op. cit. n°320.

¹⁵⁵ Georges LEVASSEUR, *Extradition notion générale.*, JCL International fasc. 405 B. 2, 1989, op. cit. n°95.
Cass. Crim. 6 octobre 1983 : JCP 1983. II. 20107, Gaz. Pal. 1983. 2. 710.

¹⁵⁶ Jacques FRANCILLON, *Crimes de guerre crime contre l'humanité.*, JCL International fasc. 410, 1993, op. cit. n°144.
Cf. CA Lyon, ch. acc. 8 juillet 1983, JDI 1983, p. 779, note EDELMAN.

l'extradition n'est pas de plein droit en matière de crime contre l'humanité¹⁵⁷ de façon à ce que les plus vils des crimes ne restent pas impunis sous prétexte que les frontières sont des obstacles absolus à un juste châtement.

Il n'en demeure pas moins que si l'on peut comprendre la solution édictée dans l'affaire Barbie, on ne peut qu'*a fortiori* s'élever vivement contre le sort réservé à sieur Argoud. *Aut dedere, aut punire* ne saurait justifier un enlèvement international. Ce serait salir un principe séculaire, né d'une compréhension fine et novatrice de la grandeur de ce monde, de son morcellement en différents Etats et de la difficulté corrélative pour y faire régner une justice interétatique.

3. La genèse de l'adage

103. Bien que la paternité d'*aut dedere, aut punire* soit généralement attribuée à Grotius, c'est en fait un siècle plus tôt que Covarruvias soutint que le juge « devait pouvoir punir ou extradier tous les malfaiteurs dangereux ¹⁵⁸ ». Grotius n'a fait qu'affiner la théorie, en distinguant pour la première fois les délits ordinaires qui ne touchent que les particuliers et « les délits qui intéressent en quelque façon la société humaine¹⁵⁹ ». Pour ce dernier, c'est la solidarité humaine qui implique un tel jugement sur le lieu de l'arrestation à défaut d'une extradition. Grotius, en donnant systématiquement compétence au lieu d'arrestation, voulait ainsi par l'exercice de la compétence universelle, lutter contre la délinquance. A défaut d'être le père d'*aut dedere, aut punire*, Grotius est le père du concept de l'universalité du droit de punir, fortement vilipendé à l'époque

¹⁵⁷ George DESOUS, *Réflexions sur le régime juridique des crimes contre l'humanité (à propos des arrêts Barbie)*, RSC 1984. 676.

¹⁵⁸ Gilbert GUILLAUME, *La compétence universelle : formes anciennes et nouvelles*, in Mélanges LEVASSEUR, op. cit. n°6.

¹⁵⁹ Gilbert GUILLAUME, *ibidem*.

mais particulièrement vivace de nos jours car utile relais *d'aut dedere, aut punire*.

104. Ainsi Montesquieu, puis Voltaire et enfin et surtout Beccaria critiquèrent vivement la pensée de Grotius. « Le Traité des délits et des peines de l'italien Beccaria paru en 1764 (..) constitue encore à ce jour le meilleur exposé de la thèse opposée à celle de Grotius¹⁶⁰ » et « si la pratique des trois derniers siècles s'inspira bien davantage de la pensée de Beccaria que de celle de Grotius¹⁶¹ », la compétence universelle fait de nos jours un retour en force sur la scène du droit pénal international donnant ainsi plus de poids et de vigueur au principe coutumier qu'est *aut dedere, aut punire*.

B. L'UNIVERSALITE DU DROIT DE PUNIR

105. Le principe *aut dedere, aut punire* est utilement mis en œuvre par l'exercice de notre compétence universelle. Les liens sont donc puissants (1), d'autant que la compétence universelle connaît une croissance exponentielle (2).

1. Le lien avec *aut dedere, aut punire*

106. Si le principe qu'est *aut dedere, aut punire* sert à prévenir la formation de conflits négatifs et donc à éviter toute impunité liée à un élément d'extranéité présent dans la définition d'une l'infraction, le principe de l'universalité du droit de punir connaît le même objectif et sert donc utilement la cause *d'aut dedere, aut punire*.

¹⁶⁰ Gilbert GUILLAUME, op. cit. n°7.

¹⁶¹ Gilbert GUILLAUME, op. cit. n°8.

En effet, la compétence universelle va permettre à l'Etat de réprimer une infraction dès lors que le délinquant se trouve sur son sol quand bien même l'infraction en question ne relève d'aucune des autres hypothèses de compétence de l'Etat et ne lèse donc aucun de ses intérêts propres. Le fondement de cette compétence est donc bien la solidarité internationale et la volonté de tenir en échec l'impunité. Cette compétence universelle est également un excellent moyen de pallier les insuffisances du droit extraditionnel ou à ses règles trop rigides : il s'agit ici de pouvoir réprimer une infraction à défaut de pouvoir livrer le délinquant.

Et de fait si « le système de la compétence universelle donne vocation à juger une infraction aux tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel le délinquant est arrêté ou se trouve même passagèrement, quel que soit le lieu de commission de l'infraction et la nationalité de l'auteur ou de la victime¹⁶² », le législateur a consacré les cas de compétence universelle sous les articles 689-1 et suivants du code de procédure pénale. Si l'article 689-1 en donne une définition générale, les articles 689-2 à 689-9 édictent toute une liste de conventions internationales, qui pour leur application, nécessitent la mise en œuvre de la compétence universelle. Dans toutes ces hypothèses, « la répression universelle se limite en droit comparé à des crimes et délits de particulière gravité, le plus souvent attentatoires aux droits des gens ou à la dignité humaine¹⁶³ ».

Il s'agit : des actes de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁶⁴, du terrorisme¹⁶⁵, de l'utilisation illicite de matières nucléaires¹⁶⁶, des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et des plates-formes fixes situées sur le plateau continental¹⁶⁷, de la capture illicite d'aéronefs et des actes illicites dirigés

¹⁶² André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. n° 120.

¹⁶³ Alain FOURNIER, *Répertoire pénal*, V° Compétence internationale, Dalloz, 1996, op. cit. n°155.

¹⁶⁴ Convention de New York, 10 décembre 1964, art. 689-2 CPP.

¹⁶⁵ Convention européenne de Strasbourg, 27 janvier 1977, art. 689-3 CPP.

¹⁶⁶ Convention de Vienne et New York, 3 mars 1980, art. 689-4 CPP.

¹⁶⁷ Convention de Rome, 10 mars 1988, art. 689-5 CPP.

contre la sécurité de l'aviation civile¹⁶⁸ ainsi que des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale¹⁶⁹.

107. Enfin, en marge du code pénal et du code de procédure pénale, la 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, avec la création d'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, a introduit un nouveau cas de compétence universelle dans notre droit¹⁷⁰. Il en va de même, à la suite du même processus, pour la loi n°96-432 du 22 mai 1996¹⁷¹ qui de la même façon entérine la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire commises au Rwanda en 1994. Ici encore est édicté un cas pour nous de compétence universelle.

2. Une croissance exponentielle pour ce titre de compétence

108. Ainsi, « l'histoire de la compétence universelle est celle d'une lente mais irrésistible ascension¹⁷² » peut-être, « car le système retenu laisse

¹⁶⁸ Convention de La Haye, 16 décembre 1970 et convention de Montréal, septembre 1971, art. 689-6 CPP dont les dispositions figuraient antérieurement à la réforme du code pénal sous l'article L. 121-8 2° du code de l'aviation civile, issu de la loi n° 76-450 du 24 mai 1976.

¹⁶⁹ Protocole de Montréal, 24 février 1998 en complément de la convention du 23 septembre 1971, art. 689-7 CPP. Quant à l'article 689-9 CPP (loi n°2000-516 du 5 juin 2000), il concerne l'application de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes, ouverte à la signature à New York le 12 janvier 1998.

¹⁷⁰ Loi du 2 janvier 1995 : D. 1995. 56, circulaire d'application 10 février 1995 : JO 21 février, et nos développements, voir *infra* n° 460 et suivants.

¹⁷¹ D. 1996. 236, et nos développements *infra* n°464 et suivants.

¹⁷² André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. n°139.

place à une certaine souplesse¹⁷³ ». Néanmoins, cette souplesse ne joue qu'au niveau de l'exercice de la compétence universelle, facilement mise en application à défaut d'une extradition, mais non au niveau du choix éventuel quant à la loi pénale à appliquer. A l'heure actuelle, le seul dogme qui résiste à toutes les tentatives d'assouplissement est celui de l'application de la loi du for à l'exclusion de toute autre loi pénale, plus appropriée certainement comme par exemple celle du lieu de l'infraction.

De nombreux auteurs militent pour la dissociation des compétences judiciaire et législative, dissociation que les textes n'interdisent pas puisque les articles 689 et suivants du code de procédure pénale se bornent à préciser que « peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises » toute personne ayant commis une infraction à l'étranger si la loi française est applicable ou si une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises. On ne trouve aucune obligation d'appliquer la loi française. Pour l'heure, les magistrats refusent la possibilité de l'application d'une loi pénale étrangère en se montrant particulièrement attachés au principe de la solidarité des compétences.¹⁷⁴

Sous cette réserve importante mais qui ne remet pas en cause *aut dedere, aut punire*, il faut se féliciter de la conception extensive qui est celle aujourd'hui en vigueur quant à l'exercice de la compétence universelle ainsi que corrélativement l'application large que l'on fait d'*aut dedere, aut punire*.

¹⁷³ Gilbert GUILLAUME, op. cit. n°14. Ainsi en témoigne l'adjonction progressive de textes nouveaux, les articles 689-2 et suivants du CPP.

¹⁷⁴ Pour une application particulière de la loi pénale étrangère par le tribunal militaire français de Berlin le 20 novembre 1969 : JCP 1970. II. 16540.
Sur l'état de la question, voir : André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. n°120 ; Claude LOMBOIS, op. cit. n°25 et 237 ; BOUZAT et BREDIN, *L'application de la loi pénale étrangère par le juge national*, RIDP 1960. 510 ; André HUET, *Pour une application limitée de la loi pénale étrangère*, JDI 1982. 625 ; Jacques Le CALVEZ, *Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (la remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale)*, RSC 1980. 337 ; Alain FOURNIER, Répertoire international, V° Conflits de lois (Matière pénale), Dalloz, 1998.
Egalement, Renée KOERING-JOULIN, *L'article 693 du CPP et la localisation internationale de l'infraction*, thèse dactylographiée, Strasbourg, 1973.

Il nous faut non moins examiner la façon dont ce principe répond aux difficultés d'application inhérentes à notre système juridique et surtout à notre conception de l'extradition. Cette vaillance face aux obstacles ne fait que renforcer l'intérêt de ce principe, qui est donc d'une mise en œuvre extensive.

§ 2. LES DIFFICULTES D'APPLICATION

109. Il existe traditionnellement deux règles en droit extraditionnel qui font obstacle à l'utilisation du mécanisme de l'extradition et qui peuvent donc mettre un frein à une application généralisée du principe *aut dedere, aut punire*. Ainsi fermer la voie de l'extradition, c'est pouvoir n'ouvrir que celle de la poursuite en France ; or il faut qu'il y ait un cas d'ouverture à la poursuite¹⁷⁵ puisque l'exercice de la compétence universelle n'englobe pas toutes les infractions. C'est donc s'engager sur la voie de l'impunité que de restreindre les possibilités de mise en œuvre de la procédure d'extradition. Néanmoins, ce mécanisme est encadré strictement par des règles impératives. Il nous faut donc examiner, sous le regard *d'aut dedere, aut punire* le problème de la non-extradition des nationaux (A) ainsi que celui de la non-extradition pour infraction politique¹⁷⁶ (B), deux des obstacles majeurs à la mise en œuvre de la procédure d'extradition.

¹⁷⁵Pour pouvoir poursuivre en France une infraction commise à l'étranger, il faut que celle-ci ait été attentatoire à la sûreté de l'Etat ou à ses intérêts fondamentaux (compétence réelle : art. 113-10 NCP), ou qu'elle ait été commise par un Français (compétence personnelle active : art. 113-6 NCP) ou au préjudice d'un Français (compétence personnelle passive : art. 113-7 NCP).

¹⁷⁶ Le principe de non-extradition vaut aussi pour les infractions militaires (art. 4 al. 6 de la loi du 10 mars 1927), fiscales et douanières (Art. 5 de la Convention européenne d'extradition).

A. LA NON-EXTRADITION DES NATIONAUX

110. De l'étude de ce principe (1), il faudra conclure à une nécessaire remise en cause (2).

1. Le principe

111. La France n'extrade pas ses nationaux. Il s'agit là d'un « principe cardinal ¹⁷⁷ » de notre droit. La loi du 10 mars 1927 prohibe en effet cette extradition dans son article trois. Seule une disposition expresse d'un traité dûment ratifié pourrait écarter ce principe. « Or tous les traités actuellement en vigueur en France réservent expressément le cas où l'individu réclamé par l'Etat requérant serait un national de l'Etat requis ¹⁷⁸ ». Par ailleurs, bien que la Convention européenne d'extradition n'envisage l'extradition des ressortissants européens que comme une faculté, la France a expressément écarté cette possibilité.

Il faut donc comprendre que lorsqu'un Français a commis une infraction sur le sol d'un autre Etat et qu'il est revenu « se réfugier » en France, son acte délictueux ou criminel restera impuni dans l'Etat du lieu de commission (sous réserve d'un jugement par défaut ou par contumace en fonction de la loi en vigueur dans ce pays) . C'est avoir ici une bien faible conception de ce que doit être *aut dedere, aut punire*. Cependant, le principe de la compétence personnelle active vient au secours d'*aut dedere, aut punire* , sous réserve des difficultés d'application inhérentes à la mise en œuvre de cette compétence et surtout des exigences

¹⁷⁷ Denis RICHARD, *Une contribution européenne aux tendances actuelles du droit extraditionnel. La convention du 27 septembre 1996.*, JCP 1997. I. 3988, op. cit. n°15.

¹⁷⁸ Georges LEVASSEUR et Hervé BONNARD, Extradition, JCL. International fasc. 405 B-5, 1989, op. cit. n°19.

procédurales entourant le mécanisme de la compétence personnelle active¹⁷⁹.

112. Pourtant, « la règle de la non-extradition des nationaux serait atténuée par le jeu de la compétence personnelle active¹⁸⁰ ». Cette compétence personnelle active, visée à l'article 113-6 alinéas 1 et 2 du NCP et jadis sous l'article 689 alinéas 1 et 2 ancien du CPP, va permettre de revivifier le principe *aut dedere, aut punire*, sous réserve des conditions procédurales édictées pour pouvoir en assurer l'exercice effectif. Ainsi, la France est compétente pour juger un Français ayant commis une infraction sur le territoire d'un autre Etat uniquement en cas de crime ou délit conformément aux dispositions de la loi française et en cas de délits, à condition qu'il y ait double incrimination, c'est à dire que le fait commis à l'étranger soit aussi incriminé par la loi pénale étrangère. Cette réserve est importante en matière de délits car la condition de double incrimination est ici obligatoire alors qu'elle n'est pas requise au cas de crime qualifié tel selon la loi française (bien qu'elle puisse alors être remplie, au demeurant). De plus en cas de délits, eu égard aux dispositions de l'article 113-8 NCP, pour que les poursuites puissent être diligentées en France, il faut obligatoirement une plainte de la victime ou une dénonciation officielle de la part des autorités de l'Etat du lieu de commission. Sous cette double réserve, qui peut être importante en matière de délits, *aut dedere, aut punire* est sauvegardé et l'impunité corrélativement écartée.

113. D'ailleurs on peut souligner que certains traités, dont la Convention européenne d'extradition, précisent clairement que si l'Etat requis n'extrade pas son ressortissant, il doit sur la demande de l'Etat requérant « soumettre l'affaire aux autorités compétentes afin que des poursuites

¹⁷⁹ Au cas de délit, l'article 113-6 NCP pose une exigence de double incrimination et l'article 113-8 NCP impose préalablement, pour que des poursuites puissent être exercées en France, une plainte de la victime ou une dénonciation officielle de la part des autorités de l'Etat du lieu de commission de l'infraction.

¹⁸⁰ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n° 240.

judiciaires puissent être exercées s'il y a lieu¹⁸¹ ». La demande d'extradition émanant de l'Etat requérant peut-elle valoir dénonciation officielle au sens de l'article 113-8 NCP, puisqu'une telle exigence, à défaut d'une plainte de la victime, est nécessaire pour que des poursuites puissent être exercées en France sur le fondement de la compétence personnelle active au cas de délit ? Rien ne nous permet de l'affirmer . Aucune jurisprudence ne vient corroborer cette assertion. Aucune ne vient non plus l'infirmier¹⁸². Mais une telle optique permettrait de conférer un effet utile à cette disposition de la Convention européenne d'extradition qui vise à empêcher l'impunité en droit pénal international.

Cependant si la France a l'obligation de juger son national, des contraintes techniques, notamment la distance avec le lieu de l'infraction, endroit où sont accumulées les preuves, pèseront sur le futur procès.

2. La remise en cause de ce principe

114. Ce faisant, le principe de non-extradition des nationaux est vivement critiqué par une majorité de la doctrine¹⁸³ et tend à être remis en cause au

¹⁸¹ Article 6-2 de la convention. Parallèlement, la Convention de Strasbourg pour la répression du terrorisme généralise sous son article 6 cette même obligation à toute hypothèse de refus d'extradition émanant de la part de l'Etat requis. « Il s'agit bien de la réaffirmation par l'une et l'autre Conventions du principe coutumier *aut tradere, aut judicare* », Alain FOURNIER, V° Extradition, op. cit. n°44.

¹⁸² Dans une espèce jugée en date du 24 novembre 1998 (bull. n°312), la Cour de cassation a affirmé pour la première fois qu'une plainte de la victime déposée à l'étranger répondait aux exigences de l'article 113-8 NCP nous permettant donc de mettre en œuvre notre compétence personnelle active. Désormais, peu importe le lieu du dépôt de la plainte (que ce soit en France ou dans l'Etat du lieu de commission de l'infraction) pour remplir les conditions de l'article 113-8 NCP. L'analyse de la Cour de cassation est opportune en la matière car elle permet d'envisager plus largement le recours à notre compétence personnelle active au cas de délit. Chemin faisant, il en va de même pour notre compétence personnelle passive qui est également soumise au respect de l'article 113-8 NCP ce qui semble plus contestable. Dans cette même optique d'une interprétation large des conditions de l'article 113-8 NCP, pourrait s'insérer l'idée d'une dénonciation officielle sous la forme d'une demande d'extradition.

¹⁸³ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2^{ème} éd. 1979, Dalloz, op. cit. n°424 ; André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. n°240 ; BOUZAT et PINATEL, op. cit. t. II. n° 173 *in fine* ; MERLE et VITU, op. cit. n°322 ; DONNEDIEU DE VABRES dans son *Traité*, op. cit. n°1774.

niveau européen par les derniers traités signés qui font la part belle à une efficace entraide internationale ou tout au moins européenne.

Ainsi, dans la convention du 27 septembre 1996, établie sur la base de l'article K3 du Traité d'union européenne, le principe de non-extradition des nationaux est remis en cause. L'article 7-1 de la convention précise « que l'extradition ne peut être refusée au motif que la personne qui a fait l'objet de la demande d'extradition est un ressortissant de l'Etat membre requis¹⁸⁴ ». L'extradition des nationaux est donc désormais le principe bien que la convention prévoit des possibilités de réserves conçues de façon temporaire (5 ans) mais renouvelables.. Un pas a donc été franchi même s'il reste du chemin à parcourir. On peut constater qu'en ce domaine, *aut dedere, aut punire* est sur la bonne voie.

Nous pouvons donc examiner à présent le devenir *d'aut dedere, aut punire* face au principe de non-extradition pour les auteurs d'infraction politique.

B. LA NON-EXTRADITION POUR INFRACTION POLITIQUE ET SES LIMITES

115. Le principe de la non-extradition (1) se heurte à la problématique particulière liée à la logique du terrorisme (2).

1. Le principe de la non-extradition

116. « Le problème difficile en matière d'extradition, c'est l'extradition politique. On a pris l'habitude de dénommer ainsi l'extradition pour infractions de droit commun mais commises par des réfugiés ou inspirées par l'idéologie, ou risquant, pour raison politique d'être jugées partialement

¹⁸⁴ Denis RICHARD, op. cit. n°15.

dans le pays naturellement compétent. Les auteurs de telles infractions, il est aussi choquant de les extraditer (et de les exposer non point à la punition mais à des représailles) que d'en refuser l'extradition (et de leur assurer l'impunité injustifiée) ¹⁸⁵».

Le problème est en effet crucial car il est traditionnellement admis, eu égard au caractère particulier de l'infraction, dans le droit international de l'extradition, que les infractions politiques ne peuvent donner lieu à la mise en œuvre de ce mécanisme d'entraide judiciaire internationale. Cette règle bien que historiquement battue en brèche par quelques extraditions considérées comme politiques de nos jours¹⁸⁶, est affirmée nettement sous l'article 5-2° de la loi du 10 mars 1927 qui précise que « l'extradition n'est pas accordée (...) lorsque le crime ou le délit [a un] caractère politique » ainsi que sous l'article 3-1° de la Convention européenne d'extradition : « 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 ».

Le caractère politique du crime ou du délit mérite d'être défini puisqu'il est au centre du problème et heurte donc le principe d'une application généralisée *d'aut dedere, aut punire*. Si en effet, une infraction politique est commise par un individu n'étant pas Français et cela en dehors de notre territoire, et si cet individu vient ensuite se réfugier en France, son impunité est acquise s'il n'y a pas de victime française et si les infractions n'entrent pas dans les catégories relevant du domaine de la réalité ou de l'universalité du droit de punir. Le respect de la règle *aut dedere, aut punire* n'est alors plus assuré.

117. Néanmoins pour explicite que puisse paraître ce principe de non-extradition pour infraction politique, « cette règle ne s'en révèle pas moins délicate au niveau de sa mise en œuvre. Déjà difficile à cerner, la notion

¹⁸⁵ Claude LOMBOIS, *L'avant-projet de révision du code pénal. Le droit pénal international.*, RIDP 1980. 57, op. cit. p. 70.

¹⁸⁶ Georges LEVASSEUR et Hervé BONNARD, JCL International fasc. 405 B-5, op. cit. n°53.

d'infraction politique laisse place en outre à des situations marginales¹⁸⁷ ». En premier lieu, l'appréciation du caractère politique de l'infraction est confiée aux autorités de l'Etat requis qui « décident en fonction de leur propre droit » et selon « une interprétation autonome par rapport à celle du droit interne, dans le sens d'un libéralisme accru¹⁸⁸ ». En effet, aucun texte ne donne volontairement en droit français de définition pour la notion d'infraction politique au motif « qu'il serait dangereux de lier les magistrats par un texte qui, donnant la première place aux conditions extérieures de l'infraction, les exposeront à en méconnaître le sens interne, la cause profonde, et éventuellement le caractère politique¹⁸⁹ ». Néanmoins, « sont assurément des infractions politiques les atteintes à la sûreté de l'Etat ou plus largement toutes les infractions « qui portent atteintes à l'ordre politique, qui sont dirigées contre la Constitution du gouvernement et contre la souveraineté, qui troublent l'ordre établi par les lois fondamentales de l'Etat et la distribution des pouvoirs^{190,191} ».

118. Le problème est assurément plus difficile pour les infractions dites complexes, c'est-à-dire des infractions dont « les auteurs sont animés par la passion politique mais qui portent atteinte à des intérêts privés (tuer, voler)¹⁹² ». Dans toutes ces hypothèses, donc lorsque l'on a retenu la définition de l'infraction politique, l'extradition est impossible et l'ombre de l'impunité plane sur ces méfaits car la règle *aut dedere, aut punire* est écartée. Cependant, une fois encore la convention du 27 septembre 1996 vient à notre secours, du moins sur le plan des principes et cela dans le cadre strictement européen.

¹⁸⁷ Alain FOURNIER, Rép. Pénal V° Extradition., op. cit. n°143.

¹⁸⁸ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°244.

¹⁸⁹ Rapport annexe au P. V. de la séance du 4 mars 1926, S. 1927, législ. 912 note 14.

¹⁹⁰ CA Grenoble, 13 janvier 1947, JCP 1947. II.3664, note MAGNOL.

¹⁹¹ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°244.

¹⁹² André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

De fait, « le droit extraditionnel ne saurait contribuer à aider un Etat dans sa lutte contre le pluralisme politique. Au sein de l'Union européenne un tel risque n'existe pas ¹⁹³ ». Il faut donc en tirer les conséquences . C'est pourquoi au terme de l'article 5-1 de la convention, « aucune infraction ne peut être considérée par l'Etat membre requis comme une infraction politique, un fait connexe à une telle infraction ou une infraction inspirée par des motifs politiques ¹⁹⁴ ». Et si la possibilité de réserve est admise, un grand pas a été accompli sur le plan des principes car « la faculté de refuser l'extradition du caractère politique de l'infraction perd une grande part de son importance ¹⁹⁵ ». Il ne reste donc qu'à transformer l'essai.

2. L'exception au principe : le cas particulier du terrorisme

119. Néanmoins, et de façon concrète, c'est le terrorisme international qui pose les plus nombreux problèmes de par la gravité des atteintes causées et l'augmentation en nombre des attaques au cours des trente dernières années. C'est l'enchevêtrement de ces deux facteurs qui a fait prendre conscience aux responsables politiques de l'acuité du problème et de la nécessaire répression dont devraient faire l'objet les terroristes. Le risque d'impunité devrait être nul. C'est pourquoi une Convention européenne pour la répression du terrorisme a été signée à Strasbourg le 27 janvier 1977 et a été ratifiée par la France 10 ans plus tard, le 16 juillet 1987.

¹⁹³ Denis RICHARD, op. cit. n°11.

Encore faut-il nuancer ces propos aujourd'hui à la faveur de la nouvelle donne politique en Autriche issue des élections de février 2000 suite à laquelle le gouvernement est désormais une coalition entre le centre droit et l'extrême droite, qui fait ainsi son apparition dans un gouvernement d'un Etat membre de l'Union européenne.

Voir aussi : Elisabeth LAMBERT, *Quelques aspects de l'évolution récente des conditions du droit extraditionnel français dans le cadre européen.*, Mémoire, Genève, 1993, Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales.

¹⁹⁴ Denis RICHARD, op. cit. n°11.

¹⁹⁵ Denis RICHARD, *ibidem*.

Cette convention prévoit que toutes les infractions de nature terroriste¹⁹⁶ perdent leur caractère politique et que par conséquent, les auteurs terroristes peuvent être extradés.

Ainsi, « l'exception à la règle de non-extradition des délinquants politiques s'élargit au point que l'on peut s'interroger sur sa survie.(...) D'autant qu'il faut ajouter une faculté excessive , en vertu de l'article 2, de « dépolitiser » tout « acte grave » contre les biens ou les personnes ¹⁹⁷». Et même si le résultat et les objectifs assignés à cette convention sont très positifs, on peut se demander s'il n'eut « pas été moins hypocrite de conserver à la violence terroriste son caractère politique tout en faisant clairement une exception au principe de non-extradition des auteurs d'infraction politique ? ¹⁹⁸» Il semble que ce subterfuge ait été clairement édicté pour ne froisser aucune susceptibilité et laisser un espace au sacro-saint droit d'asile.

120. D'autre part, la convention européenne fait obligation aux Etats d'établir leur compétence pour connaître des infractions énumérées à l'article premier. Autrement dit, la convention consacre le principe de la compétence universelle. Et si l'on peut valablement penser que la règle

¹⁹⁶ Sont ainsi visées dans l'article premier de la convention : les infractions comprises dans le champ d'application de la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs signée à La Haye le 16 décembre 1970, les infractions comprises dans le champ d'application de la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile signée à Montréal le 23 septembre 1971, les infractions graves constituées par une attaque contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes ayant droit à une protection internationale y compris les agents diplomatiques, les infractions comportant l'enlèvement, la prise d'otage ou la séquestration arbitraire, les infractions comportant l'utilisation de bombes, grenades, fusées, armes à feu automatiques, ou de lettres ou colis piégés dans la mesure où cette utilisation présente un danger pour des personnes.

¹⁹⁷ Renée KOERING-JOULIN et Hervé LABAYLE, *Dix ans après... de la signature (1977) à la ratification (1987) de la Convention européenne pour la répression du terrorisme*, JCP 1988. I. 3349.

¹⁹⁸ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°244. De la même façon : « il eût été plus franc de dire que certaines infractions politiques ne sont pas inconciliables avec l'extradition.. [car] il est insensé de prétendre que violence et délit politique ne peuvent aller de pair », Wilfrid JEANDIDIER, *Droit pénal général.*, 2^e éd., 1991, Précis Domat- Montchrestien, n°173.

aut dedere, aut punire est appliquée¹⁹⁹, on a pu dire que « la règle *aut dedere, aut judicare* a laissé la place à la règle « *primo dedere, secundo punire* » »²⁰⁰. De fait, l'Etat partie n'est pas soumis à un choix discrétionnaire lui permettant à sa convenance, mais théoriquement en fonction du principe de bonne administration de la justice, de juger ou d'extrader le terroriste. Il doit d'abord livrer l'auteur d'acte terroriste à l'Etat requérant et seulement à défaut soumettre ce dernier à la compétence de ses juridictions. Si donc la règle *aut dedere, aut punire* est aménagée, l'écueil principal, c'est-à-dire celui de l'impunité, est évité. La répression est donc assurée.

En matière d'infraction politique, si quelques zones d'ombre subsistent et si certains passent encore entre les mailles du filet, l'essentiel est préservé et la répression devient le principe. Cependant, en marge des infractions politiques, il nous faut ajouter que « la doctrine admet que l'on doit assimiler aux infractions politiques les infractions religieuses²⁰¹ » et qu'il n'y a pas d'extradition en cette matière, pas plus que pour les délits purement militaires c'est-à-dire l'insoumission, l'abandon de poste ou la désobéissance à un supérieur²⁰².

On ne peut donc conclure que sur une note positive et admettre que les conflits négatifs de compétence se font rares car la règle *aut dedere, aut punire* est largement respectée en droit pénal international. Si cependant des améliorations, que l'on appelle de nos vœux, peuvent intervenir, il nous faut convenir que le choix entre le jugement et l'extradition est une possibilité largement ouverte devant les juridictions françaises.

¹⁹⁹ Alain FOURNIER, Rép. Pénal V° Extradition., op. cit. n°169. Cf. : « cette exigence exprimée sous l'article 6 de la convention constitue une application particulière en l'espèce du principe *aut tradere, aut judicare* ».

²⁰⁰ Renée KOERING-JOULIN et Hervé LABAYLE, *ibidem* et la citation de J. D. SCHOUWEY, *Conséquences de l'entrée en vigueur en Suisse de l'EIMP en matière de délits politiques et d'imprescriptibilité.*, Rev. int. Crim. et pol. Tech. 1984 n°1 p. 82 et s. spec. P. 88.

²⁰¹ Hervé BONNARD et Georges LEVASSEUR, JCL International fasc. 405 B-2, op. cit. n°66. Il faut néanmoins ajouter qu'en droit pénal français, il n'existe plus d'infraction religieuse *stricto sensu*.

²⁰² Hervé BONNARD et Georges LEVASSEUR, op. cit. n° 99.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

121. Des deux principes que nous devrions respecter en droit pénal international, pour faire naître une société plus juste à laquelle nous aspirons tous, nous pouvons clairement distinguer celui qui se fait respecter au mieux et celui qui est fâcheusement méconnu.

Ainsi , si *aut dedere, aut punire* est généralement bien introduit en droit pénal international et si donc les conflits négatifs afférents sont en nombre limité , le principe *non bis in idem* nous laisse plus circonspect. Tout reste à réaliser ou presque. Si l'introduction de ce principe s'infiltré au niveau international , son rang est moindre : le problème des conflits positifs est relégué au dernier rang et la double répression n'a rien d'un mythe.

Un long chemin reste à parcourir, mais si l'on trouve une volonté politique pour y parvenir, la plus grosse difficulté aura été contournée et les progrès seront visibles. Il s'ensuit donc qu'il existe aujourd'hui encore une zone de non-droit eu égard à l'oubli des principes fondamentaux que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* en droit pénal international, ou du moins à une non application systématique de ces derniers.



CHAPITRE II

DES PRINCIPES SACRIFIES

122. Principes fondamentaux certes, *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* n'en sont pas moins souvent mis à l'écart en droit pénal international. Il nous faut constater, que malgré la valeur et la haute importance de ces derniers, leur application n'est pas systématisée. Un certain nombre de contingences supérieures prennent le pas sur le respect de ces deux principes créant par la même une zone de non-droit en droit pénal international.

La souveraineté nationale, un territorialisme exacerbé, une méfiance quasi viscérale à l'égard des juridictions d'autres Etats, telles sont les explications qui justifient semble-t-il la mise à l'écart de principes fondamentaux. Outre le fait que ces explications n'ont rien de probantes et relèvent d'une conception archaïque de l'Etat, il faut souligner que la non application de *non bis in idem* et d'*aut dedere, aut punire* entraîne des conséquences graves sur le plan humain, conséquences que nous trouverions inacceptables en droit interne et que nous tolérons néanmoins en droit pénal international.

La mise à l'écart dans un certain nombre d'hypothèses des principes *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* entraîne la création d'une véritable zone de non-droit (section 1) dont il nous faut examiner la matérialité objective par le biais d'un certain nombre de manifestations jurisprudentielles (section 2).

SECTION 1. UNE ZONE DE NON-DROIT

123. La coexistence au sein du droit pénal international de deux principes que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*, et surtout de leur non application fait naître une véritable zone de non-droit.

Or le non-droit est un terme générique fréquemment utilisé et qui ne relève pas uniquement de la science pénale internationale. Il nous faut donc expliquer ce qu'est ce non-droit en droit pénal international et notamment ce qu'il a de spécifique par rapport à d'autres matières (§I). Ce faisant, il nous faudra ensuite retracer l'évolution historique qu'a connu ce phénomène afin de mieux appréhender le pourquoi du non-droit actuel (§II).

§ 1. EBAUCHE D' EXPLICATION

124. Nous ne pouvons qu'aboutir à une ébauche d'explication car nous ne prétendons pas examiner ici la quintessence de la matière et le concept du non-droit dans sa généralité la plus absolue. Nous nous contenterons de définir ce qu'est cette zone de non-droit, selon nous, en droit pénal international et eu égard aux deux principes que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* (A). Nous examinerons ensuite le contexte dans lequel cette zone de non-droit a pu prendre naissance pour ensuite perdurer (B).

A. DEFINITION

125. D'une présentation formelle (1), nous pourrons ensuite dégager la nature du problème (2).

1. Présentation formelle

126. Si l'on devait définir le non-droit de la façon la plus simpliste possible, il nous suffirait d'écrire que le non-droit n'est en fait qu'une absence de droit, une absence totale de droit. Cela s'apparente alors au *vacuum juris*.

Mais outre le fait que ce genre de définition ne nous avance guère, il faut constater que cette assertion se révèle partiellement inexacte en notre matière. En effet, si en présence de conflits négatifs, le problème est bien celui de l'absence de droit ou tout du moins l'absence de règles établissant une compétence en tel domaine, en matière de conflits positifs en revanche la difficulté est toute autre.

A ce niveau, le problème n'est pas une absence de droit mais plutôt la présence d'un trop plein, en l'occurrence un trop-plein de droit, un trop-plein de règles établissant des compétences multiples et variées, de façon hiérarchique et pyramidale.

C'est ainsi que trop de droit tue le droit et que l'enchevêtrement des normes a un effet tout aussi déplorable, en l'occurrence, que l'absence de normes.

127. Si l'on peut facilement expliquer l'absence de normes en matière de conflits négatifs par l'inertie des Etats et le manque d'intérêt pour ce genre de question, on peut aussi expliquer le trop-plein de normes en matière de conflits positifs par le manque de vision globale des Etats ainsi que le manque d'intérêts pour les conséquences engendrées par ces compétences nombreuses, qui se veulent trop souvent exclusives. Conflits positifs et conflits négatifs en créant une zone de non-droit en droit pénal international, ne sont en fait que la traduction d'un manque d'intérêt pour cette matière. Il nous faut nous demander pourquoi.

Il nous semble qu'il faille apporter la même réponse pour les deux types de conflits. En effet, l'objet d'une loi en droit pénal est la protection de l'intérêt public de l'Etat en question, c'est-à-dire celui qui légifère. Cet Etat

ne se préoccupe de protéger que l'intérêt public sur son territoire sans ce demander, ni même se soucier de ce que pratiquent les autres pays en la matière, de la nature et de la portée de leur législation en ce domaine. C'est ainsi que l'Etat qui légifère, dans un domaine où l'extranéité est reine et où la plus grande concertation devrait être de mise, ne se préoccupe pas des interactions entre les normes des différents pays, qui ensemble vont créer cette zone de non-droit.

Il est dès lors patent de constater que si la loi est censée protéger l'intérêt public, toutes ces interactions, créant de véritables conflits de compétence, lui assènent un coup fatal.

Nous le savons : ni l'impunité, ni la double répression ne devraient exister au sein d'un Etat. Néanmoins ces deux fléaux sont réels et portent atteinte à ce fameux intérêt public que l'on cherche à préserver. La seule solution pour chaque Etat est donc d'élargir sa vision en la matière, d'oublier les frontières et de se détacher de son anthropocentrisme. La concertation généralisée est l'unique solution au problème du non-droit.

A ce stade , il convient d'affiner notre analyse et notamment de nous interroger sur l'étude du « type » de droit en cause lorsque nous évoquons cette zone de non-droit.

2. La nature du problème

128. On peut traditionnellement distinguer le droit objectif du droit subjectif. Le premier peut se définir comme « l'ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique²⁰³ ». Le droit subjectif est quant à lui une « prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation²⁰⁴ ».

²⁰³ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, 12^e éd. 1999, Dalloz.

²⁰⁴ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *ibidem*.

En matière de conflits négatifs, le droit objectif n'est pas en cause puisque le problème est celui de l'absence de règle édictant une compétence. En revanche, c'est bien un droit subjectif qui est atteint puisque chacun est en droit d'attendre une juste répression par les autorités publiques lorsqu'un crime ou un délit a été commis.

En matière de conflits positifs, le droit objectif n'est pas non plus en cause puisque toutes les lois sont suivies et que c'est justement le trop-plein de lois qui soulève difficulté. Cela est vrai aussi bien si l'on entend par société l'ensemble des individus d'un seul Etat que si l'on opte en faveur d'une acception plus internationaliste visant la société internationale dans son ensemble. Ici encore, c'est le droit subjectif qui est atteint puisque chacun est en droit d'attendre une juste répression c'est-à-dire une répression unique en cas de commission d'un crime ou d'un délit. De fait, le conflit positif, et l'atteinte subséquente à la règle *non bis in idem*, bafouent ce droit élémentaire.

Nous pouvons donc en conclure que la zone de non-droit est en fait une zone de non-droit subjectif et porte atteinte à des droits particuliers dont chacun devrait pouvoir disposer. L'intérêt de voir cette zone de non-droit disparaître ou tout au moins régresser significativement, n'est donc pas purement intellectuel. De plus, puisqu'il ne s'agit que de droit subjectif, on peut aisément comprendre pourquoi la puissance publique n'y accorde que peu d'intérêt.

129. Par ailleurs, il est bien évident que l'existence de cette zone, et notamment le problème particulier de l'absence de règle en certaines hypothèses favorisant l'impunité, attire une certaine criminalité. A l'heure actuelle, la fuite à l'étranger semble encore être un recours certain et une solution attrayante pour échapper à une légitime répression. L'actualité judiciaire s'en fait l'écho régulièrement.

De même, l'éventualité d'une double répression n'est pas de nature à inspirer confiance en notre système répressif. En cela, le reclassement de certains délinquants est loin d'être favorisé et il peut y avoir un risque

d'encouragement à la pratique de la délinquance eu égard à un système répressif, de toute façon injuste. Il est alors tentant d'essayer d'en tirer avantage.

Cette zone de non-droit, qui abrite toutes les atteintes portées aux deux principes que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*, est donc néfaste sur tous les plans, aussi bien individuels que collectifs. Ce n'est ni une chimère, ni une vue de l'esprit. C'est une réalité désormais quotidienne. Aussi devons-nous nous interroger sur le contexte qui entoure son existence et qui assure sa pérennisation.

B. LE CONTEXTE

130. Bien qu'il serait aisé de légiférer sur quelques points particuliers pour éradiquer les conflits négatifs, rien n'est entrepris. Bien qu'il serait possible de prévoir un minimum de concertation pour éviter les conflits positifs, rien ne prend forme.

Ce triste constat nous incite à penser soit que la matière est peu noble (d'où le manque d'intérêt), soit que des considérations supérieures prévalent. Nous allons opter pour la seconde analyse car nous partageons le sentiment de madame Renée Koering-Joulin exprimé il y a quelques 25 années mais hélas encore toujours d'actualité : « le droit pénal international serait un instrument beaucoup moins juridique que politique²⁰⁵ ». C'est certainement par exemple pour ce genre de raison que les officiers français de l'armée ont dû lourdement se faire prier lorsqu'il s'est agi d'apporter leurs témoignages afin de confondre les criminels de guerre en ex-Yougoslavie, favorisant de fait leur impunité.

La France, c'est-à-dire le législateur poussé par le gouvernement et les politiques, se complaît dans une attitude par trop rigide, se recroquevillant sur elle-même avec le souci de la protection de son territoire, légitime mais archaïque quant à sa mise en œuvre.

²⁰⁵ Renée KOERING-JOULIN, thèse précitée, op. cit. §5.

131. La meilleure preuve en est la définition particulièrement large que le législateur a entendu donner pour la localisation de l'infraction en France. Cette extension est d'ailleurs reprise par une jurisprudence concordante, qui va parfois au delà des prescriptions législatives. Au demeurant, l'article 113-2 NCP précise que « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». Cette définition n'est que la version moderne de l'article 693 ancien du CPP, lequel précisait « est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France ».

132. Nous nous devons de rappeler ici les mots de madame Renée Koering-Joulin parce que saisissant et criant de vérité, de cette vérité toujours actuelle : « (...) parce que tremplin d'un territorialisme moins de fiction que , trop fréquemment de fantaisie (...), l'article 693 en particulier est apparu à la fois comme le bouclier des intérêts français, et comme le bélier enfoncé dans les murailles des intérêts étrangers. Tour à tour symbole du protectionnisme national et expression du mépris professé à l'égard de la réalité étrangère, l'interprétation du texte donné par les tribunaux et les auteurs, a engendré la situation suivante : ni vraiment pénal, ni vraiment international, il arrive même au droit pénal international de n'être pas vraiment juridique²⁰⁶ ».

C'est sans doute vers cette approche, c'est-à-dire le juridisme moindre du droit pénal international, qu'il faut se tourner pour comprendre le manque d'intérêt du législateur envers l'observation des deux principes que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*, assurant ainsi la pérennité de cette zone de non-droit. Mais comprendre n'est pas approuver d'autant que les causes du non-droit dévoilent certains aspects scandaleux.

²⁰⁶ Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

Si l'inflation législative caractérise ces dernières décennies, on ne peut admettre qu'il y ait encore des zones vierges de toute législation d'une part, et on ne peut excuser les grossières erreurs présentes dans de trop nombreuses lois d'autre part.

133. Ainsi si des intérêts supérieurs tels le secret défense, la raison d'Etat, la protection de la nation.. s'opposent à l'appréhension en France de certains criminels ou favorisent une seconde répression française pour un acte déjà puni, cela demeure acceptable.

Mais toutes les personnes, ou victimes ou heureuses bénéficiaires de cette zone de non-droit, ne peuvent se targuer ou se prévaloir de la raison d'Etat : le droit commun est et demeure le principe. Il faut d'autant plus être vigilant qu'il est difficile de débusquer ce que recèlent ces notions, empreintes de grandeur, mais souvent terrifiantes à y regarder de près. Combien de crimes et de délits de droit commun inspirés par des motifs de droit commun ont été dissimulés derrière le masque mystérieux de la raison d'Etat ?

134. Force est d'évoquer ici une actualité brûlante qui a pris des proportions importantes : l'enlèvement et le kidnapping en France d'enfants issus d'un divorce entre parents de nationalités différentes. Ainsi de véritables guet-apens ont été organisés par des pères allemands pour récupérer leurs enfants à la suite d'un divorce où la mère, française, a obtenu le droit de garde. La justice allemande a longtemps fait la sourde oreille et a souvent refusé de reconnaître l'autorité du jugement français malgré les conventions internationales signées de part et d'autre du Rhin. La justice française est elle démunie. Il ne reste que la voie diplomatique²⁰⁷ mais à ce niveau, les intérêts politiques et financiers qui

²⁰⁷ Ainsi l'intervention auprès des autorités allemandes de la garde des Sceaux, Elisabeth GUIGOU, avait permis à Cosette LANCELIN de récupérer en avril 1999 ses deux enfants, enlevés un an plus tôt par son ex-mari Armin TIEMANN. « La démarche faisait suite aux protestations de Jacques CHIRAC, lors du sommet franco-allemande de Potsdam, à la fin de 1998. Le président

lient les deux Etats sont des enjeux bien plus importants que ces drames familiaux, qui se sont mués en infractions pénales.

Et quand bien même la justice allemande aurait reconnu l'autorité des décisions françaises²⁰⁸, il faut constater qu'il est difficile ensuite de faire exécuter ces dernières, cela relevant du problème de l'exécution des décisions de justice. C'est cependant la preuve que l'entraide répressive internationale, et même seulement européenne, n'est pas encore une réalité très aboutie. La paralysie de la justice française, pourtant si prompte d'ordinaire à élargir ses titres de compétence, est un camouflet pour l'Etat de droit.

Ainsi, cette zone de non-droit, expression du long chemin qu'il reste à parcourir pour que le droit pénal international devienne une matière noble et juridique, s'est épanouie à l'ombre d'intérêts politiques supérieurs et à la lumière d'un flagrant désintérêt pour une justice humaine. Il convient d'en retracer l'évolution historique depuis sa genèse jusqu'à la situation actuelle, afin de comprendre comment sa pérennisation est assurée.

§ 2. EVOLUTION HISTORIQUE

135. La zone de non-droit, tout en restant un concept relativement moderne et novateur, n'en a pas moins toujours existé. De fait, le propre du droit est souvent de naître de l'examen du non-droit. Ainsi, conflits positifs et conflits négatifs ne sont pas une émanation de la modernité de cette fin de siècle même si la multiplication des échanges internationaux

avait alors ouvertement accusé l'Allemagne de « hold-up » et de pratiquer la « loi de la jungle » », Arnaud GRELLIER, *L'express*, 8 juin 2000.

²⁰⁸ Le 14 juillet 1999, le tribunal d'instance de Munich déboute la mère, allemande, des deux enfants de Xavier TINEL (enlevés en France par leur mère le 9 juin 1999) de sa demande de garde. Il reconnaît l'enlèvement et la compétence exclusive du tribunal français, « mais omet d'ordonner le retour des enfants à leur domicile. Deux mois plus tard, la cour régionale supérieure de Munich se prononce contre un retour des enfants en France qui ne serait pas « conforme à leur intérêt ». Et la situation se fige. », Pascale KREMER, *Le Monde*, 8 juin 2000.

de quelque nature qu'ils soient, confère une nouvelle dimension au problème.

Il nous faut donc étudier la façon dont ont évolué les deux types de conflits dans le temps, puis examiner les valeurs respectives de *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* sur une longue période. Nous constaterons que cette évolution est contrastée (A) et nous nous attacherons à en trouver une justification (B).

A. UNE EVOLUTION CONTRASTEE

136. Si l'évolution est constante et régulière pour ce qui concerne le règlement des conflits négatifs, la courbe devient plus sinusoïdale dès lors que l'on s'intéresse au règlement des conflits positifs au cours du temps. Ainsi si les conflits négatifs tendent à disparaître (1) , on notera une persistance des conflits positifs malgré parfois une volonté affichée de les éradiquer (2).

1. Les conflits négatifs

137. Le conflit négatif, né du vide juridique, se règle par une loi. Notre activisme naturel en matière législative est au moins à ce niveau couronné de succès (même si *a contrario* il engendre des conflits positifs) puisqu'il tend à faire disparaître un des facteurs de la zone de non-droit.

Ainsi, par exemple, la loi du 11 juillet 1975 est une donnée importante en la matière puisqu'elle crée de toute pièce une nouvelle compétence française à l'égard des crimes commis à l'étranger : la compétence personnelle passive²⁰⁹. Celle-ci va permettre à la France de se déclarer compétente pour juger et condamner quiconque aura commis un fait qualifié crime par la loi française en territoire étranger dès lors que la

²⁰⁹ L'extension aux délits passibles d'emprisonnement est l'œuvre du nouveau code pénal. Voir *infra* n° 251.

victime est de nationalité française. C'est d'ailleurs un fait divers politique important qui a été à l'origine de ce mouvement législatif et qui a servi de détonateur à savoir la prise d'otages à l'ambassade de France à La Haye par des terroristes japonais. « On constata qu'à la lumière de notre législation, les auteurs pouvaient se réfugier en France et y demeurer impunis.

En effet, les tribunaux français étaient incompétents pour connaître d'une telle infraction commise par des étrangers à l'étranger et l'extradition vers un Etat tiers était très improbable, les mobiles politiques étant évidents²¹⁰». Cependant, il faut remarquer que ce nouveau texte n'institua la compétence personnelle passive qu'au cas de crimes commis à l'encontre de français, les délits étant alors exclus.

138. L'avant-projet de révision du code pénal y remédia . « Seulement trois ans plus tard, on nous propose déjà d'amplifier cette compétence et de la faire aller, non pas seulement jusqu'au crime commis contre un Français, mais jusqu'aux délits de la 1^{ère} et de la 2^{ème} catégorie dont un Français serait victime²¹¹ ». Cette expression est remplacée en 1986 (art. 113-8) par celle de délits punissables de 5 ans d'emprisonnement au moins²¹². Ce long cursus législatif, qui tend toujours à ajouter des sphères de compétence sans jamais renoncer à des compétences précédemment acquises, s'achève en 1994. En effet, la compétence personnelle passive, autrefois limitée aux crimes, a été étendue aux délits punis d'emprisonnement par l'article 113-7 NCP.

L'extension résulte d'un amendement parlementaire qui a, comme souvent, nuit à la cohérence du dispositif. De fait, quant elle est active, la compétence personnelle nécessite en matière délictuelle une réciprocité d'incrimination avec la loi du pays de commission. Limitée, dans le projet

²¹⁰ Jacques BIGAY, *Les dispositions nouvelles de compétence des juridictions françaises à l'égard des infractions commises à l'étranger.*, D. 1976. Chron.10., op. cit. p. 51.

²¹¹ Claude LOMBOIS, *L'avant-projet de révision du code pénal.*, RIDP 1980. 55., op. cit. p. 61.

²¹² Michel MASSE, *Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur code pénal.*, RSC 1990.395, op. cit. n°23.

gouvernemental à la matière criminelle, la compétence personnelle passive négligeait cette condition qui n'a pas été ajoutée au texte quand il a été étendu aux délits²¹³.

139. Une fois encore, le législateur est allé bien au-delà des attentes légitimes exprimées. Ce faisant la confusion règne puisque ainsi la compétence personnelle passive surpasse en degré et en intensité la compétence personnelle active, celle-ci devant toujours au cas de délit remplir la condition de double incrimination. Aussi la compétence personnelle passive, qui ne devait être qu'une compétence résiduelle visant à limiter au maximum les hypothèses où la France ne peut exercer de répression, devient la première compétence subsidiaire à la compétence territoriale, volant de la sorte cette place accordée légitimement auparavant à la compétence personnelle active²¹⁴.

Si cette réforme va dans le bon sens en ce qui concerne le règlement des conflits négatifs, il faut néanmoins se méfier du tout répressif qui en découle et des incohérences du système. De fait, une personne pourra être condamnée en France pour un délit selon la loi française, commis à l'étranger à l'encontre d'un Français alors que le même fait commis à l'encontre d'une personne d'une autre nationalité, voire même à l'encontre

²¹³ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international.*, RSC 1998. 398.

²¹⁴ Puisqu'il est désormais plus aisé de mettre en œuvre notre compétence personnelle passive qu'active au cas de délits (puisque la compétence personnelle passive ne requiert pas l'exigence de double incrimination), c'est tout naturellement l'article 113-7 NCP qui vise le double rattachement personnel (c'est-à-dire lorsqu'auteur et victime sont français). « A défaut, une fâcheuse incohérence découlerait du défaut d'incrimination du délit par la loi pénale étrangère tenant en échec la personnalité active », Alain FOURNIER, *Les orientations nouvelles du droit pénal international à la faveur de la réforme du code pénal.*, Rev. crit. DIP 1998. 565, op. cit. n°26. De fait, « on ne saurait monopoliser la répression à l'encontre des étrangers pour en affranchir des français, coupables quant à eux envers un concitoyen de délit perpétré à l'étranger, en autorisant ces derniers à exhiber leur nationalité française et se soustraire pour cette raison à toute sanction pénale en France de manière la plus inélégante », op. cit. n°27. En effet, si le double rattachement était l'œuvre de l'article 113-6 NCP (compétence personnelle active), cela impliquerait en cas de délit commis à l'étranger (mais licite au lieu de commission) par un Français au préjudice d'un Français l'impunité de ce dernier pour cause d'absence de double incrimination. Si dans la même hypothèse, c'est un étranger qui commet ce délit, il échappe alors à l'impunité car relevant de notre compétence personnelle passive !

d'un national de l'Etat du lieu de commission, sera impuni en France car non punissable dans l'Etat du lieu de commission.

Tout étranger, lorsqu'il rencontre un Français en territoire étranger, devra donc parfaitement maîtriser les subtilités de nos lois pénales afin de ne commettre rien de répréhensible au regard de notre loi quand bien même cet acte serait licite dans l'Etat du lieu de commission ou par rapport à la loi de l'Etat dont il est ressortissant.

Il faut ainsi ajouter que la loi n'exige pas que la nationalité française de la future victime soit connue de l'auteur au moment des faits. La répression tiendra donc davantage lieu d'arbitraire et de hasard que de droit et de protection légitime des intérêts français. Un ajustement de ces dispositions nous semble donc nécessaire en vue de l'instauration de la double incrimination en cas de compétence personnelle passive afin de parfaire une loi qui va dans le bon sens en ce qui concerne le règlement des conflits négatifs. Le constat est loin d'être aussi réjouissant pour les conflits positifs (à défaut, il n'y aurait quasiment plus de zone de non-droit).

2. Les conflits positifs

140. Tant du point de vue de la forme que du fond, l'ambition affichée en ce qui concerne le respect de *non bis in idem*, est floue et les reculades succèdent trop souvent aux avancées.

Que l'on en juge : en 1978, une section est consacrée aux effets des décisions répressives étrangères dans l'avant-projet de révision du code pénal. Cela est considéré comme « une innovation importante²¹⁵ » voire même « la plus marquante²¹⁶ » de tout l'avant-projet. De fait, la compétence territoriale n'était plus exclusive et admettait le jeu de la règle

²¹⁵ Claude LOMBOIS, *Commentaire de l'avant-projet définitif de révision du code pénal (1978)*, RIDP 1980. 55., op. cit. p. 66.

²¹⁶ Alain FOURNIER, *Rép. Pénal, V° Compétence pénale.*, Dalloz, 1982, op. cit. n°152.

non bis in idem, à l'instar des dispositions en vigueur sous l'empire du code d'instruction criminelle²¹⁷. Dans cet avant-projet, seule la compétence réelle était donc exclusive de toute autre. Cette section disparaît pourtant dès 1983 et la question se trouve reléguée dans les pages du code de procédure pénale. Si « ce déplacement est inopportun²¹⁸ », c'est bien parce qu'il s'agit « de règle de fond au même titre que les autres dispositions du droit pénal international²¹⁹ » et que « ni la logique ni la pratique ne justifient qu'on les exile dans le code de procédure pénale²²⁰ ».

141. Cela revient en filigrane à dire que *non bis in idem* est une règle de forme, voire même une règle de seconde zone puisqu'elle va se voir rétrograder dans le code de procédure pénale, ne méritant pas les honneurs du code pénal.

C'est faire injure à ce grand principe. C'est faire injure au droit pénal international. Bien entendu, nous n'évoquons là que des points de détails, des règles de préséance, de « mise en page » qui n'ont aucune importance au regard du fait que le principe *non bis in idem* se trouve effectivement dans les pages du code de procédure pénale et intègre donc notre *corpus* juridique. Le plus important en l'espèce est que ce principe soit respecté.

Or il nous faut constater que *non bis in idem* est un principe fortement dévalué car il est entendu de façon éminemment restrictive. Ainsi donc le fond de la disposition est tout aussi mal traité que sa façon d'être présentée. Le fond étant au diapason de la forme, les premières impressions étaient néanmoins hautement significatives et concluantes.

²¹⁷ Voir *infra* n° 259.

²¹⁸ Renée KOERING-JOULIN, *L'application de la loi pénale française dans l'espace (avant-projet de code pénal, 1983)*, RSC 1984. 263. op. cit. p. 264.

²¹⁹ Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

²²⁰ Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

142. Le fond est par ailleurs non dénué d'intérêts. L'article 113-9 du nouveau code pénal précise que dans les cas de personnalité active et passive , « aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ». L'article 692 CPP, au terme des mêmes dispositions, vise quant à lui les hypothèses de compétence universelle.

Analyser ces textes revient à faire l'exégèse de tout ce qui n'est pas spécifié, de tout ce qui est écarté, donc de toutes les hypothèses où la France ne retiendra pas l'autorité de la chose jugée à l'étranger. Ainsi ce texte ne s'applique pas lorsque la France exerce sa compétence territoriale alors que cette hypothèse figurait expressément sous l'article 1314 du projet de 1976 et sous l'article 28 de l'avant-projet de 1978. Il s'agissait là d'une véritable « révolution²²¹ » puisqu'on devait reconnaître « efficacité extinctive au jugement répressif étranger même lorsque notre compétence n'est pas subsidiaire²²²».

Mais la France n'est plus le pays des révolutions et le texte actuel ne reflète pas les velléités de modernité qui apparaissent dans l'avant-projet de révision du code pénal.

143. Il y a plus grave encore : ce texte est en net recul par rapport à l'article 692 ancien du CPP puisque l'on a retiré le bénéfice de la grâce accordée à l'étranger comme cas d'ouverture à l'effet extinctif de chose jugée à l'étranger. Désormais et contrairement à la législation antérieure, une personne condamnée puis graciée à l'étranger pourra à nouveau être jugée et condamnée en France à raison des mêmes faits si l'infraction relève de notre compétence personnelle ou notre compétence universelle.

Nous sommes donc passés d'une volonté clairement affichée d'admettre largement le jeu de la règle *non bis in idem* à un texte bien

²²¹ Claude LOMBOIS, op. cit. p. 68.

²²² Claude LOMBOIS, *ibidem*.

plus restrictif que l'ancienne mouture, loin du libéralisme autrefois envisagé. La zone de non-droit a encore de beaux jours devant elle puisque *non bis in idem* est très loin d'avoir la place méritée au sein de notre *corpus* juridique. Le principe *aut dedere, aut punire* est quant à lui mieux respecté. Il nous faut essayer de trouver une justification.

B. JUSTIFICATION

144. Pour trouver une explication au phénomène et à la pérennisation de la zone de non-droit, il convient de remonter à l'origine des deux principes directeurs (1), pour ensuite mieux étudier les obligations inhérentes à leur respect (2) et donc le problème de leur application cumulative (3).

1. L'origine des deux principes

145. Si la zone de non-droit est bien une réalité en droit pénal international, c'est surtout parce que le principe *non bis in idem* est souvent bafoué et que *aut dedere, aut punire* est parfois difficile à mettre en œuvre.

Ainsi *aut dedere, aut punire* fonctionne bien en droit pénal international essentiellement peut-être parce que c'est un principe issu du droit international et qui ne pourrait par définition trouver sa place en droit interne. Le fondement est international puisqu'il s'agit de trouver une alternative à l'extradition lorsque celle-ci n'est pas possible ce qui implique au moins la présence de deux Etats en concours autour d'une infraction.

A contrario, le suivi de *non bis in idem* en droit international est beaucoup plus aléatoire peut-être parce que ce principe n'a pas une vocation exclusivement internationale. Il existe depuis longtemps en droit interne et reçoit relativement correcte application en droit pénal interne d'ailleurs. Ce principe n'exige pas l'existence d'un élément d'extranéité pour s'épanouir ou simplement exister. Point n'est nécessaire de recourir

au droit pénal international pour que *non bis in idem*, contrairement à *aut dedere, aut punire*, puisse être invoqué. C'est certainement là une des clefs du problème. L'autre clef, il faut la rechercher dans la nature des comportements qu'induit le respect de ces deux principes.

2. Les obligations inhérentes au respect des deux principes

146. *Aut dedere, aut punire* implique de la part de la France un comportement positif : en ce domaine, l'Etat doit agir soit en extradant un individu, soit en le jugeant lui même.

A l'inverse, *non bis in idem* entraîne un comportement négatif : ici l'Etat doit s'abstenir d'intervenir, doit renoncer à une prérogative et doit faire confiance à la justice d'un autre pays. Or le renoncement et la passivité ne sont pas du goût de la France en ce domaine . Quant au problème de la confiance, il s'agit d'un mode d'expression quasiment inconnu du droit pénal international. Ici comme ailleurs, règne un activisme forcené qui se concrétise par l'extension des contrôles et la mainmise sur un maximum de compétences. Le sceau de la justice française se doit d'être partout.

C'est parce que *non bis in idem* induit des relations de confiance que nous ne pouvons en avoir une acception large car la confiance est inévitablement synonyme d'abandon, comportement inacceptable pour le droit français. Cependant, il faut se garder de réduire ce problème à une simple question de comportement. Le refus d'introduire *non bis in idem* de façon absolue résulte également de données objectives et parfaitement justifiables sur le plan du droit.

147. En effet, admettre très largement *non bis in idem* reviendrait malheureusement à accepter une certaine impunité ce qui ne résout rien au niveau de la zone de non-droit et aboutit seulement à changer la valeur de l'intensité des conflits à l'intérieur de cette zone. Une admission

généralisée de *non bis in idem*, sans garde-fou ni barrière est à proscrire sous peine d'enregistrer un résultat contraire aux attentes.

Par exemple, « un problème se pose notamment si un jugement d'acquittement a été rendu dans un pays où le fait reproché n'est pas punissable²²³ ». Une admission large de *non bis in idem* rendrait impossible une poursuite en France quand bien même le fait serait punissable en France²²⁴. La solution préconisée est de faire dépendre l'application de *non bis in idem* à la condition du respect de la règle de double incrimination.²²⁵ Plus délicat encore est de faire coexister et appliquer sereinement les deux principes que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* au sein de la même espèce.

3. Le problème de l'application cumulative des deux principes

148. L'étude d'un cas²²⁶ va nous permettre de mieux appréhender et illustrer les difficultés auxquelles nous nous heurtons lorsqu'il s'agit d'appliquer cumulativement les deux principes. Cela est parfois exclu et un choix est alors à réaliser entre deux principes fondamentaux ce qui tend à prouver que vouloir diminuer l'une des facettes du non-droit se réalise volontiers au détriment de l'autre. Le principe des vases communicants

²²³ Hans Heinrich JESCHECK, *Rapport général provisoire sur la question des effets internationaux de la sentence pénale.*, RIDP 1963. 205, op. cit. p. 229.

²²⁴ C'est bien le cas en cas de crime commis à l'étranger, puisque pour mettre en œuvre aussi bien notre compétence personnelle active que passive, l'exigence de double incrimination n'est pas requise. Or l'article 113-9 NCP vise expressément les articles 113-6 et 113-7 NCP dans leur globalité sans distinguer selon qu'il s'agisse de crime (pas de double incrimination requise) ou de délit (double incrimination exigée pour la compétence personnelle active). Ainsi, en cas de crime commis à l'étranger, non punissable au lieu de commission, l'auteur de ce dernier obtiendra un non-lieu au lieu de commission (puisque'il ne s'agit pas d'une infraction à cet endroit) et exhibera ce dernier en France pour obtenir une totale impunité, une seconde poursuite nous étant interdite au terme de l'article 113-9 NCP. Convenons cependant que dans la pratique, rarissimes doivent être les hypothèses où un fait est licite au lieu de commission et constitutif pour nous d'un crime !

²²⁵ Hans Heinrich JESCHECK, *ibidem*.

²²⁶ Didier REBUT, note sur cass. crim., 8 juillet 1997, Revue générale des procédures, Dalloz, n°1 (janv. mars 1998), p. 108.

gouverne quelque peu le problème du non-droit en droit pénal international.

« Saisie d'une demande d'extradition présentée par le gouvernement italien contre un individu pour des faits de trafics de stupéfiants, une chambre d'accusation avait émis un avis défavorable parce qu'il avait été définitivement condamné en Espagne pour les mêmes faits. La chambre criminelle a cassé cet arrêt au motif « qu'il résulte des articles 1 et 9 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 et des articles 5,4° et 16 de la loi du 10 mars 1927 que la chambre d'accusation n'est autorisée à refuser l'extradition sur le fondement de la règle *non bis in idem* que lorsque, pour les faits à raison desquels cette mesure est demandée, la personne réclamée a été définitivement jugée en France ou lorsque les autorités françaises ont décidé de ne pas engager de poursuites ou de mettre fin aux poursuites qu'elles ont exercées. Il s'ensuit qu'une condamnation définitive à l'étranger ne fait pas obstacle à une extradition à raison des mêmes faits vers un autre pays étranger²²⁷ ».

A la lecture de cet arrêt, il nous faut en déduire, quant au problème de la zone de non-droit, que le principe *non bis in idem* a été sacrifié au bénéfice *d'aut dedere, aut punire* qui lui a été respecté puisque la France va pouvoir extradier l'individu en question. Il est donc ici impossible de concilier le respect des deux principes.

149. Puisqu'un choix s'est affirmé, il faut en conclure que ces deux principes n'ont pas la même importance ni la même valeur et qu'*aut dedere, aut punire* est un principe supérieur à *non bis in idem*.

C'est à tout le moins ce qu'ont décidé les magistrats français avec une fois encore peut-être un peu trop de facilité. Il est en effet bien plus commode d'extrader une personne vers un pays tiers (et laisser à ce dernier le soin de régler le problème de l'autorité négative de la chose jugée à l'étranger) plutôt que de se demander s'il est juste que cette

²²⁷ Didier REBUT, *ibidem*.

personne soit à nouveau poursuivie et condamnée pour des faits déjà jugés.

Et quand bien même la France Etat requis n'a pas compétence pour « paralyser des poursuites qu'intente l'Etat requérant (..), ce dernier (ayant) seul qualité pour définir les conséquences attachées aux sentences étrangères sur son propre système²²⁸», il ne faudrait pas oublier que la maxime *non bis in idem* « appartient au droit universel des nations²²⁹ » ; il incombe donc à tout un chacun de la faire respecter à son niveau.

Ainsi donc, la dynamique qui anime la zone de non-droit est complexe d'autant plus qu'il peut exister des interactions entre *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*. Nous ne pouvons donc donner une explication unique à ce phénomène sous peine de dénaturer le problème. La zone de non-droit est la conséquence d'un faisceau de comportements et d'abstentions ; il arrivera bien souvent qu'en voulant régler une partie du problème de non-droit, on engendre un autre type de non-droit. Il faudra donc non pas aller vers une solution exacerbée et dogmatique, mais au contraire trouver un compromis avec un seul objectif : un meilleur respect des droits de l'Homme, au sens le plus large.

Aussi, puisque nous nous sommes employée à définir la zone de non-droit, à en expliquer le cheminement de façon abstraite, il nous faut désormais s'orienter vers davantage de concret et étudier les manifestations jurisprudentielles qui résultent de la survenance de conflits positifs et de conflits négatifs en droit pénal international.

²²⁸ Alain FOURNIER, Rép. Pénal, V° Extradition, 1999, n°117.

²²⁹ Faustin HELIE, *Traité d'Instruction criminelle*, II, n°1042.

SECTION 2. MANIFESTATIONS JURISPRUDENTIELLES

150. L'analyse trop théorique réalisée ne saurait remplacer une étude plus approfondie de différents cas d'espèce, celle-ci permettant une mise en perspective des problèmes déjà évoqués. De plus, cette illustration jurisprudentielle du non-droit inhérent au droit pénal international nous conduira à mieux appréhender encore les contours de la zone de non-droit. De fait, le non-droit n'est pas un concept, c'est une réalité dont ont souffert les Hommes en cas de conflits positifs, c'est également une réalité dont certains ont bénéficié en cas de conflits négatifs.

Par ailleurs, en plus des conflits de compétences *stricto sensu*, le non-droit engendre l'altération des définitions de certaines notions de droit dans un but noble certes (éviter justement le non-droit et notamment l'impunité corrélative) mais se rapprochant tout de même d'une forme plus édulcorée de non-droit. Ce sont donc ces trois aspects concrets que nous allons étudier successivement : conflits positifs (§I), conflits négatifs (§II) et l'altération des notions de droit (§III).

§ 1. CONFLITS POSITIFS

151. L'atteinte à la règle *non bis in idem* est de pratique répandue en droit pénal international. Nous n'envisagerons ici cependant qu'un versant de cette atteinte à savoir celui où les juridictions françaises interviennent en seconde position, c'est à dire lorsque sur un problème précis un jugement étranger a déjà été rendu et a acquis autorité de chose jugée à l'étranger.

Ainsi, il ne faut pas oublier que de par le comportement des juridictions françaises, lorsqu'il y a un élément d'extranéité, un jugement français peut être le premier terme d'une atteinte à *non bis in idem* en ce sens où la personne condamnée en France était naturellement justiciable des

juridictions d'un autre Etat et que la France , en rendant un jugement en cette hypothèse, bafoue certainement plus *non bis in idem* (ou au moins l'esprit de la règle) par ce premier jugement que le second pays, qui ne respecte pas la chose jugée en France, mais qui du point de vue de la compétence mise en œuvre exerce une poursuite légitime²³⁰. Nous n'envisagerons pas cette hypothèse car le droit pénal international, tel que nous l'entendons, est un droit de source interne et c'est seulement ce droit interne quant à ses sources qui fait l'objet d'une étude ici.

Ainsi donc, présentement, le conflit positif, en tant qu'atteinte à *non bis in idem*, sera entendu dans un sens strict d'abord, puis plus large. Nous évoquerons ainsi en premier lieu le problème de la territorialité, expression reine de la négation de *non bis in idem* (A) ; puis nous nous attarderons sur l'atteinte à *non bis in idem* lorsque n'est pas respecté le principe de l'imputation, pourtant exigence minimale pour tous ceux qui se refusent à laisser la place à *non bis in idem* dans son expression la plus stricte mais aussi la plus noble (B).

A. LA TERRITORIALITE

152. Le principe de la compétence territoriale en matière de répression internationale est souverain. Ainsi, c'est à ce niveau que se cristallisent nombre d'atteintes à *non bis in idem* car la France ne reconnaît pas l'autorité de la chose jugée à l'étranger dès lors qu'une infraction a été localisée sur le territoire français. De plus la compétence française est beaucoup plus étendue que ce que l'on pourrait penser de prime abord car pour qu'une infraction se localise en France , il faut et il suffit que l'un seulement des éléments constitutifs de l'infraction y ait été commis : article 113-2 NCP. Ce faisant, dès que pour une seule et même infraction, les éléments constitutifs de celle-ci se localisent sur différents territoires dont

²³⁰ La France ayant une conception plus qu'extensive de la territorialité de la répression, nos juridictions, au nom de ce principe, répriment des infractions qui n'ont qu'un lien très ténu avec notre sol. Dès lors, eu égard à ce rattachement qui emporte une grande part de fiction, c'est vraisemblablement dans un autre pays qu'est ancrée l'infraction en question et c'est donc dans cet autre pays que légitimement devrait s'exercer la répression au nom d'une compétence territoriale.

la France, et sachant que tous les Etats ont à un degré ou un autre une compétence territoriale pour la répression des infractions, toutes les « chances » sont réunies de voir naître un conflit positif de compétence, au sens où il y aura un concours entre différents Etats. S'ensuivra une atteinte grave à *non bis in idem* car quel que soit le résultat du concours, beaucoup d'Etats refusent de se soumettre à la chose jugée à l'étranger quant il s'agit d'exercer leur compétence territoriale.

1. L'unité des faits

153. Ainsi, par exemple, dans une espèce jugée, un employé d'une compagnie aérienne, agent d'une organisation qui le chargea d'acheminer au Canada de l'héroïne expédiée par avion depuis Paris, fut condamné au Canada pour détention de stupéfiants et en France à son retour pour entente en vue de commettre des infractions à la législation sur les stupéfiants.²³¹

Certes les deux incriminations ne sont pas identiques, certes l'infraction constituant une entente en vue de commettre des infractions à la législation sur les stupéfiants a bien eu lieu en France. Cependant « les juges disposaient d'une belle marge de sécurité puisque d'après l'article 693 ancien du CPP (alors en vigueur) : « est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France »²³². En l'espèce, le trafiquant avait plusieurs fois rencontré le chef de la bande avant de partir pour Montréal et on avait retrouvé la somme de 139 000 francs dans sa villa.

²³¹ Cass. Crim., 3 novembre 1970, Bull. n° 285 ; RSC 1971. 702 obs. Jean ROBERT. Voir aussi *supra* n° 74.

²³² Jean ROBERT, *ibid.*

154. Il nous faut cependant remarquer que ces éléments participent à une unité de faits qui trouve son aboutissement dans le passage de l'héroïne de la France vers le Canada, infraction pour laquelle le trafiquant a été condamné au Canada. La seconde condamnation en France est ici la conséquence de l'impérialisme français, utilement relayé par la conception française de la territorialité de la répression. Il nous semble que l'absence de condamnation en France pour ce trafiquant n'aurait pas eu de conséquence pour notre ordre public et qu'aucun trouble n'aurait été subséquent à une inertie française en la matière. De même, l'idée de connexité ou d'indivisibilité internationale aurait parfaitement pu justifier notre incompétence territoriale, au nom du concept de juste répression qui doit prévaloir. En cela, la condamnation prononcée au Canada remplissait sa finalité et sous l'incrimination choisie par ce dernier (qui était lié par la matérialité des faits commis sur son sol, alors que seule la détention de stupéfiants avait eu lieu au Canada) se cachait tout le processus qui a permis l'acheminement de la drogue vers le Canada. Il n'est d'ailleurs pas exclu que dans le quantum de la peine prononcée au Canada, les magistrats aient tenu compte des circonstances particulières de la cause et notamment du trafic sous-jacent. Aussi, s'il n'y a pas de violation de *non bis in idem* au sens strict, c'est seulement grâce à des artifices de procédures et au jeu des différentes incriminations. C'est néanmoins condamnable au sens où puisqu'on s'est gardé d'exclure ouvertement *non bis in idem*, on ne peut faire jouer le principe de l'imputation, qui lui à tout le moins, nécessite la violation de *non bis in idem*.

2. L'accès à l'indépendance de l'Algérie

155. Il semble que l'accession à l'indépendance d'un Etat soit l'occasion pour l'Etat français de maintenir un impérialisme à rebours en niant l'autorité de la chose jugée, qui prend la forme d'une amnistie générale conférée par le nouvel Etat. Ce faisant, la France manifeste une fois

encore une conception extensive de la territorialité puisque pour nos juridictions, la notion de territoire doit s'apprécier au moment de la commission des faits et non à une date quelconque ultérieure, quand bien même cet Etat aurait accédé à l'indépendance dans l'intervalle.

C'est ainsi que la règle *non bis in idem* a été mise en souffrance dans plusieurs cas lors de l'accès à l'indépendance de l'Algérie le 3 juillet 1962. Ainsi, par exemple, un individu reconnu coupable d'un homicide volontaire commis à Alger le 22 mai 1962, a été néanmoins condamné par la Cour d'assises des Basses Pyrénées et cela malgré l'amnistie générale édictée par l'ordonnance de l'Exécutif algérien du 10 juillet 1962²³³. Le recours de cet individu devant la Cour de cassation est illusoire, quand bien même il excipe de l'article 692 ancien CPP que « le fait n'aurait valablement pu être retenu par l'arrêt attaqué que tout autant qu'il aurait été encore susceptible d'être frappé d'une condamnation par les juridictions du lieu où il avait été commis, ce qui précisément n'était plus le cas depuis la proclamation de l'amnistie algérienne²³⁴ ». Pour toute réponse, la Cour de cassation précise que l'article 692 ancien CPP ne trouve à s'appliquer que pour des infractions commises à l'étranger. Or, au moment des faits, le lieu de l'infraction, Alger, était français.

156. Dans une autre espèce, un individu poursuivi devant un tribunal français pour avoir causé un accident de la circulation en Algérie avant la déclaration d'indépendance, invoquait un jugement rendu après l'indépendance par une juridiction algérienne, décidant que les faits objets de la prévention étaient amnistiés²³⁵. A cette occasion, la chambre criminelle refusa le bénéfice de l'amnistie étrangère car l'infraction avait été commise sur le sol français et ressortait donc de la compétence territoriale française. Il est important de relever ici que la Cour de Paris²³⁶ avait quant

²³³ Cass. Crim., 26 juin 1963, bull. crim. n°231; RSC 1964. 364., obs. LEGAL.

²³⁴ Cass. Crim., 26 juin 1963, *ibid.*

²³⁵ Cass. Crim., 26 janvier 1966, Rev. crit. DIP 1966. 661., note André HUET.

²³⁶ CA Paris, 26 janvier 1965, Gaz. Pal. 1965. 1. 247. ; D. 1965. Som. p. 95.

à elle déclaré l'action publique éteinte²³⁷, faisant sienne l'argumentation de l'individu poursuivi. Il s'agit d'une manifestation jurisprudentielle de la théorie selon laquelle les solutions, en droit pénal international, sont plus politiques que juridiques²³⁸ et donc aléatoires, variant au gré des humeurs des magistrats appelés à se prononcer

De fait, les juridictions françaises ont tenté ici et là de se conformer à *non bis in idem* en conférant un effet positif à l'amnistie prononcée par le nouveau gouvernement algérien. Ainsi, le tribunal correctionnel de Toulon a estimé perpétré à l'étranger un vol réalisé en Algérie avant l'indépendance, pour cette raison du moins affichée, « qu'à ce jour (à savoir la date du jugement NDLR) l'Algérie se trouve hors du territoire de la République²³⁹ ». Notons qu'en l'espèce, l'heureux bénéficiaire de cette décision est .. un Français. Aussi, ces décisions « sont restées isolées. Bien plus nombreuses sont celles qui prennent uniquement en considération le moment où les faits délictueux se sont produits pour déterminer la qualité française ou étrangère du lieu de commission de l'infraction²⁴⁰ ».

157. Si cette prise de position dominante n'est pas condamnable en soi et procède d'un raisonnement juridique sain, il n'en demeure pas moins qu'elle aboutit à bafouer la règle *non bis in idem* prise au sens large et qu'elle revient à dénier toute efficacité à l'amnistie prononcée par un Etat

²³⁷ De la même façon, pour les auteurs ou complices qui bénéficient d'une immunité de juridiction, « les tribunaux français sont privés de tout pouvoir de juger, de sorte qu'une action publique engagée contre eux serait irrecevable », André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°148. L'immunité concerne bien davantage « l'aptitude des tribunaux à juger que leur compétence proprement dite, car elle prive les tribunaux français de tout pouvoir de juridiction », op. cit. n°158.

²³⁸ Cf. Renée KOERING-JOULIN, thèse précitée, voir *supra* n° 130.

²³⁹ Trib. Correc. de Toulon, 17 mai 1963, *Gaz. Pal.*, 1963. 2. 387.

Un individu de nationalité française était prévenu d'avoir à Oran, le 20 juin 1962, soustrait frauduleusement une automobile et en outre, d'avoir en 1962 et 1963 dans cette ville puis à Toulon, fait usage d'une plaque d'identification du véhicule portant un faux numéro.

²⁴⁰ André HUET, op. cit. p. 667.

nouvellement indépendant, qui par ce geste de nature éminemment régaliennne, veut prouver son autonomie et son pouvoir nouvellement acquis.

Or de par la jurisprudence de la Cour de cassation, tous les délits et crimes visés par l'amnistie sont réputés être commis sur le sol français : l'amnistie est donc dénuée d'effet. Ainsi, après avoir accordé l'indépendance à l'Etat algérien, on lui dénie le droit d'utiliser un attribut dont il devrait pouvoir user normalement. C'est là une autre sorte d'impérialisme, plus insidieux et moins voyant, mais un impérialisme néanmoins. N'aurait-il pas été plus sage, à l'instar de certaines juridictions, de rendre effective cette amnistie et de laisser jouer la règle *non bis in idem* dans des circonstances aussi exceptionnelles qu'est l'accession à l'indépendance d'un Etat anciennement colonisé ?

Loin des problèmes de l'indépendance de l'Algérie se trouvent ceux plus proches de notre quotidien liés à l'imputation d'une peine prononcée à l'étranger et partiellement exécutée à l'étranger lorsqu'elle vient à être ensuite exécutée en France que ce soit suite à une évasion ou au transfèrement de la personne condamnée.

B. L'IMPUTATION

158. Si l'application de la règle *non bis in idem* n'est pas sans poser problème, nous aurions pu penser que celle de son « diminutif ²⁴¹ », le principe de l'imputation, serait plus facile. Il n'en est rien. Les exemples abondent, faisant prévaloir les principes généraux sur l'équité. Ce faisant, ce principe est mis à mal en cas d'évasion commise à l'étranger suivie d'une condamnation en France (1). Mais le principe de l'imputation dans une toute autre optique, différente de celle des conflits positifs et du problème de la violation de *non bis in idem*, est également malmené en cas de transfèrement de personnes condamnées à l'étranger (2). Un

²⁴¹ L'expression est de Pierre COUV RAT in RSC 1987. 267., *L'exécution partielle d'une peine à l'étranger par rapport à la condamnation infligée en France pour les mêmes faits*.

parallèle s'impose avec le respect de la règle *non bis in idem* car dans la seconde hypothèse, c'est aussi de non-droit dont il s'agit.

1. L'évasion d'un condamné

159. Ainsi, un Français ayant commis des vols aggravés en Suisse a été condamné à trois ans et demi de réclusion criminelle par la Cour d'assises de Genève. Il s'évade alors qu'il ne lui restait à subir au maximum qu'un an et un mois et se réfugie en France où il est à nouveau condamné au titre de la compétence personnelle active²⁴² et suite à la dénonciation des autorités suisses. Cette condamnation est égale à la peine de réclusion prononcée auparavant par les juridictions helvétiques. La Cour de cassation, dans un arrêt du 11 juin 1986²⁴³ affirme qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne permet d'imputer la partie de la peine déjà exécutée en Suisse²⁴⁴.

Dans une autre espèce, un Français avait été condamné pour viol, puis pour vol à main armée et tentative de viol par jugement du tribunal régional de Sarrebrück. Or il s'évade au cours de son incarcération et se réfugie en France. Pour les mêmes raisons qu'auparavant, il est arrêté et jugé puis condamné par la Cour d'assises de Moselle à cinq ans d'emprisonnement dont deux avec sursis probatoire. Puisqu'il avait purgé une partie de la peine en Allemagne à raison des mêmes faits, il sollicite l'imputation du temps passé en prison en Allemagne sur la peine ferme de trois ans qu'il devait exécuter en France. La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejeta son pourvoi, par un arrêt du 26 octobre 1993²⁴⁵.

²⁴² De fait, l'effet extinctif de chose jugée est subordonné à l'exécution intégrale de la peine prononcée (art. 689 ancien CPP et art. 113-9 NCP).

²⁴³ Cass. Crim., 11 juin 1986, bull. n°203.

²⁴⁴ Pierre COUVRAT, *ibid.*

²⁴⁵ Cass. Crim., 26 octobre 1993, bull. crim. n°315 ;RSC 1994. 326., obs. Bernard BOULOC.

160. Le parallèle entre ces deux espèces s'impose d'emblée. Il y a eu évasion dans les deux cas et l'on peut se demander s'il n'y a pas derrière le refus d'admettre le principe de l'imputation²⁴⁶ la volonté de réprimer l'évasion tentée à l'étranger. Néanmoins, même si la peine prononcée est la sanction indirecte du délit d'évasion qui emporte en droit interne un cumul des peines (art. 434-31 NCP), le quantum de la peine prononcée tient compte de l'infraction principale commise, et ce nonobstant la peine déjà effectuée à l'étranger. De plus, le délit d'évasion n'a fait l'objet d'aucune poursuite dans chacune des deux espèces.

Cependant, si le professeur Pierre Couvrat critique ces décisions, qui n'acceptent pas le principe de l'imputation car la répression se fait au nom de la compétence personnelle active²⁴⁷, il nous faut aller plus loin et n'admettre ce refus en aucune hypothèse, pas davantage celle où la répression se ferait au nom de la territorialité de la loi pénale. Ainsi, puisque l'article 692 CPP limite le jeu de la règle *non bis in idem* par des conditions très strictes telles notamment celle de l'exécution totale de la peine et que cet article est en contradiction avec nos engagements internationaux et notamment l'article 14§7 du pacte onusien, il faut au minimum que le principe de l'imputation soit d'une façon générale préservé.

Il y a non-droit lorsque nous exerçons notre compétence territoriale et nous refusons d'imputer du quantum de la peine prononcée en France, le quantum déjà partiellement exécuté à l'étranger à raison des mêmes faits. Cependant, en l'état actuel de notre droit, « l'équité prendra seulement les chemins que la loi lui laisse : modération judiciaire de la seconde

²⁴⁶ L'article 54 de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs prévoit l'imputation mais la France n'a pas signé cette convention. Or c'est précisément dans l'hypothèse d'évasion que cet article pourrait être amené à jouer car lorsqu'il y a « transfèrement » de personnes condamnées, c'est une autre convention qui s'applique prenant en compte le temps subi en détention à l'étranger (cf. *infra* n°162 et suivants). La distinction se fait au niveau de la façon, légale ou non, autorisée ou pas, dont se fait le passage d'un pays vers un autre.

²⁴⁷ « Il est bien certain que si la compétence française était commandée par le critère territorial, il n'y aurait pas lieu de tenir compte d'un jugement étranger, qu'il soit pleinement exécuté ou seulement en partie ; les deux condamnations peuvent alors être subies successivement (Crim., 26 mai 1964, Bull. crim., n°177) », Pierre COUV RAT, RSC 1987. 267.

condamnation ou remise partielle de peine par voie de grâce²⁴⁸ ». Voilà un chemin bien étroit et parsemé d'embûches qui laisse une grande place au non-droit.

161. Il nous faut cependant ajouter que dans le cadre européen, ce genre de problème est appelé à disparaître du fait de l'application de la convention de Schengen. L'article 68 de cette convention permet de reprendre en France l'exécution d'une peine prononcée à l'étranger à l'encontre d'un Français qui s'est soustrait à l'exécution de cette peine à l'étranger. Ces dispositions, n'ayant pas pour résultat de rendre plus sévère la peine prononcée, sont directement applicables au terme de l'article 112-2-3²⁴⁹ du NCP. Ainsi, un Français qui avait été condamné en Belgique en 1988 aux travaux forcés à perpétuité pour meurtre et délits connexes, a pu bénéficier de ces dispositions après s'être évadé en 1993 et avoir été arrêté en France en 1996²⁵⁰. Un second procès n'est alors pas nécessaire et le principe *non bis in idem* est respecté dans un souci de justice et d'équité. L'évasion est ici sans influence sur le quantum de la peine car il n'y a pas de seconde peine prononcée.

Ce faisant, nous appliquons conformément à nos engagements internationaux, une décision de justice étrangère sans que cela trouble notre ordre public, entrave notre souveraineté, ou amoindrisse notre puissance.

2. Le transfèrement d'un condamné

162. Le problème est tout différent lorsqu'il s'agit de l'imputation après le transfèrement de personnes condamnées. Il ne devrait d'ailleurs pas y

²⁴⁸ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit. n°402 p.509.

²⁴⁹ Bernard BOULOC, *Exécution d'une peine prononcée à l'étranger.*, RSC 1998. 537 ; cass. crim., 4 novembre 1997, bull. n°367.

²⁵⁰ Bernard BOULOC, *ibid.*

avoir de grande difficulté car la France a adhéré à la Convention multilatérale du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées , signée à Strasbourg le 21 mars 1983 et a conclu de nombreuses conventions bilatérales avec un certain nombre de pays.

« Le législateur français a estimé nécessaire de décrire les conditions d'application en France de ces accords internationaux. Ce fut l'objet d'une loi du 21 décembre 1984 qui ajouta au code de procédure pénale les articles 713-1 à 713-8 ²⁵¹ ». Néanmoins, il nous semble que surgissent des obstacles nous conduisant à examiner le non-droit sous un autre angle.

163. Un Français avait été condamné en Thaïlande en 1984 à 25 ans d'emprisonnement pour trafic de stupéfiants. Après exécution d'une partie de sa peine, il a pu être transféré en France en application d'accords bilatéraux. Des problèmes sur le quantum restant à subir se posent alors et la Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt du 18 décembre 1996²⁵². « La peine prononcée par la Cour d'assises de Bangkok (..) avait été de 25 ans d'emprisonnement et la Cour d'appel de Paris en 1991 avait « été » cette peine de cinq années , en application de l'article 713-3 al 2 du CPP, en considérant que le maximum légal français pour la même infraction était de 20 ans d'emprisonnement ²⁵³ », à bon droit justement car on ne pourrait songer à faire exécuter une peine en France qui n'aurait pu être prononcée par nos juridictions. Ainsi, la peine prononcée à Bangkok de 25 ans a été réduite à 20 en France. Soit.

Mais qu'en est-il alors des réductions de peines obtenues par le condamné à l'étranger, à savoir 8 ans, 3 mois et 27 jours ? Pour la Cour de cassation, il convient de déduire le temps censé être exécuté par le bénéficiaire des réductions accordées sur place. La base de calcul est en effet « la partie qui reste à subir dans l'Etat étranger ». Pour le professeur

²⁵¹ Pierre COUVRAT, *L'exécution partielle en France d'une peine privative de liberté prononcée à l'étranger.*, RSC 1997. 884.

²⁵² Cass. crim., 18 décembre 1996 , bull. n° 478 ; RSC 1998. 884.

²⁵³ Pierre COUVRAT, *ibid.*

Pierre Couvrat, « la Chambre criminelle fait une application stricte et littérale de la loi de 1984 ».

164. Sans doute, mais nous sommes néanmoins perplexes car il nous semble que dans cette analyse, la Cour de cassation a perdu de vue que la peine prononcée à Bangkok (25 ans) a été réduite en France à 20 ans. Or les réductions de peines accordées en Thaïlande l'ont été sur la base d'un emprisonnement de 25 ans et non de 20. Il faudrait selon nous réduire le quantum de réduction des peines de quatre cinquièmes, le maximum de la peine prononcée ayant lui aussi été réduit de quatre cinquièmes lors du transfert en France du condamné. A défaut, la différence représente une part d'impunité liée uniquement au transfert d'un condamné, ce qui n'est pas acceptable sur le plan des principes car le transfert n'a pas pour objet et ne doit pas avoir pour effet d'influer sur une décision de condamnation étrangère.

Or à l'évidence, l'imputation pure et simple comme le préconise la Cour de cassation des réductions de peine, entraîne en valeur absolue et en valeur relative une diminution du quantum de la peine prononcée. Ce n'est ni l'objectif, ni l'esprit du principe de l'imputation dans l'hypothèse particulière de personnes condamnées à l'étranger et rapatriées vers la France. Le transfèrement n'est qu'un mode d'exécution de la décision de justice, qui ne doit en aucune manière exercer une influence sur la décision elle-même.

Dans cette espèce il y a là , même si cela aboutit à une certaine clémence pour le condamné, la manifestation du non-droit tel qu'il peut exister dès lors que différents Etats sont en concours en droit pénal international, quand bien même ceux-ci serait liés conventionnellement. Cependant ce non-droit apparaît au niveau de l'exécution des décisions de justice alors que nous, nous étudions le problème particulier de la prise en compte d'une décision de justice étrangère. Le principe de l'imputation a été ici étudié globalement, ne relevant plus dans la dernière hypothèse de la notion de diminutif à la règle *non bis in idem*. Aussi , il y a lieu de constater quant au problème de l'imputation, entendu en un sens large,

qu'après avoir péché par excès (en ayant une conception trop souple de l'imputation pour le transfèrement de personnes condamnées), le système pêche par défaut (en refusant la mise en œuvre de ce principe en cas d'évasion).

Ainsi donc, là où règnent les conflits positifs, c'est-à-dire en matière d'imputation, peuvent également prendre naissance des zones d'impunité (entendu dans un sens très large). Et c'est alors plus généralement vers l'étude des manifestations jurisprudentielles de conflits négatifs que nous nous acheminons.

§ 2. CONFLITS NEGATIFS

165. Bien que l'on constate souvent que nos lois établissant notre compétence répressive internationale tendent à une répression généralisée, il subsiste malgré tout des zones d'impunité, soit parce qu'il est difficile de faire coïncider nos lois avec celles étrangères lorsque se présente un élément d'extranéité, soit parce que des contingences supérieures (souvent politiques) entraînent une impunité de circonstance, soit enfin parce que le législateur est dépassé par les événements et notamment leur rapidité.

En toute hypothèse, les conflits négatifs existent et les manifestations jurisprudentielles en sont les signes les plus probants. Il est deux domaines où ces conflits sont nombreux et démontrent les limites de l'efficacité de nos lois pénales. La complicité de crimes ou délits lorsqu'une des composantes présente un élément d'extranéité est un lieu d'expression privilégié pour les conflits négatifs (A). Les domaines à la pointe de la modernité tels que celui des nouvelles technologies sont également un creuset pour une certaine insuffisance législative (B).

A. LA COMPLICITÉ INTERNATIONALE²⁵⁴

166. En 1959, avec l'entrée en vigueur du code de procédure pénale, fut introduit dans notre droit une disposition visant la répression de la complicité en France de crimes ou délits commis à l'étranger (art. 690 ancien). Cette « innovation » répondait à une nécessité due à l'impunité de certains complices dans de trop nombreuses hypothèses. Il nous faut donc examiner ce qu'il en était avant 1959 (1) pour mieux apprécier les contours et le relief de l'article 113-5 NCP qui a pris la relève de l'article 690 ancien CPP (2).

1. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle

167. Ainsi par exemple un arrêt rendu le 19 avril 1888²⁵⁵ par la Chambre criminelle de la Cour de cassation conclut à l'impunité de Packe, sujet anglais, arrêté à Paris au moment où il voulait vendre des valeurs provenant d'un vol commis à Bâle au préjudice de sieur Vischer. Extradé en Suisse, Packe avait d'abord été condamné comme auteur du vol ; mais ayant établi un alibi, le tribunal de Bâle, revint sur son premier jugement et prononça son acquittement le 28 juin 1887. Ce jugement précisait que le tribunal n'était pas compétent en ce qui concernait la complicité par recel. Packe fut alors réextradé en France pour y être poursuivi et jugé pour complicité de vol par recel²⁵⁶ de valeurs soustraites à Bâle.

Il faut souligner en la matière que pour le règlement des litiges concernant la complicité, le principe est que complicité égale criminalité

²⁵⁴ Pour une étude générale, voir Alain FOURNIER, *Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises.*, Rev. crit. DIP 1981. 31.

²⁵⁵ Cass. crim., 19 avril 1888, D. 1888. I. 284.

²⁵⁶ Le recel n'intervient que lorsque l'infraction est consommée pour la cacher ou en tirer profit. Aussi nos lois ont changé et désormais le recel est une infraction autonome et n'entre plus dans le domaine de la complicité (loi du 22 mai 1915 qui a modifié l'article 460 de l'ancien CP).

d'emprunt, or l'auteur du vol est resté inconnu d'où l'impunité en Suisse. Le même type de raisonnement est suivi par les juridictions françaises.

La Cour de cassation précise dans son arrêt que « le complice d'un vol par recelé devant être puni des mêmes peines que l'auteur du vol, et cet auteur, en pays étranger, ne pouvant être jugé que conformément aux lois de ce pays, les tribunaux français n'ont ni compétence ni pouvoir pour les appliquer²⁵⁷ ». De fait, l'article 59 du CP (ancien) dispose que les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs de ce crime ou ce délit. Les tribunaux français, s'ils avaient le pouvoir de juger le receleur en France d'objets volés à l'étranger par un étranger (or ils ne l'ont pas jugé car le fait principal doit avoir été préalablement déclaré, ce que les articles 5 à 7 du code d'instruction criminelle ne permettent pas eu égard au principe de la territorialité des lois pénales sachant que le fait principal a été commis à l'étranger. L'infraction principale ayant été commise à l'étranger, c'est à l'étranger que l'auteur doit être poursuivi et condamné), devraient appliquer les lois pénales de ce pays, ce qui est hors de leur compétence²⁵⁸.

Ainsi, la théorie complicité, criminalité d'emprunt est un vecteur d'impunité lorsque l'auteur principal est inconnu : cela est vrai de part et d'autre de la frontière franco-suisse. D'autres illustrations sont possibles.

168. Les faits de l'espèce jugés par le Tribunal correctionnel de la Seine le 18 décembre 1901²⁵⁹ sont les suivants : Bazot s'est rendu coupable en 1900 en Suisse d'un abus de confiance au préjudice de sieur Sagel. Il s'est d'autre part rendu coupable en France de complicité de soustraction frauduleuse commise à Bienne (Suisse) en recelant sciemment du numéraire et des montres provenant de vol.

²⁵⁷ Cass. crim., 19 avril 1888, D. 1888. I. 284.

²⁵⁸ Le problème de l'application de la loi pénale étrangère n'est pas nouveau et émeut la doctrine épisodiquement. Voir *infra* 2nd partie.

²⁵⁹ Trib. Correctionnel Seine, 18 décembre 1901, JDI 1902. 324.

Le tribunal décide à bon droit²⁶⁰ qu'il n'est pas compétent pour connaître d'une poursuite pour recel dirigée cette fois contre un Français à raison d'un vol commis à l'étranger, alors que la nationalité de l'auteur principal n'est pas déterminée. Il importe peu que les faits de recel se soient accomplis en France et qu'ils aient été commis par un Français. Le raisonnement juridique est le même que celui dans l'espèce précédente. Le résultat est également identique et l'impunité est acquise. Dans les deux espèces, le fait de complicité est constitutif d'un recel qui d'après les articles 59, 60 et 62 du CP (ancien) n'est pas un délit *sui generis*.

Mais ce type de complicité est différent des autres modes de complicité car tous, antérieurs ou concomitants, caractérisent une participation plus ou moins directe au crime. Le recel n'intervient que lorsque l'infraction est consommée pour la cacher ou en tirer profit. Dès lors nos lois ont subi adaptation et désormais le recel est une infraction autonome, à part entière, qui n'entre plus dans le domaine de la complicité. Il peut alors être réprimé par les tribunaux français lorsqu'il est commis sur le territoire français sans le secours de l'article 113-5 NCP.

2. Depuis le CPP : l'article 690 ancien CPP et l'article 113-5 NCP

169. La complicité trouve à se manifester par différents modes et l'article 690 ancien CPP vise à empêcher l'impunité issue d'un fait de complicité accompli en France pour un crime ou un délit commis à l'étranger. Le recel n'entre désormais plus dans ses prévisions (aussi il pourra plus aisément être réprimé) mais ce nouvel article s'applique dans bien d'autres hypothèses par ailleurs.

Cependant, après une analyse succincte, nous constaterons que cette « nouveauté » est décevante et très rarement utilisée en pratique. Nous n'avons d'ailleurs pu trouver aucune espèce où l'on utilise l'article 690 de façon positive, c'est-à-dire lorsque son intervention empêche une

²⁶⁰ Eu égard à la législation en vigueur.

impunité. Trop souvent cet article est invoqué devant nos juridictions pour mieux rejeter la compétence française²⁶¹ eu égard à ses conditions et son domaine d'application. Examinons donc ce nouveau dispositif « anti-impunité ».

170. Entré en vigueur le 2 mars 1959, le code de procédure pénale consacra un article 690 au problème de la complicité territoriale de crime ou délit commis à l'étranger. Ce texte dispose que « quiconque s'est, sur le territoire de la République, rendu complice d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger, peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises si le fait est puni à la fois par la loi étrangère et par la loi française, à la condition que le fait qualifié crime ou délit ait été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère ». L'article 113-5 du NCP reprend à présent ces dispositions à son compte. La complicité en France est donc punissable de façon autonome pour un fait commis à l'étranger ce qui résout un certain nombre de lacunes. Tout cependant n'a pas trouvé solution sous les lignes de cette disposition (inconnue du code d'instruction criminelle).

171. L'impunité persiste lorsque le complice français d'un auteur étranger a agi sur le sol étranger²⁶² (sans porter atteinte à un Français, à la France et ses intérêts fondamentaux ou à un intérêt protégé par l'universalité du droit de punir) et revient se réfugier en France avant une arrestation à l'étranger²⁶³.

²⁶¹ Cass. crim., 20 février 1990, D. 1991. 395 note Alain FOURNIER.

²⁶² Cf. sous l'empire du code d'instruction criminelle (mais les solutions sont toujours d'actualité, sous réserve de la controverse doctrinale voir *supra* note 71 sous n°46 et *infra* note 266 sous n°171) : cass. Crim., 17 octobre 1834, S. 35. 1. 33 ; Trib. Correc. Seine, 18 décembre 1901, JDI 1902. 324.

²⁶³ « L'extension de notre compétence personnelle active à l'encontre du français complice se restreint à l'hypothèse où l'auteur principal lui-même est français (en ce sens, cass. Crim., 22 juin 1882, S. 84. 1. 456 ; CA Douai, 7 janvier 1892, JID 95. 1005) » Alain FOURNIER, *rép. Pénal*, V° Compétence internationale, 1996 op. cit. n°173.

Dans la seconde espèce citée, l'acte de complicité était commis en France, mais les faits s'étaient déroulés avant 1958 et l'article 690 CPP. En revanche, la question du rattachement est directement résolue par la Cour d'appel qui admit la compétence des tribunaux français pour juger le citoyen

En effet, en matière de complicité à l'étranger par un étranger et pour des faits qui relèvent de notre compétence réelle, personnelle passive ou universelle, les juridictions françaises sont saisies « *in rem* »²⁶⁴, eu égard au caractère objectif du rattachement du fait principal avec la France. La compétence s'étend alors au complice étranger ayant agi à l'étranger. Le problème se pose en matière de compétence personnelle active où les juridictions françaises sont saisies « *in personam* ». Le complice français de l'auteur principal français pour des faits commis à l'étranger sera justiciable des tribunaux français sur le fondement de la compétence personnelle active²⁶⁵. Ainsi, pour le recteur Lombois, « si le complice emprunte la criminalité de l'auteur principal, il ne lui emprunte pas sa nationalité »²⁶⁶. De fait, le complice français d'un auteur principal étranger pour des faits de complicité commis à l'étranger ne sera pas punissable en France (cf. art. 689 ancien CPP) mais reste punissable à l'étranger (au nom de la territorialité de la loi pénale). Aussi, un retour rapide en France lui assure l'impunité du fait de la non-extradition des nationaux.

L'impunité ne provient pas ici de l'absence de règle de la part de deux Etats mais d'une faille dans le système législatif français. Le non-droit est donc lié à la carence de nos lois, aux conditions éminemment restrictives édictées par l'article 690 ancien CPP conjuguées à ce principe de non-

français complice de crime commis à l'étranger par deux coauteurs français. A l'inverse dans l'hypothèse soumise à la Cour de cassation, la solution était seulement implicite : elle admit l'extension au complice français coupable de recel à Londres, de la compétence personnelle active déterminée à l'encontre de l'auteur principal français d'un vol commis à Bruxelles. L'impunité du complice français à l'étranger d'un auteur principal étranger est donc le fruit d'une interprétation *a contrario* de cette jurisprudence.

²⁶⁴ Alain FOURNIER, *Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises.*, Rev. crit. DIP 1981. 31.

²⁶⁵ « Le complice étranger, à l'étranger, d'un auteur principal français, ne peut être jugé d'après la loi française : crim., 26 novembre 1962 (motifs) JCP 1962. 12953. Ce dernier arrêt, parce qu'il s'est fondé seulement sur « l'incompétence radicale des juridictions françaises pour connaître des faits délictueux commis à l'étranger par un individu de nationalité étrangère », se prête à l'interprétation *a contrario* : le fait délictueux de complicité, commis par un Français à l'étranger, n'est pas radicalement hors de la compétence française ; il n'y est pas, non plus, compris de plein droit ; mais pourquoi n'y serait-il pas, lorsque la loi française est compétente à l'égard du fait principal ? » Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 1ère éd. 1971, op. cit. n°272. De même, voir André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. n°141 et *infra* note 267.

²⁶⁶ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit. n° 271.

extradition des nationaux derrière lequel s'abrite nombre de délinquants²⁶⁷. Les carences législatives se manifestent également dans d'autres domaines, plus techniques et qui ne présentent pas encore la forme d'un contentieux de masse.

B. LES VIDES LEGISLATIFS

172. L'insuffisance législative en tant que source de non-droit est une réalité qui s'exprime aussi bien en théorie qu'en pratique. Bien que la théorie ne relève pas pour l'instant de la catégorie « manifestations jurisprudentielles », elle peut y entrer concrètement dans un avenir plus ou moins proche, aussi il nous appartient de ne pas la négliger.

1. Les espaces vierges de toute souveraineté

173. Il nous faut envisager le vide juridique qui existe dans l'hypothèse où un apatride commettrait un crime ou un délit au préjudice d'un apatride en haute mer ou dans l'espace aérien international, qui sera certainement à

²⁶⁷ Une controverse agite cependant la doctrine quant à l'analyse à fournir du nouvel article 113-5 NCP pour l'hypothèse de compétence personnelle active. Pour le professeur FOURNIER, l'analyse ne doit point différer à ce niveau de celle qui avait cours sous l'empire de l'article 690 ancien CPP. « Une extension de notre compétence personnelle active se limite comme jadis par conséquent au complice français d'un auteur principal lui-même français, mais non plus au complice étranger », Alain FOURNIER, Rép. Pénal, V° Compétence internationale, op. cit. n°189. A l'inverse, pour les professeurs KOERING-JOULIN et HUET, eu égard au nouvel article 689 CPP qui prévoit que « les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du Code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction », il y a lieu de modifier l'interprétation traditionnelle selon laquelle le rattachement se fait *in personam* et que le complice ne peut emprunter la nationalité de l'auteur. Pour ces derniers, « désormais, de manière aussi simple qu'efficace, dès qu'une infraction principale commise à l'étranger relève de la loi française, les tribunaux français sont compétents pour juger non seulement son auteur, mais aussi son complice, quels que soient la nationalité de celui-ci et le lieu où il a agi », André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. n°141 p. 229. Pour ces auteurs, point d'impunité pour le complice étranger à l'étranger d'une infraction principale commise à l'étranger par un Français. Cependant, cette interprétation « plus extensive ne résout point l'hypothèse du complice français lorsque l'auteur principal est étranger (NDLR : l'ensemble délictueux est localisé à l'étranger) , de sorte que la plus grave lacune n'est pas pour autant comblée », Alain FOURNIER, *ibidem*.

l'avenir tout aussi visité que la haute mer. Ni notre compétence territoriale qui ne s'exerce ni en haute mer ni dans l'espace aérien international²⁶⁸, ni notre compétence personnelle (puisque les deux personnes en question n'ont pas de nationalité), ni la compétence universelle²⁶⁹ et encore moins la compétence réelle ne peuvent se saisir de cette infraction. L'impunité est alors acquise sur le sol français et il est à craindre que cela le soit dans chaque Etat du globe, aucun n'ayant vocation à exercer une compétence territoriale pour des faits commis en haute mer ou dans l'espace aérien international, ces deux entités n'appartenant à personne. Par ailleurs, chaque Etat adopte avec plus ou moins de similitude le même type de compétence qui ne peut en l'espèce s'exercer.

Nous n'ignorons pas qu'il s'agit là d'une hypothèse marginale mais il nous appartenait de l'envisager. Examinons de plus près la pratique des conflits négatifs liée à une insuffisance législative, résultant dans une certaine mesure d'une insuffisance politique.

2. Le cyber-espace

174. S'il y a un domaine à la pointe de la technologie dont il est indispensable de parler afin d'en rechercher les conséquences au niveau pénal international, c'est bien celui du cyber-espace et de la technologie développée par Internet qui ne fait l'objet aujourd'hui d'aucune législation spécifique. Ce cyber-espace se caractérise par une absence totale de frontière et par la rapidité des échanges qui y sont effectués : il y a là de quoi engendrer des conflits négatifs en droit pénal international, c'est-à-dire une certaine impunité qui pourrait avoir pour origine un trop-plein normatif inadéquat.

²⁶⁸ Sous réserve de la présence d'un pavillon ou d'un aéronef français.

²⁶⁹ Sous réserve que l'infraction ne constitue pas un des faits réprimés au nom de la compétence universelle, visés sous les articles 689-2 et suivants CPP.

Cet espace est-il l'expression du non-droit le plus absolu comme on peut le dire ou l'entendre ? Est-ce là que vont pouvoir s'exprimer tous les conflits négatifs envisageables et l'impunité la plus absolue ?

Pour les juristes spécialistes du cybermonde, la réponse est négative²⁷⁰ au sens strict sachant qu'il faut tout de même nuancer cette affirmation. « Si le discours ambiant est à l'impuissance du droit, il est surtout intéressant de noter que la réalité, à l'opposé de celui-ci, est que le juge pénal peut intervenir tout comme le juge civil, alors même que d'un pays à l'autre ses facultés d'intervention pourraient varier ». C'est grâce à l'article 113-2 du NCP que le juge pénal pourra (efficacement ?) intervenir pour réprimer les infractions ayant pour support la diffusion sur le Net. L'intervention se fait dès qu'un élément constitutif de l'infraction a été commis en France. Ainsi, de nombreuses infractions complexes comportant la mise en ligne d'informations délictueuses à partir d'un serveur situé à l'étranger sont susceptibles d'être jugées en France, lorsque pourra y être situé un commencement d'exécution ou la commission de l'un des éléments constitutifs de l'infraction.

Par exemple, la reproduction non autorisée d'une image ou d'un texte en France par le biais du Net est un des éléments constitutifs de l'infraction de contrefaçon et permet au droit pénal français d'être appliqué. Il est tout aussi vrai que si des propos racistes sont lancés sur le réseau depuis l'étranger et si ses propos gagnent la France, il s'agit alors d'éléments constitutifs de l'infraction de provocation à la haine raciale, sanctionnée en France par le biais de l'article 113-2 du NCP qui se révèle efficace en ce domaine.

175. Cependant, si le droit français peut être appliqué, il ne faudrait pas que cela reste pure théorie ou « la simple occasion (pour) d'élégantes arabesques²⁷¹ ». Le problème crucial est ici celui de l'efficacité de la décision française face à la multiplication des délits sur Internet. Celle-ci

²⁷⁰ Michel VIVANT, *Cybermonde : droit et droit des réseaux.*, JCP 1996. I. 3969, op. cit. n°19s.

²⁷¹ Michel VIVANT, op. cit. n°24.

s'apparente trop souvent à une goutte d'eau perdue dans un océan. Trop fréquemment de plus, « le délinquant condamné ne peut être appréhendé en France . Un exequatur n'est pas absolument impossible. Convenons qu'il sera exceptionnel. Le sentiment prédominant est alors peut-être celui de l'absence d'intérêt d'une décision pénale vouée au néant...²⁷² ». Aussi , si la multiplication des Etats compétents pour se saisir d'une infraction sur Internet est plutôt source de conflits positifs, la pratique et l'inefficacité des décisions ont transformé le conflit positif en conflit négatif et en impunité pour les auteurs de ces infractions. Aussi, convenons qu'en l'espèce , le respect *d'aut dedere, aut punire* ne constitue pas un gage pour une juste répression et que l'impunité sait trouver les chemins pour se pérenniser.

Il est ainsi urgent de stigmatiser l'impuissance de nos lois et l'impunité corrélative qui s'ensuit face à la multiplication des infractions commises sur Internet. Nos lois, même si elles permettent en théorie de réprimer les infractions commises sur le net ou grâce au net sont en réalité inefficaces face à la rapidité, spécificité du réseau, et de la commission de l'infraction et de la fuite de son auteur de par le monde. Le réseau ne connaît pas de frontières et les délinquants du réseau se jouent des frontières pour s'assurer une impunité réelle.

Il ne s'agit plus ainsi d'insuffisance législative mais plutôt d'inefficacité : celle-ci n'est elle pas en fait le résultat d'une insuffisance politique ? Si tous les dirigeants de ce village planétaire voulaient s'offrir un *corpus* juridique efficace, il n'y aurait plus d'impunité dans le cybermonde, voire même dans le monde réel. « Ce n'est pas le droit qui manque au rendez-vous mais éventuellement la volonté politique²⁷³ ». La même analyse peut être réalisée en droit pénal des affaires au niveau européen.

²⁷² Michel VIVANT, op. cit. n°27.

²⁷³ Michel VIVANT, op. cit. n°28.

3. Le droit pénal des affaires

176. A l'heure de la libre circulation des personnes , des marchandises et des capitaux, dans cette Union européenne qui s'est dotée d'une monnaie unique, le droit pénal des affaires européen est inexistant. Il n'existe ainsi pas d'incrimination spécifique pour certaines pratiques, entraînant là encore injustice et impunité. « Ainsi, il est particulièrement difficile ou impossible , malgré le principe de l'assimilation des infractions étatiques aux infractions communautaires, de poursuivre l'escroquerie aux subventions et aides communautaires²⁷⁴. Il en résulte qu'elle n'est en général pas sanctionnée, car les éléments constitutifs de l'infraction définie par le code pénal étatique ne comprennent que les aides financières de l'Etat concerné. La situation est analogue en matière de faux en écriture publique²⁷⁵ ».

De plus, une difficulté supplémentaire surgit du fait de la territorialité de la loi pénale : « les infractions commises par une entreprise dans un autre Etat de la communauté ne peuvent souvent pas être poursuivies, car les règles pénales ne s'appliquent pas en dehors du territoire de l'Etat ²⁷⁶». Or c'est souvent l'escroquerie aux subventions qui dépasse les frontières.

Ici encore, il reste un long chemin à parcourir pour qu'il y ait un jour un droit pénal européen, seule façon de parer à certaines impunités. En ce domaine, le problème de l'insuffisance législative n'est que la partie immergée de l'iceberg, l'absence de volonté politique en étant la cause profonde.

Aussi, même si les conflits négatifs ne représentent qu'une petite part dans la zone de non-droit, le problème reste entier et l'impunité, toujours

²⁷⁴ Cela concerne des sommes astronomiques.

²⁷⁵ Dietrich OEHLER, *La protection du marché européen par le droit pénal des affaires*. In Mélanges LEVASSEUR.

²⁷⁶ Dietrich OEHLER, *ibidem*.

d'actualité, peut être vive dans certains domaines. A côté des conflits positifs et des conflits négatifs constituant cette zone de non-droit, il nous faut évoquer , par une illustration, une autre facette du non-droit : l'altération des notions de droit dans le but d'éviter de funestes conflits négatifs.

§ 3. L'ALTERATION DES NOTIONS DE DROIT

177. Nous étudierons ce phénomène à travers l'analyse d'un exemple tendant à prouver que le droit, pour empêcher de scandaleuses impunités, peut se soumettre à bien des contorsions.

« A l'aube du 6 novembre 1992, des policiers du Havre entendaient un ghanéen, dénommé Ofusu Kingsley, leur faire le récit de la tragédie dont il avait été témoin et manqué être la victime. Lui-même et huit camarades montés clandestinement à bord du porte-conteneurs MC Ruby ,au Ghana, le 24 octobre 1992, avaient été découverts par des marins du navire le 30 octobre au matin. Après quelques jours de séquestration, huit des clandestins avaient été assassinés et leur cadavre jeté à la mer ; lui-même avait eu la chance d'échapper à ses agresseurs en s'enfuyant et en se cachant sur le bateau jusqu'à que ce dernier jette l'ancre dans le port français ²⁷⁷ ».

Tout le problème était de savoir en vertu de quel titre de compétence allaient pouvoir être réprimés ces crimes odieux commis en haute mer , à bord d'un bateau étranger, par des étrangers sur des victimes étrangères... Il n'était pas question pour les magistrats de se déclarer incompétents car il était difficile d'imaginer « comment d'autres Etats que la France (la Russie, l'Ukraine, l'Abkhasie dont les auteurs ou complices étaient originaires ? le Ghana ou le Cameroun dont les victimes étaient

²⁷⁷ Renée KOERING-JOULIN, *L'affaire MC Ruby et la compétence des juridictions répressives françaises.*, in Etudes en l'honneur de Dominique PONCET, *Procédure pénale. Droit pénal international. Entraide pénale.*

ressortissants ?) auraient effectivement exercé leur compétence répressive ²⁷⁸».

178. Pour éviter le désastre de l'impunité, ils trouvèrent une solution en se déclarant compétents sur le fondement de notre compétence universelle. La chambre criminelle retient le fait que les comportements incriminés relevaient « des tortures et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » au sens de la Convention de New York du 10 décembre 1984²⁷⁹.

« Or à notre sens, quelque légitime fut l'indignation soulevée par ces faits, c'est forcer leur qualification que de les faire entrer dans les stipulations de la Convention de New York, même si le forçage intéresse moins la matérialité des comportements que la psychologie de leurs auteurs ²⁸⁰». En effet, pour qu'il y ait torture et acte de barbarie, il faut que le comportement du bourreau soit tendu vers un but unique : faire souffrir la victime, de façon gratuite si l'on peut dire. Or il est constant dans cette affaire que l'objectif de ces criminels n'était que de les faire disparaître physiquement, c'est-à-dire les tuer et les jeter à la mer. « Le peu d'attention portée en l'espèce par la chambre criminelle à la spécificité de l'intention en matière de torture et d'actes de barbarie surprend. ²⁸¹»

179. Aussi, nous ne pouvons que conclure que la compétence universelle affirmée apparaît « quelque peu forcée juridiquement parlant même si, la fin justifiant en quelque sorte les moyens, l'on a envie d'approuver les magistrats français d'avoir permis la répression des coupables ²⁸²».

²⁷⁸ Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

²⁷⁹ Art. 689-2 CPP.

²⁸⁰ Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

²⁸¹ Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

²⁸² Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

Néanmoins si la solution est satisfaisante sur le plan de l'équité, elle ne l'est pas au niveau du droit, ce qui suggère là encore la présence de quelques insuffisances. Le non-droit au service du droit, c'est-à-dire surtout au service de l'équité, cela reste du non-droit, gravitant dans une autre catégorie : celle permettant une répression équitable.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

180. Nous ne pouvons que conclure que cette zone de non-droit à multiples facettes, est une réalité qui traduit de graves désordres dans notre système juridique, dans nos différents systèmes juridiques de par le monde. Sa pérennisation est assurée puisque seule une volonté d'y remédier serait une réponse efficace en la matière. Or aucune volonté ne se fait jour.

Après la définition du non-droit, il nous faut nous interroger sur les causes et les mécanismes juridiques qui lui permettent de prendre la forme qu'elle a actuellement.

CONCLUSION DU TITRE I

181. Le non-droit existe lorsque la frontière devient source d'impunité ou de double répression. Or, lorsqu'une infraction présente un ou plusieurs éléments d'extranéité, on fait abstraction avec plus ou moins de bonne volonté, et à des degrés différents des principes fondamentaux que sont *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*. Dès lors apparaît une zone de non-droit propre au droit pénal international, ultime conséquence de la conception particulière que l'on se forge de la justice pénale qui doit être territoriale et autosuffisante.

En droit pénal international, de nombreux exemples prouvent la réalité et l'existence de violation graves et répétées de principes qui devraient être fondamentaux, au nom de contingences supérieures. Il est donc important de répertorier et de discuter la valeur des causes invoquées pour justifier le non-respect de *non bis in idem* et *d'aut dedere, aut punire*.

Nous allons donc examiner les causes du non-droit (titre II).

TITRE II

LES CAUSES DU NON-DROIT

182. Le non-respect systématique de *non bis in idem* et *d'aut dedere, aut punire* en droit français ne procède pas d'une intention délibérée de laisser à l'écart de notre droit ces deux principes. Il s'agit au contraire de la conséquence d'une politique impérialiste visant à protéger notre territoire et à lui apporter la plus grande protection qui soit, en vue de préserver notre souveraineté et ses attributs. Pour être un Etat digne de ce nom, la France croit qu'elle doit garder la mainmise absolue sur tout ce qui se déroule à l'intérieur de ses frontières et que, corrélativement, elle se doit d'être méfiante à l'égard des tiers qui ont assurément des intentions nuisibles et offensives.

En droit pénal international, cette conception de l'Etat se traduit par un territorialisme exacerbé et une affirmation répressive à caractère extensif. La protection de notre territoire se manifeste par l'idée que seuls nos juges sont compétents pour réprimer toutes les infractions commises ou partiellement commises, même à un degré très minime, sur notre territoire. Cela suppose que ces juges sont seuls habilités à appliquer la loi pénale française, seule capable de fournir la répression *ad hoc* et que dans le même temps toute intervention extérieure, et notamment une décision répressive étrangère, doit être considérée comme inexistante, car incapable de protéger efficacement le territoire en question.

Le rôle exacerbé de la territorialité de la répression est donc une des causes majeures du non-droit en droit pénal international. Il semble que la répression édictée sur ce fondement soit tellement légitime qu'aucune remise en cause ne pourra jamais se manifester, pérennisant par la même le non-droit.

183. Par ailleurs, défendre la souveraineté, l'intégrité du territoire, c'est aussi apporter une protection accrue et sans cesse croissante à tous les intérêts français quels qu'ils soient, ici encore non sans, mais à un degré moindre, une certaine dose d'hostilité à l'égard des décisions répressives étrangères. Pour ce faire, une seule solution : se déclarer compétent dans toutes les hypothèses possibles et imaginables dès lors qu'un intérêt français minime est en jeu et peut être menacé. La machine législative s'emballa alors, faisant fi d'un certain nombre de principes et parfois au mépris de toute logique, créant de toutes pièces des compétences répressives internationales sans penser à une éventuelle logique d'ensemble de la répression²⁸³ et créant là aussi du non-droit par quelques atteintes éparses aux principes *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*.

Les interventions législatives diffuses et incohérentes, parfois inconséquentes, sont donc une autre des causes du non-droit. Il nous faut donc étudier la territorialité de la répression (chapitre I) puis les excès et les faiblesses du *corpus* législatif (chapitre II).

CHAPITRE I : La territorialité de la répression, cause première

CHAPITRE II : Les excès et les faiblesses du *corpus* législatif, causes secondaires

²⁸³ En droit international privé, Pillet a tenté de démontrer que la loi a un caractère général et permanent et que pour résoudre des conflits de lois (qui sont nécessairement pour l'auteur des conflits de souverainetés), « force est donc (...) de sacrifier tantôt l'un tantôt l'autre des deux caractères de la loi souveraine ». De fait, « si chaque loi conserve ces deux caractères en droit international privé, tout règlement de conflit devient impossible », BATTIFOL et LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^e éd., 1993, op. cit. n°233. Voir aussi *supra* note 43 sous n°27.

Il semble au contraire qu'il soit totalement impossible de sacrifier l'un des deux paramètres en droit pénal international, d'où la mauvaise résolution des concours de lois pénales et donc la pérennisation du non-droit.

CHAPITRE I

LA TERRITORIALITE

DE LA REPRESSION, CAUSE PREMIERE

184. Le système territorialiste est le fer de lance de la répression en droit pénal international. Placé au sommet de la pyramide législative, cette compétence répressive se veut exclusive de toute autre et n'admet pas l'autorité de la chose jugée à l'étranger si d'aventure l'infraction n'avait été que partiellement commise sur notre territoire. Ce faisant, c'est en la matière qu'est le plus souvent et le plus illégitimement bafouée la règle *non bis in idem*. Pour parfaire la protection de notre territoire et ne laisser rien, ni personne entraver notre souveraineté en la matière, deux techniques imparables sont utilisées.

185. D'une part, la jurisprudence entend définir la notion de territorialité de la répression de la façon la plus large possible, au mépris de la définition de la territorialité qu'adoptent d'autres Etats. De cette façon, toute une typologie d'infractions qui n'ont qu'un lien très ténu avec la France sera attraitée à nous et jugé au nom du dogme de la territorialité de la loi pénale.

Par ailleurs, en marge de ce qu'il convient parfois d'appeler un subterfuge, il nous faudra constater que la territorialité de la répression est un concept extensif qui contamine, ou qui explique, le fondement d'autres types de compétence. Ce faisant, un dénominateur commun apparaît entre ce qu'il convient d'appeler la territorialité de la répression *stricto sensu* et les concepts dérivés, c'est celui du non-respect de la règle *non bis in idem*.

Ainsi, c'est toujours la territorialité de la répression en tant que concept extensif qui est une des causes du non-droit en droit pénal international.

Nous constaterons donc que la territorialité de la répression déjà entendue en elle-même de manière par trop extensive (section1), déborde le strict terrain territorialiste pour empiéter sur des domaines qui lui paraissent *a priori* étrangers (section 2).

SECTION 1. UNE EXCESSIVE EXTENSION DE LA NOTION DE TERRITORIALISME

186. Le dogme de la territorialité, placé au sommet de la pyramide de nos compétences répressives internationales, tient une place importante dans le problème de la multiplication des conflits positifs en droit pénal international.

Préférée depuis longtemps à d'autres systèmes tel que le système personnaliste, pour des raisons convaincantes au demeurant, le mythe de la territorialité exclut le jeu de la règle *non bis in idem*. Si cette exclusion à proprement parler peut être comprise, l'altération de la notion de territorialité a entraîné quant à elle des effets pervers. De nos jours, cette notion est entendue d'une façon beaucoup trop extensive, prenant une large part dans les causes expliquant le phénomène et la pérennisation de la zone de non-droit. C'est pourquoi, il nous faut définir avec soin la notion de territorialité (§I) pour ensuite examiner les conséquences de cette approche par trop extensive (§II).

§ 1. DEFINITION

187. Définir ce concept, derrière lequel s'abritent les juges pour attirer à eux le plus grand nombre d'infractions présentant un élément d'extranéité, est une entreprise malaisée. La territorialité de la répression est loin d'être un concept nouveau. C'est pourquoi une approche historique des différentes acceptions que l'on a pu donner au dogme de la territorialité est nécessaire (A).

Cependant toute cette évolution tourne court lorsque l'on arrive au problème central jamais résolu, ou du moins résolu d'une façon inacceptable. Que faut-il entendre par la notion d'éléments constitutifs ? Cette dernière placée au centre des débats, cristallise tout le problème lié à la territorialité de la répression (B).

A. APERCU HISTORIQUE

188. Le concept de la territorialité est « une de ces fausses notions claires employées d'autant plus fréquemment qu'elles ne sont pas définies ²⁸⁵ ». Deux acceptions peuvent être retenues : une acception matérielle selon laquelle la territorialité détermine une compétence juridictionnelle en fonction du lieu de commission d'une infraction et l'acception formelle selon laquelle une loi est territoriale lorsque son application est réservée aux seules autorités de l'Etat au nom duquel elle a été adoptée²⁸⁶.

Au cours de l'étude de ce chapitre, nous nous attarderons exclusivement sur l'acception matérielle de la territorialité : les juridictions françaises sont compétentes parce que l'infraction a été commise sur le territoire français selon la règle de territorialité de la loi pénale.

Trois arguments plaident en faveur du système territorialiste notamment par rapport à l'application d'un système purement personaliste. Ainsi « c'est au lieu de commission qu'une infraction est ressentie le plus²⁸⁷ ». De plus, c'est à cet endroit que sera concentré le maximum de preuves de l'infraction, favorisant ainsi une justice plus rapide et plus efficace. Enfin « la sauvegarde des droits individuels exige qu'on fasse application au délinquant de la loi sociale à laquelle il est censé s'attendre²⁸⁸ ».

²⁸⁵ André HUET, *Pour une application limitée de la loi pénale étrangère.*, JDI 1982. 625, op. cit. p. 627.

²⁸⁶ Ainsi seul le juge français peut appliquer une loi territoriale française et il ne peut par exemple appliquer la loi pénale allemande.

²⁸⁷ SCHULTZ, *Compétences des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger.*, RSC 1967. 305.

On peut néanmoins objecter que le problème rebondit lorsqu'il faut localiser les infractions d'omission. Or puisque la question est épineuse, nos juges devraient s'entourer de multiples précautions avant d'attirer à eux des infractions d'omission dont la « commission » se fait sur le territoire français. Il n'en est rien. La pratique est au contraire de localiser le plus possible ces infractions en France en profitant de ce vide juridique.

²⁸⁸ Marie Claude FAYARD, *La localisation internationale de l'infraction.*, AFDI 1965. 753. op. cit. n°2.

Ainsi, si l'on remonte l'échelle du temps, on constate que cette conception a toujours prévalu. Le droit pénal français est par tradition territorial (1). La doctrine s'est donc employée à théoriser ce dogme (2).

1. La territorialité au fil du temps

189. Au premier temps du code d'instruction criminelle, selon les prescriptions des articles 5 à 7 de ce code, la règle de la territorialité était presque absolue : la compétence du juge français ne s'étendait hors du territoire qu'aux crimes commis contre la sûreté de l'Etat, ou de fausses monnaies nationales commis par des français ou des étrangers, et au crime commis par un Français contre un Français. Mais aucun texte ne réglait avec précision le problème de la localisation en France de l'infraction : l'ensemble des réponses à cette question est une construction purement prétorienne.

Faustin Hélie pensait par exemple, suivi en cela par Donnedieu de Vabres, que le juge français n'est compétent qu'autant que « l'acte préparatoire ou l'acte d'exécution, commis sur le territoire français constitue par lui-même et isolément de tout autre fait un délit quelconque²⁸⁹ ». Cette conception éminemment restrictive de la territorialité n'était en aucune façon suivie par la Cour de cassation.

Cependant, la multiplication des échanges internationaux et corollairement des infractions présentant un élément d'extranéité, incita le législateur quelque cent cinquante années plus tard à rédiger un texte qui se voulait précis²⁹⁰.

²⁸⁹ Faustin HELIE, *Traité d'instruction criminelle.*, t. II. n°686.
DONNEDIEU de VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée.*, 3è éd. n°1638.

²⁹⁰ « Aussi, qu'en 1958, le législateur ait reconsidéré les textes vieux de 150 ans, qui définissaient pour l'essentiel nos règles de droit pénal international, est un événement d'une grande portée. »
Raymond LEGEAIS, *L'évolution des solutions françaises de conflits de lois en matière pénale.*, in Mélanges René SAVATIER, 1965, p. 542. op. cit.n°2.

190. Ainsi vit le jour, en 1958, le CPP dont l'article 693 dans sa version d'origine précisait « est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France ». « Cette formule formidable que l'on doit à Vouin²⁹¹ » se voulait l'exacte reformulation de la jurisprudence antérieure qui par ce biais se trouvait consacrée et élevée au rang législatif. La plupart des auteurs se sont d'ailleurs accordés pour affirmer que l'article 693 entérinait la jurisprudence antérieure. Seules quelques voix discordantes s'élevèrent²⁹².

191. Le même phénomène se reproduisit quelques 35 années plus tard à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et de son article 113-2 qui évinça l'article 693 ancien CPP²⁹³. Cet article 113-2 NCP précise que « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». Ainsi, pour messieurs Merle et Vitu, « les données du problème ne paraissent pas avoir été modifiées par l'article 113-2 al 2 du NCP qui se réfère aux « faits constitutifs » de l'infraction ; cette expression contractée a été préférée lors des travaux

²⁹¹ Claude LOMBOIS, *Le droit pénal international*, RIDP 1980. 55. op. cit. n°2.

²⁹²J. LEAUTE, *Les conflits de lois et de compétence en droit pénal français*, JCL Droit international, fasc. n°403., op. cit. n°3 : « Le nouveau code n'est pourtant pas la simple reconduction de l'ancien. Il apporte des précisions à certaines règles antérieures et comble diverses lacunes.. ». *Contra* Renée KOERING-JOULIN, *L'article 693 du code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction*, thèse précitée.

²⁹³ Selon l'actuel art. 693 CPP : « la juridiction compétente est celle du lieu où réside le prévenu, celle de sa dernière résidence connue, celle du lieu où il est trouvé, celle de la résidence de la victime ou, si l'infraction a été commise à bord ou à l'encontre d'un aéronef, celle du lieu d'atterrissage de celui-ci. Ces dispositions ne sont pas exclusives de l'application éventuelle des règles particulières de compétence prévues par les articles 697-3, 705 et 706-17. Lorsque les dispositions de l'alinéa précédent ne peuvent recevoir application, la juridiction compétente est celle de Paris, à moins que la connaissance de l'affaire ne soit renvoyée à une juridiction plus voisine du lieu de l'infraction par la Cour de cassation statuant sur la requête du ministère public ou à la demande des parties. »

préparatoires à la formule plus gauche dont faisait usage l'article 693, mais le parlement ne lui a pas attaché une signification novatrice²⁹⁴ ».

192. Cependant, ce concept de territorialité, scindé en deux assertions ayant une même valeur juridique, est le fruit de la rencontre de plusieurs théories et de l'éviction d'autres. En effet, les fondements de ce dogme ont été théorisés à l'envie pour mieux rejeter ensuite « la thèse de l'abstention législative, non dénuée d'argument de valeur²⁹⁵ ». Ainsi, il convenait de se demander s'il était nécessaire que le législateur intervînt pour déterminer comment se ferait le rattachement territorial. A l'appui de cette théorie pouvait-on trouver l'exemple du droit international privé dont « la plupart des auteurs considèrent que ces règles judiciaires conviennent mieux que des textes rigides pour des problèmes aux données très mouvantes²⁹⁶ ». Mais le droit pénal international est autre et nécessite que les règles répressives soient préalablement établies avec précision. Aussi le législateur a ressenti le besoin d'intervenir tout en édictant une règle très souple, à laquelle on peut attribuer une multitude d'analyses. Cette souplesse est au demeurant en adéquation avec la forte mouvance qui anime le droit pénal international.

2. La territorialité au gré des théories doctrinales

193. Le dogme de la territorialité et la jurisprudence subséquente prennent appui sur la réunion de deux théories, qui chacune d'elles explicite, de façon antinomique à l'autre le phénomène de la territorialité, tout en prenant toujours le contre-pied de la théorie adverse. C'est ainsi que

²⁹⁴ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, op. cit. n°299. Voir aussi : André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n° 131 et 135 ; Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL droit international fasc. 403-1.

²⁹⁵ Raymond LEGEAIS, op. cit. n°6.

²⁹⁶ Raymond LEGEAIS, *ibidem*.

naquit cette troisième théorie dite de l'ubiquité, fruit de l'union de la théorie de l'action et de celle du résultat. La théorie de l'ubiquité propose de ne pas choisir entre les deux précédentes pour les utiliser alternativement au gré des besoins afin d'éviter l'apparition de conflits négatifs, favorisant ainsi *ipso facto* la naissance de conflits positifs.

A l'origine, dans la pensée de la doctrine classique et dans celle par exemple de Donnedieu de Vabres²⁹⁷, « le lieu du délit se définit comme étant le lieu où se manifestent extérieurement les éléments constitutifs de l'obligation délictuelle.. La matérialité du fait constitue ainsi le facteur essentiel de la localisation de l'infraction²⁹⁸». Cette théorie, dite de l'action, a eu les faveurs de l'Institut de droit international²⁹⁹ et du Congrès international de droit comparé de La Haye³⁰⁰. Elle présente deux intérêts : « c'est en ce lieu qu'est le mieux respecté le principe de la légalité criminelle qui veut que la loi prévienne avant de frapper celui qui la transgresse en passant à l'acte³⁰¹ ». C'est de plus en ce lieu que la récolte des preuves est la plus aisée.

194. Néanmoins, cette théorie a très vite été l'objet de critiques généralisées puisqu'elle occulte complètement le problème du dommage et le lieu où celui-ci se fait ressentir. « Les théories du rattachement territorial n'ont plus guère de sens dans les cas d'infractions commises à bord, ou à l'aide d'aéronefs, ou par la voie de la presse ou de la radio³⁰² », par exemple. Consécutivement, la théorie du résultat vit le jour, se développant surtout en Allemagne. D'éminents pénalistes³⁰³ s'en firent les

²⁹⁷ DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* n°1685.

²⁹⁸ BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligation contractuelle.*, Paris, LGDJ 1961 p. 53.

²⁹⁹ Munich 1883.

³⁰⁰ En 1932.

³⁰¹ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, PUF Thémis 1994, *op. cit.* n°135.

³⁰² Marie Claude FAYARD, *op. cit.* n°6.

³⁰³ J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire de G. VIDAL.*, 9^e éd., p. 1394. N°1.

chantres et elle fut consacrée dans l'affaire du Lotus³⁰⁴ par la Cour permanente de justice internationale.

A l'origine, on trouve un abordage en haute mer entre un charbonnier turc et un paquebot français, le Lotus. Le navire turc sombre en provoquant la mort de marins turcs et le capitaine du Lotus est condamné par un tribunal turc pour homicide par imprudence. La France saisit alors la Cour permanente de justice internationale, qui reconnaît la compétence de la juridiction turque au motif que les effets de l'abordage se sont produits sur un navire turc, autrement dit en Turquie. *A contrario*, la théorie de l'ubiquité (ou encore celle de l'indifférence) propose de localiser indifféremment l'infraction, soit au lieu de l'action, soit au lieu de la manifestation de son résultat.

L'article 693 ancien CPP (ainsi que le nouvel article 113-2 NCP) est d'ailleurs interprété en fonction de cette théorie eu égard à cette formule « un acte caractérisant un élément constitutif » qualifiée de « trait de génie » car étant le « moyen de réconcilier deux écoles³⁰⁵ ». Nous ne pouvons que constater que le nouvel article 113-2 al 2 NCP et sa formule « un de ses faits constitutifs » est interprété de la même façon. Or c'est précisément l'interprétation, plus qu'extensive, donnée à ces formules qui constitue le nœud du problème conduisant à la multiplication des conflits positifs.

B. LE NŒUD DU PROBLEME

195. La formule sibylline de l'article 693 ancien CPP a donné lieu à de multiples interrogations qui se sont soldées en jurisprudence par l'admission de toutes les solutions possibles sous le couvert de la théorie

³⁰⁴ RIDP 1927. 369 et s., Rev. crit. DIP 1928. 424 et s.

³⁰⁵ Claude LOMBOIS, *Le droit pénal international*, RIDP 1980.55, op. cit. p. 62 et 63.

de l'ubiquité. Il nous faut néanmoins tenter de définir ce qu'est un acte caractérisant un élément constitutif et surtout ce qu'il n'est pas³⁰⁶.

« L'acte caractéristique d'un élément constitutif n'est pas toujours l'élément constitutif lui-même. Il y a parmi les éléments constitutifs, des actes et de simples événements. (...) Il est des cas où l'élément constitutif ne localise pas car on doit s'attacher seulement à ceux des éléments constitutifs qui sont en rapport avec l'activité de l'agent³⁰⁷ ». L'adjonction de la mention « acte caractéristique » est donc primordiale pour que la théorie de l'ubiquité puisse être appliquée à l'article 693 ancien CPP.

L'article 18 de l'avant-projet de révision du code pénal (abandonné depuis lors) précisait quant à lui qu'était réputée commise sur le territoire de la République « toute infraction dont un élément constitutif a été en tout ou partie commis sur le territoire ». Si le législateur avait eu la volonté de conférer à cette définition le même contenu que l'ancien article 693 CPP, le recteur Lombois a démontré que cela ne pouvait être possible³⁰⁸.

Mais le problème le plus crucial en jurisprudence s'est porté sur un autre aspect. Il est devenu important de savoir en effet, et de distinguer, ce qu'est une condition préalable au regard de l'acte caractérisant un élément constitutif ou du fait constitutif de l'article 113-2 al 2 NCP. Doctrine (1) et jurisprudence (2) divergent sur la réponse à adopter.

³⁰⁶ Sur l'ensemble de la question, voir aussi Renée KOERING-JOULIN, thèse précitée : « *l'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction pénale* ».

³⁰⁷ Claude LOMBOIS, *ibidem*.

Et le recteur LOMBOIS de citer les cas de décès suite à un homicide. S'il est certain que la mort est un élément constitutif de l'infraction, il ne vient à l'idée de personne de localiser un homicide au seul endroit où s'est produit le décès si le coup meurtrier provient d'un endroit différent, en l'occurrence d'un autre pays. C'est l'application classique de la théorie de l'ubiquité qui envisage à la fois le lieu de l'action (le coup) et le lieu du résultat (le décès).

³⁰⁸ La critique la plus importante était que cette nouvelle définition était trop restrictive puisque « en exigeant l'élément constitutif lui même, serait-il partiel, on évincera certains actes caractéristiques c'est à dire que l'on renoncera à la compétence française dans certaines hypothèses où elle serait, actuellement, établie. » Claude LOMBOIS, *ibidem*.

1. La condition préalable aux yeux de la doctrine

196. « Ces faits ou éléments sont-ils toutes les composantes ou conditions de l'infraction ou ne sont-ils plus strictement que celles des composantes traduisant une activité délictueuse comme les violences, à l'exclusion des conséquences (en aval) et, pour certains délits, des conditions préalables (en amont) ?³⁰⁹ » La réponse à cette question va dépendre de l'étendue de notre champ de répression et corrélativement des possibilités de conflits positifs.

Les partisans de la première interprétation ont logiquement une vision très étendue de la territorialité et cette théorie permet de mettre en jeu notre compétence dès que le moindre élément lié à l'infraction (sans être constitutif bien entendu) est français. Nous ne pouvons souscrire à cette théorie trop impérialiste.

La seconde théorie paraît plus en adéquation avec *non bis in idem* et permet d'éviter un certain nombre de conflits positifs : en effet, le fait ou l'acte caractérisant l'élément constitutif y est entendu de façon beaucoup plus restrictive et correspondra au cas par cas, à la définition légale de chaque infraction en cause. Cette thèse fait donc précisément le distinguo, tel qu'il avait été proposé par Vouin, entre éléments constitutifs proprement dits et conditions préalables, qui sans être délictueuses en elles-mêmes tracent le domaine dans lequel l'infraction peut se commettre et qui sont donc extra-pénales³¹⁰.

³⁰⁹ Jean PRADEL et André VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel.*, tome1, 2^e éd. 1997, Dalloz, op. cit. n° 15 : Application des lois pénales dans l'espace. Localisation internationale de l'infraction. Les arrêts cités sont : cass. Crim., 18 mai 1905, obs. PRADEL p. 188 et cass. Crim., 12 février 1979, obs. PRADEL p. 192.

³¹⁰ Robert VOUIN, *Précis de droit pénal spécial.*, 1^e éd. 1953, op. cit. n°2 p. 3.

2. La position de la jurisprudence

197. Face à cette question, la réponse jurisprudentielle est nette. Elle s'est affirmée au terme d'une longue et dangereuse dérive qui la conduit à occulter cette distinction et donc à admettre dans toute sa puissance la théorie de l'interprétation plus qu'extensive de la notion d'acte caractérisant un élément constitutif, laissant aussi la porte ouverte à la multiplication des conflits positifs. Etudions des exemples à travers le sort réservé aux abus de confiance internationaux (a) puis à diverses infractions (b).

a. L'abus de confiance

198. Cette infraction est normalement localisée au lieu où la chose a été détournée (ou aurait dû être rendue). Pendant très longtemps, la Cour de cassation s'en est tenue à cette conception stricte de la territorialité, en suivant en cela sa jurisprudence de droit international. Elle décidait que le juge compétent était celui du lieu du détournement et non celui de la remise initiale, sous réserve du cas où l'intention d'appropriation illicite s'était manifestée dès avant la formation du contrat, le lieu du détournement se confondant alors avec celui de la remise³¹¹. Elle réitère ainsi sa jurisprudence mais cette fois sous l'égide de l'article 693 du code de procédure pénale apparu depuis lors, dans un arrêt du 22 avril 1966³¹².

Dans cette espèce, le mandat avait été donné à Paris certes mais la Cour de cassation relève également que les juges du fond avaient aussi précisé « que c'était à Paris que le prévenu devait rendre compte de son mandat, que des sommations non suivies d'effet avaient été adressées, cette formalité restée infructueuse suffisant on le sait, aux termes d'une

³¹¹ Cass. Crim., 5 décembre 1862, bull. crim. n°267.
Cass. Crim., 28 août 1879, S. 1880. I. 389.
Cass. Crim., 31 mai 1951, JCP 1951. II. 6417 note COLOMBINI.

³¹² Cass. crim., 22 avril 1966, bull. n°121.

jurisprudence constante à établir l'existence du détournement en même temps que le lieu où il s'était trouvé réalisé ³¹³». Il est patent de constater qu'à cette époque, monsieur Legal écrivait : « décider au contraire que la remise est attributive de compétence pour nos tribunaux reviendrait à rattacher à notre territoire par une localisation purement fictive une infraction dont l'élément matériel se situerait intégralement à l'étranger³¹⁴ ». C'est pourtant ce que fit la Cour de cassation (et continue à faire) quelques dix années plus tard transformant une infraction simple par nature en une infraction complexe dont la mise en œuvre nécessite au moins l'accomplissement de deux actes matériels de nature différente, un seul acte (comme la remise de la chose) suffisant à localiser en France la commission de l'infraction et à rendre par ce subterfuge nos juridictions compétentes.

199. De fait, théoriquement l'abus de confiance est un délit simple et instantané résidant non pas dans la conclusion du contrat mais dans l'abus qui en a été fait par une intervention illicite. L'existence du contrat est donc une condition préalable délimitant un cadre dans lequel l'infraction pourra prendre naissance et non un comportement délictuel qui seul, selon nous, peut être un élément constitutif. La Cour de cassation en a décidé autrement dans l'arrêt Grimberg du 12 février 1979³¹⁵. Une dame Magnelli avait à Paris à titre de mandat confié des tableaux à la dame Grimberg, à charge pour celle-ci de les exposer et de les vendre en Allemagne. La dame Grimberg ayant conservé le produit de la vente, fut poursuivie en France pour abus de confiance. Condamnée, elle forma un pourvoi en alléguant que le détournement avait eu lieu en Allemagne et

³¹³ Alfred LEGAL, obs. in RSC 1967. 171.

³¹⁴ Alfred LEGAL, *ibid.* p. 172.

³¹⁵ Cass. crim., 12 février 1979, bull. n°60 ; D. 1979. IR. 177, obs. ROUJOU de BOUBÉE ; RSC 1980. 417 obs. LARGUIER.

Voir aussi Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL international fasc. 403-10, 1995, op. cit. n°70.

que le juge français était donc incompétent. La chambre criminelle rejeta son pourvoi en constatant que la remise avait eu lieu en France. C'était donc affirmer que la remise est un élément constitutif de l'infraction et gommer dans le même mouvement la distinction de Vouin.

200. La Cour de cassation confirma deux années plus tard sa jurisprudence dans un arrêt du 13 octobre 1981³¹⁶. L'espèce est quasiment identique. Dame Letellier avait donné mandat à Kirsch de conduire en Allemagne chez Ohmer un cheval de course pour l'entraîner mais Kirsch, se prétendant propriétaire pour moitié de ce cheval le vendit à Ohmer, et se refusa à faire connaître le lieu où il l'avait transféré. La remise de l'animal avait donc eu lieu en France et le détournement en Allemagne. La Cour de cassation a fait reproche à la Chambre d'accusation de n'avoir pas recherché, en de telles conditions, si l'article 693 CPP n'était pas alors applicable.

Dans ces deux hypothèses, la Cour de cassation fait application de l'ancien article 693 CPP car la remise et le contrat avaient eu lieu en France. Or, « la remise n'est en aucun cas un élément constitutif de l'infraction, qui ne débute qu'au jour du détournement : elle en constitue une simple condition préalable, de nature civile. Elle se place avant l'infraction et ne lui appartient pas : la remise n'a rien de délictueux !³¹⁷ »

La Cour de cassation a donc effacé la différence entre élément constitutif et condition préalable. Elle place désormais la condition préalable au même niveau que l'élément constitutif de l'infraction lui permettant de localiser cette dernière en France, quasiment en toutes hypothèses chaque fois qu'un événement entourant la commission d'une infraction est localisé en France.

Il nous faut cependant ajouter que la distinction entre condition préalable et élément constitutif, n'avait été admise que pour certains délits

³¹⁶ Cass. Crim., 13 octobre 1981, bull. n°271 ; JCP 1982. II. 19862 note CHAMBON.

³¹⁷ Pierre Yves GAUTIER, *Sur la localisation de certaines infractions économiques.*, Rev. crit. DIP 1989. 669, op. cit. n°3.

et notamment pour celui de l'abus de confiance. En revanche, si cette distinction a disparu avec l'arrêt Grimberg pour l'abus de confiance, elle n'a jamais eu l'honneur d'exister pour d'autres délits.

b. Autres infractions

201. Pour le délit d'émission de chèque sans provision, la Cour de cassation localisa ce délit en France lorsque le chèque est émis à l'étranger mais que c'est une banque française qui n'est pas provisionnée³¹⁸. Si la Cour de cassation admet que l'absence de provision est « un élément essentiel du délit », il nous faut remarquer que cela ressort plus de la condition préalable. Il est en effet parfaitement licite, quoique peu enviable, d'avoir un compte bancaire non approvisionné ! Ce qui l'est moins c'est ensuite de tirer un chèque sur ce compte. « Selon cette orientation, le défaut de provision devenu élément essentiel de l'émission de chèque sans provision (du temps où ce fait constituait un délit) transformait cet acte simple et instantané, consommé au lieu d'émission, en infraction complexe localisable au lieu de situation de la banque tirée³¹⁹ ». On a tenté de justifier cette solution en matière d'émission de chèque sans provision « en soulignant l'analogie entre cette infraction et toutes celles qui portent atteinte à notre monnaie nationale . Des considérations particulières expliquent en effet les extensions de compétence en ce domaine³²⁰ ». Cependant , cette justification ne saurait s'étendre à notre pratique en matière d'abus de confiance d'une part, et d'autre part, s'il y avait vraiment une analogie, il aurait déjà été prévu que cela relève de notre compétence réelle.

³¹⁸ Cass. Crim., 20 octobre 1959, D. 1960. 300 note LAGARDE.

Cass. Crim., 29 juin 1932 , bull. n°195.

Cass. Crim., 28 janvier 1960 , bull. n°55 ; RSC 1961. 340 obs. LEGAL.

Colmar, 18 décembre 1964 , JCP 1965. IV. 87 ; RTDCom. 1965. 964 obs. BOUZAT.

³¹⁹ Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale., op. cit. n°102. Voir aussi Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International fasc. 403-10, op. cit. n°67s.

³²⁰ Marie Claude FAYARD, op. cit. n°16.

Il faut tout simplement convenir qu'on ne peut trouver de justification crédible à ces jurisprudences empruntées d'impérialisme. Dans le même esprit, la Cour de cassation a dans une espèce pris en considération un élément postérieur à la constitution des faits pour faire appliquer la loi française. Dans l'hypothèse d'une association de malfaiteurs, la Cour de cassation a traité de la même façon l'infraction mère (l'entente délictueuse) et l'infraction fille (délit dont la réalisation est projetée)³²¹.

202. Enfin, citons un dernier exemple d'un excès patent (mais il y en a profusion par ailleurs) : il s'agit de la Cour d'appel de Paris qui a retenu sa compétence dans une affaire de fausses sculptures de Giacometti³²². Un marchand italien a vendu à un antiquaire anglais deux bronzes de femmes signés Giacometti. Le seul rattachement à la France est le domicile de la veuve de sculpteur. Cela est amplement suffisant pour la Cour d'appel qui précise « Mme G., résidant en France au moment des faits, c'est en France qu'a eu lieu l'atteinte à ses droits matériels et moraux ».

« Pourtant, comme l'a souligné le doyen Bouzat dans ses observations critiques, c'est confondre l'infraction, aussi largement entendue soit-elle, avec ses conséquences. Comment le préjudice de Mme G. peut-il être un élément constitutif de l'infraction au sens de l'article 693 du CPP³²³ ? Nous pouvons malheureusement, multiplier à l'infini ce type d'exemple. La mise en place de l'article 693 CPP n'a pas mis fin aux excès de la jurisprudence. Au contraire, cet article par son interprétation des plus extensives, lui tient lieu d'alibi. L'article 113-2 al 2 NCP est interprété (et doit l'être) de la même façon. Doctrine et jurisprudence s'accordent sur cet aspect mais la doctrine analyse l'article 113-2 al 2 NCP de la même façon

³²¹ Cass. Crim., 20 février 1990, D. 1991. 395 note Alain FOURNIER.
André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. p. 216.
La loi française s'applique non seulement aux projets de crime en France mais aussi à l'entente délictueuse scellée à l'étranger.

³²² Paris, 30 mars 1987, JCP 1988. II. 20965 obs. BOUZAT.

³²³ Pierre Yves GAUTIER, op. cit. n°8.

que l'article 693 ancien CPP, en lui assignant les mêmes limites, limites qu'on ne retrouve pas dans la jurisprudence.

Et si des voix se sont élevées pour critiquer la notion de conditions préalables³²⁴, on peut noter que la Cour de cassation a été prompte à les suivre, tout en les devançant même dans certains cas. Nous ne pouvons que regretter qu'elle ne manifeste pas la même promptitude à suivre les nombreuses opinions s'élevant contre les analyses dégagées des articles 693 ancien CPP et 113-2 al 2 NCP. La notion de territorialité est entendue en France de façon trop large. Il nous faut examiner les conséquences de cette jurisprudence.

§ 2. LES CONSEQUENCES

203. La territorialité telle qu'elle est envisagée par les magistrats en France est de nature à augmenter le nombre de conflits positifs de compétence. Nous irons même plus loin en affirmant que c'est une cause principale et prépondérante dans le problème des conflits positifs actuellement. Il s'ensuit une grave atteinte à *non bis in idem*. Bien entendu, derrière ce problème se cache un noble motif, du moins peut-on l'espérer, à moins qu'il ne s'agisse que de la conséquence positive de ce problème : les conflits négatifs sont corrélativement nettement moins importants.

Attirer à nous un maximum d'infractions pour mieux les réprimer fait diminuer le sentiment et l'existence d'impunité pour les infractions présentant un élément d'extranéité. Et c'est d'ailleurs tout le problème de cette zone de non-droit puisque en son sein coexistent deux logiques antinomiques sachant que favoriser l'une des composantes de cette dichotomie se réalisera inévitablement au détriment de l'autre.

³²⁴ PRADEL et VARINARD in *Les grands arrêts du droit criminel.*, n°5, p. 188 et s. Voir aussi Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International fasc. 403-10, op. cit. n°66s.

Par ailleurs, et en dehors de ce phénomène de balancier, la Cour de cassation prend bien soin de créer du non-droit de façon autonome en falsifiant des données juridiques au nom d'une nécessaire répression française. Nous examinerons donc successivement le recul de *non bis in idem* (A), la fin des conflits négatifs (B) puis le non-droit jurisprudentiel (C).

A. LE REcul DE NON BIS IN IDEM

204. Ce recul provient de la conception élargie de la territorialité qui fait foi en droit pénal international (1) induisant par là une multiplication des conflits positifs (2), dont le règlement se réalise souvent au détriment de *non bis in idem*.

1. Une conception élargie de la territorialité

205. Dans une espèce particulière jugée par la Cour de cassation, qui une fois encore adopte une conception extrêmement souple de la territorialité, voire même une conception « aimantée ³²⁵ » de celle-ci, le professeur Fournier s'interrogeait en se demandant s'il n'était « point fâcheux de s'acheminer ainsi vers une compétence territoriale universalisée ³²⁶ ».

En effet, la Cour de cassation a tendance à universaliser notre compétence territoriale en laissant volontairement à l'écart le principe *non bis in idem* et celui de l'autorité de la chose jugée. Que le législateur refuse d'admettre une quelconque autorité de chose jugée lorsque notre

³²⁵ Cass. crim., 20 février 1990, D. 1991. 395 note Alain FOURNIER.

Dans cette espèce, on retrouve une association de malfaiteurs à l'échelle internationale doublée de vols aggravés qualifiés crime et une complicité en France de vols aggravés commis à l'étranger. La Cour de cassation s'est déclarée compétente au titre de la territorialité de la répression pour chacun des protagonistes en reliant leurs activités les unes aux autres par les fils, oh combien minces, de la connexité puis de l'indivisibilité de l'infraction avec celle déjà connexe à l'infraction réalisée sur notre sol. Il s'ensuit un « territorialisme par ricochet » plus que condamnable.

³²⁶ Alain FOURNIER, *ibidem*.

compétence territoriale est en jeu est une chose, mais il convient alors d'apprécier cette compétence de façon la plus stricte possible.

Cette universalisation de notre compétence territoriale conduit à multiplier les conflits positifs et porte en elle le germe d'une atteinte grave et répétée au principe *non bis in idem*.

206. Rappelons ici que la compétence universelle admet le jeu de ce principe et s'efface devant la chose jugée à l'étranger. Aussi, si la Chambre criminelle persiste dans cette conception territoriale universalisée qu'elle consacre de l'infraction, pourquoi ne pas évoluer vers une compétence « universelle territorialisée » qui admettrait l'autorité de la chose déjà jugée ?

Le principe *non bis in idem* est un principe fondamental auquel on ne devrait pouvoir déroger que de façon exceptionnelle. Donc si la jurisprudence ne peut se résoudre à revenir à une conception plus restrictive de la territorialité, le législateur pourrait, s'il le souhaitait, atténuer les effets de ces excès en accordant le bénéfice de la règle *non bis in idem* au principe de la territorialité. Il n'y aurait alors aucun inconvénient à admettre une conception universelle territorialisée. Cela est d'autant plus envisageable que cela a déjà été réalisé jadis sous l'empire du Code d'instruction criminelle qui admettait le jeu de la règle *non bis in idem* et donc l'autorité de la chose jugée à l'étranger pour des infractions commises en France par des étrangers³²⁷.

2. La multiplication des conflits positifs

207. Si l'on vient à se placer dans le domaine du droit comparé, nous constatons que la conception territoriale est une donnée commune à l'ensemble des Etats. Or ils ne peuvent que s'offusquer de notre

³²⁷ Article 7 al 2 CIC (L. du 3 avril 1903). « Aucune poursuite ne peut être dirigée contre un étranger pour crime ou délit commis en France si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. »

impérialisme. Le principe de la territorialité est par nature exclusif de telle sorte que toutes les extensions que nous y apportons, par une jurisprudence plus que complaisante, se présentent « comme une atteinte à l'indépendance ³²⁸ » de ces pays. Ainsi , le professeur Levasseur ajoute que « cette attitude est de nature à multiplier les conflits de lois ou de juridictions ³²⁹ ». Le problème est d'autant plus important qu'on est allé jusqu'à se demander si l'article 693 ancien CPP ne créait pas « une présomption de localisation en France (selon Littré ou Larousse « réputer » a parmi ses synonymes « présumer »), cette présomption étant réfragable ³³⁰ », fort heureusement d'ailleurs.

Il faut hélas convenir que nos tribunaux ont très certainement tendance, en voulant réprimer en France toutes les infractions présentant un élément d'extranéité et de rattachement à la France, à présumer notre compétence au moins dans un premier temps c'est-à-dire lorsqu'ils se saisissent du dossier. Ensuite, seulement, ils cherchent à établir notre compétence par différents moyens. C'est ainsi ensuite à la personne poursuivie de prouver et cela de façon extrêmement convaincante, que nos juridictions sont incompétentes sur le fondement de l'article 693 ancien CPP ou de l'article 113- 2 al 2 NCP. Il y a de fait un véritable renversement de la charge de la preuve.

Toutes les infractions se rapprochant de près ou de loin de notre territoire sont aujourd'hui présumées être localisées en France, la présomption est réfragable certes mais de façon extrêmement limitative. Les autres Etats impliqués dans l'affaire ne peuvent que prendre acte de la jurisprudence française et sont par ailleurs totalement démunis.

Tout cela n'est pas de nature à favoriser une attitude compréhensive de la part d'autres Etats lorsque cela nous est nécessaire, ni à mettre en

³²⁸ Cass. Crim., 13 octobre 1981 , JCP 1982. II. 19862 note Pierre CHAMBON.

³²⁹ Georges LEVASSEUR, *Droit pénal général complémentaire.*, 1960, Les cours du droit., p. 128.

³³⁰ Trib. Auxerre, 9 avril 1963 , JCP 1963. II. 1336 note Raymond LEGAIS.
Sur le même problème : *L'évolution des solutions françaises de conflits de lois en matière pénale.*, par le même auteur in *Mélanges René SAVATIER*, 1965, p. 542. n°15.

place une véritable entraide internationale, seule solution face à la pérennisation du non-droit en droit pénal international. L'attitude dogmatique française relève en l'espèce plus du domaine d'un combat à mener que de celle d'une entraide à créer.

208. Ce faisant, il nous faut revenir à la cause (ou à la conséquence ?³³¹) de cette conception de la territorialité. Nous l'avons vu, l'article 693 ancien CPP et l'article 113-2 al 2 NCP sont interprétés comme mettant en œuvre la théorie de l'ubiquité, c'est-à-dire en appliquant alternativement et selon les besoins, la théorie de l'action ou celle du résultat. Or il était déjà apparu dès l'entrée en vigueur du CPP que « la formulation de l'article 693 du CPP nous paraît donc imposer de ne pas prendre en considération le résultat » car seule la théorie de l'action « peut être compatible avec les exigences de la communauté internationale, en limitant les cas où la loi et les juridictions françaises se reconnaîtront compétentes³³² ». Au demeurant, la théorie de l'ubiquité est propice à la naissance des conflits positifs et cela d'autant plus facilement que « sa commodité même en fait un système extrêmement répandu sur le plan international³³³ » et que par ailleurs tous les Etats sont « avides de compétence³³⁴ ».

Le principe *non bis in idem*, qui ne s'applique pas en France dès lors que notre territoire est en cause, est donc relégué au fond des oubliettes. Cela était prévisible en 1958 lors de l'entrée en vigueur de l'article 693

³³¹ On ne peut donc se prononcer afin de savoir si l'interprétation large du concept de territorialité est le fruit de l'application de la théorie de l'ubiquité ou si c'est cette théorie et son application qui entraînent cette vision large du principe de territorialité. Il nous semble quant à nous, que l'article 693 ancien CPP est la conséquence d'une pratique jurisprudentielle déjà ancienne, qui a été étudiée par d'éminents spécialistes. Ils en ont dressé la synthèse sous la forme de la théorie de l'ubiquité (résolution de l'Institut de droit international, Congrès de Cambridge de 1931, in WERHRBERG, Tableau général des Résolutions de l'Institut., Bâle, 1957, p. 377s). Chronologiquement, on a donc ces décisions jurisprudentielles, puis l'œuvre de la doctrine qui a théorisé l'ubiquité (voir notamment la thèse précitée de Renée KOERING-JOULIN.) et enfin l'article 693 qui entérine les solutions jurisprudentielles anciennes suivi en cela par le nouvel article 113-2 al 2 NCP qui ne change rien à notre conception « aimantée » du territorialisme.

³³² Raymond LEGEAIS in Mélanges SAVATIER, op. cit. n°13 et 14.

³³³ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. p. 219.

³³⁴ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

ancien CPP, et cela reste d'actualité. Il n'en demeure pas moins que si ce phénomène était prévisible et existe, c'est parce qu'il permet par ailleurs d'éviter (toute ?) l'impunité en droit pénal international.

B. LA FIN DES CONFLITS NEGATIFS

209. L'objet de l'extension du concept de territorialité est de mettre fin à l'impunité en droit pénal international et donc de mettre fin à la naissance de conflits négatifs. Il est ainsi évident que dès lors que l'on attrait à nous un maximum d'infractions, quand bien même elles ne présentent qu'un lien ténu avec la France, il devient plus que certain qu'il n'y aura pas d'impunité au moins pour ces infractions.

Le problème, et la solution que nous avons trouvée, prend toute sa signification lorsque l'on explore le principe de la non-extradition des nationaux, principe que la France défend farouchement. Pour éviter une injuste impunité à un Français qui a commis une infraction à l'étranger et qui revient se réfugier sur notre sol, sans avoir été inquiété à l'étranger, il est tentant pour nos juridictions de rechercher, en forçant parfois des notions de droit, un élément de rattachement matériel avec notre territoire, ceci afin de ne pas recourir à la compétence personnelle active dont les conditions de mise en œuvre sont plus restrictives que pour la compétence territoriale. Les juges français, en étendant le concept de territorialité, ne font alors qu'appliquer le principe *aut dedere, aut punire*. Il est seulement dommageable que cela soit au prix de certaines contorsions juridiques toujours préjudiciables.

210. Ainsi, par exemple, dans la célèbre affaire Péchiney, deux des principaux inculpés ont soulevé à bon droit mais sans succès l'incompétence des juridictions françaises. En effet, il s'agissait de « poursuivre des initiés français, ayant bénéficié en France d'une information privilégiée mais à propos d'une OPA devant se dérouler aux

Etats-Unis contre une cible américaine³³⁵ ». Or le délit d'initié ne trouble l'ordre social que du pays où se trouve le marché boursier en question à savoir les Etats-Unis. Par ailleurs, « on notera dans notre sens une proposition de directive du Conseil des communautés européennes, du 25 mai 1987, qui prescrit, en matière de délits d'initiés, la compétence de l'Etat sur le territoire duquel est située la bourse en question³³⁶ ».

Or la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 juillet 1989³³⁷ a retenu la compétence des juridictions françaises dévoilant au passage « sa pensée profonde dans un des motifs : il faut éviter une impunité de fait au bénéfice du délinquant, en d'autres termes, une sorte de déni de justice pénal, ce qui laisse rêveur sur le principe de légalité des délits et des peines³³⁸ ». Et cet auteur de rajouter pour conclure brillamment : « c'est le jeu de la démocratie de faire bénéficier tous les prévenus, individus douteux et innocents, des lacunes de la loi pénale et il n'est jamais bon de commencer à l'enfreindre, fût-ce avec les meilleurs sentiments³³⁹ ». Il est d'autant plus important de respecter la stricte définition juridique des infractions, et donc celle de la compétence territoriale, que l'extension du concept de territorialité n'a pas pour unique but de mettre fin à l'impunité et qu'il est entendu d'une façon large même lorsqu'il n'y a pas de risque d'impunité, au moins au plan international. En effet, l'altération des notions de droit se fait même lorsque la personne a déjà été jugée à l'étranger !

³³⁵ Pierre Yves GAUTIER, *Sur la localisation de certaines infractions économiques*, Rev. crit. DIP 1989. 669, op. cit. n°4.

³³⁶ Pierre Yves GAUTIER, *Ibidem*.

³³⁷ CA Paris, 12 juillet 1989, Rev. crit. DIP 1989. 758.

« Considérant que le cloisonnement de la répression de ce délit dans les frontières des divers Etats entraînerait, compte tenu de l'extrême mobilité des capitaux, l'impunité de fait des opérations boursières effectuées par des nationaux à l'étranger au mépris de l'égalité de l'information entre investisseurs qui est la raison déterminante de l'existence du délit d'initié ».

Pourquoi au lieu d'altérer la notion de territorialité, ne pas passer dans le domaine conventionnel tant il est vrai au demeurant que ce type d'infraction est par essence internationale ? Ce faisant, nous pourrions ensuite mettre en œuvre utilement notre compétence répressive universelle qui, elle, réserve le jeu de la règle *non bis in idem*.

³³⁸ Pierre Yves GAUTIER, op. cit. n°5.

³³⁹ Pierre Yves GAUTIER, *ibidem*.

211. Ici encore, c'est l'application de la théorie de l'ubiquité qui engendre une diminution significative des conflits négatifs de compétence (mais ceux ci peuvent s'épanouir en dehors du système de la territorialité car l'extension de ce concept a précisément pour limite la théorie de l'ubiquité, limite au demeurant peu contraignante). Avec cette théorie, « on assure une complète efficacité à la répression en permettant qu'il y ait toujours un tribunal ayant vocation à juger l'affaire³⁴⁰». Nous faisons nôtre cette analyse tout en précisant qu'il s'agit ici seulement du domaine de la compétence territoriale.

Il apparaît donc évident que le concept tel qu'il est entendu aujourd'hui vise à prévenir le phénomène de l'impunité avec un certain succès, il est vrai. Il n'en reste pas moins que c'est aussi un terrain propice à l'épanouissement du non-droit, au sens de l'altération des concepts juridiques.

C. LE NON-DROIT JURISPRUDENTIEL

212. Le non-droit s'exprime soit de façon stricte avec l'altération des notions afin de les faire entrer dans le moule, large, mais tout de même limité de la territorialité, soit de façon plus souple en oscillant tour à tour entre conflits positifs et conflits négatifs, car résoudre le problème d'un type de conflits se fait toujours au détriment de l'autre qui voit son sort s'aggraver.

Ainsi par exemple pour approcher au mieux la notion de territorialisme et réprimer une infraction qui n'avait pas été commise sur notre territoire (on avait seulement fait usage du butin sur notre sol), des magistrats ont osé qualifier le vol d'infraction continue³⁴¹ alors qu'il s'agit d'une infraction

³⁴⁰ Roger MERLE et André VITU, op. cit. n°299.

³⁴¹ Trib. Auxerre, 9 avril 1963, JCP 1963. II. 13367 note Raymond LEGEAIS.



instantanée par excellence qui se caractérise pas la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Le vol doit donc se trouver localisé au lieu de cette soustraction. Et même si l'annotateur de ce jugement le trouve conforme « à la nouvelle orthodoxie juridique » ou simplement « irréprochable » eu égard au droit positif, il faut néanmoins souligner que fondamentalement cette nouvelle orthodoxie juridique est condamnable et ne mérite pas le qualificatif de juridique. C'est tout au plus de l'art culinaire visant à rehausser la sauce qui, eu égard aux ingrédients utilisés, se révèle indigeste.

On ne peut faire dire au droit ce qu'il ne dit pas ou tout simplement le contraire de ce qu'il dit sous peine de ne plus parler de droit. Parallèlement et dans la même mouvance, la Cour de cassation n'hésite pas à transformer des infractions simples en infractions complexes³⁴² pour mieux s'assurer d'une répression sur notre territoire. Elle en vient ainsi à « atomiser des infractions afin de leur faire toucher le territoire français et de les soumettre à la compétence territoriale française³⁴³ ».

213. Le jugement rendu par le tribunal d'Auxerre a été quasi unanimement critiqué par la doctrine sous réserve des appréciations de monsieur Legeais et de madame Fayard³⁴⁴. La seule légitimation que nous avons pu lui trouver se trouve dans les écrits de Bartole qui s'inspire de la doctrine italienne du treizième siècle et fait du vol une infraction continue

En l'espèce, deux belges avaient commis un vol de voiture à Bruxelles au préjudice d'une société belge. Ils se sont ensuite enfuis en France où ils ont été arrêtés alors qu'ils circulaient dans la voiture volée.

³⁴² Cf. *supra* n°198 et 201.

³⁴³ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. n°131.

³⁴⁴ Marie Claude FAYARD, *La localisation internationale de l'infraction*, AFDI 1965. 753 op. cit. n°19. « Quant à l'utilisation du véhicule, elle pouvait aisément être considérée comme « partie intégrante du délit » et à ce titre comme un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs ». Il semble que nous n'avons pas la même conception de ce qui est aisé ou non.

car le voleur est « censé poursuivre l'activité criminelle partout où il transporte l'objet volé ³⁴⁵ ».

Cette légitimation nous semble quelque peu insuffisante . Convenons que nous ne pouvons tout simplement pas légitimer le non-droit et qu'on ne peut se départir en la matière d'un certain « sentiment d'artifice³⁴⁶ ». Aussi face à ce droit qui oscille sans cesse entre impérialisme et universalisme³⁴⁷, nous ne pouvons que conclure à la nécessaire pérennisation du non-droit qui trouve l'essentiel de sa source dans le système de la territorialité de la répression. Ce dernier est par ailleurs un concept qui s'exporte aisément et qui imprègne nombre de nos compétences répressives.

SECTION 2. L'EMPIETEMENT DU TERRITORIALISME SUR LE DOMAINE EXTRATERRITORIAL

214. Le dogme de la territorialité est le fer de lance de la répression en France. Dès lors qu'une infraction a été commise sur notre sol, notre ordre public est troublé et les juridictions pénales françaises se doivent de réparer ce trouble. Il en va de même lorsque seulement un des éléments constitutifs de l'infraction a été commis sur notre sol . Notre ordre public est troublé de la même manière et avec la même intensité que si la totalité de l'infraction avait été commise sur notre sol. C'est ainsi que nous justifions au premier chef l'application de notre compétence territoriale, et l'interprétation extensive que nous consacrons.

³⁴⁵ Gilbert GUILLAUME, *La compétence universelle. Formes anciennes et nouvelles*, in Mélanges Levasseur, op. cit. n°4.

³⁴⁶ Pierre Yves GAUTIER, op. cit. n°9.

³⁴⁷ Sur cette question de l'oscillation du droit , attiré par deux pôles, l'impérialisme et l'universalisme : voir Henri DONNEDIEU de VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international.*, p. 457 et s.

Or la commission d'une infraction n'est pas un phénomène qui se déroule en un trait de temps et qui ne met au prise qu'une seule personne à savoir l'auteur de l'infraction. En nombre d'hypothèses, l'acte délictuel ou criminel met en scène plusieurs personnes qui seront amenées à jouer des rôles distincts n'ayant pas la même intensité au regard de l'infraction en cause. Les coauteurs, les complices, les comparses peuvent prendre part à la commission d'une infraction et en fonction de la part active prise, on les dénommera coauteurs ou complices de cette infraction. Il est dès lors intéressant de se demander sur quel fondement le complice d'une infraction sera condamné et par quel tribunal il pourra être jugé, ou comment il pourra rester impuni selon que l'acte de complicité aura été localisé sur notre sol ou à l'étranger. Ainsi nous verrons que la répression pour la complicité d'infraction est fondamentalement d'inspiration territorialiste (§I). A ce titre, elle génère des conflits positifs de compétence.

215. La territorialité de la répression étant un concept ayant vocation à être entendu largement , il est une autre hypothèse où la répression s'inspirera directement de ce modèle car ici sera en jeu la protection de notre territoire entendu au sens large (§II). Le territoire n'est en effet pas seulement constitué par le sol inclus à l'intérieur des limites fixées par nos frontières. Les pavillons se trouvant à l'étranger constituent aussi une parcelle de territoire français. Par ailleurs, l'intégrité du territoire c'est aussi la sauvegarde de nos intérêts fondamentaux qui peuvent être mis à mal à l'étranger. Il nous faut donc nous demander si la réalité de la répression ainsi que la loi des pavillons sont également des compétences inspirées du modèle territorialiste.

§1. LA COMPLICITÉ D'INFRACTION³⁴⁸

216. La complicité d'infraction territoriale ou extraterritoriale a de tout temps posé problème en droit pénal international d'autant plus que les frontières sont propices à l'éclatement des éléments constitutifs de l'infraction ainsi que des différents protagonistes participant à celle-ci. Pour une même infraction, les auteurs et complices peuvent aisément se répartir sur différents Etats. Il s'ensuivait malheureusement souvent une certaine impunité au regard des règles, ou plutôt de l'absence de règles en ce domaine.

Si le problème a été partiellement réglé depuis lors, réduisant significativement les conflits négatifs de compétence, l'excès inverse, c'est-à-dire les conflits positifs, a peut être vu le jour avec l'avènement du nouveau code pénal sous la forme d'une incertitude liée au caractère exclusif ou non de l'article 113-5 NCP³⁴⁹.

Aussi la question du fondement territorialiste de la répression de la complicité se dédouble selon la législation en vigueur. Il nous faut donc examiner les solutions anciennes jadis consacrées sous le code de procédure pénale (A) puis ensuite étudier les questions soulevées par l'entrée en vigueur du nouveau code pénal (B).

A. LES SOLUTIONS ANCIENNES JADIS CONSACREES SOUS LE CODE DE PROCEDURE PENALE

217. Afin de combler les lacunes liées à la répression de la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale, le législateur a introduit en 1959 sous l'article 690 ancien du CPP une innovation : « quiconque s'est, sur le

³⁴⁸ Dans cette étude, en toute hypothèse, les faits de complicité ne sont pas constitutifs en eux-mêmes d'une infraction. A défaut, il faudrait revenir aux règles de compétence classique que l'on met en œuvre pour réprimer les infractions principales.

³⁴⁹ Voir *infra* n° 226 et suivants.

territoire de la République, rendu complice d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises si le fait est puni à la fois par la loi étrangère et par la loi française, à la condition que le fait qualifié crime ou délit ait été constaté par une décision définitive étrangère ».

La doctrine dans son ensemble puis la jurisprudence s'étaient accordées pour voir dans ce texte, de mise en œuvre délicate, une compétence subsidiaire qui s'efface devant un autre rattachement à la France du fait de complicité en France d'une infraction extraterritoriale³⁵⁰. Ces rattachements peuvent être soit la compétence personnelle active, soit la compétence personnelle passive, soit la compétence universelle³⁵¹. Pour les deux derniers, le rattachement se fait « *in rem* » alors que pour le premier, il se fait « *in personam* » de sorte que le complice Français ayant agi en France, d'une infraction extraterritoriale commis par un Français, devra répondre de ces faits devant nos juridictions sur le fondement de la compétence personnelle active. Si dans la même hypothèse, le complice est étranger, il était impuni avant 1959 et depuis l'entrée en vigueur de l'article 690, il est justiciable de nos tribunaux à ce titre. De cette façon, il y aura une application distributive des articles 689 pour l'auteur Français de l'infraction principale à l'étranger et de l'article 690 pour le complice étranger ayant agi en France. Cette solution se justifie par le fait que « si le complice emprunte la criminalité de l'auteur, il ne lui emprunte pas sa nationalité³⁵² », il ne peut donc pas être jugé sur le fondement de la compétence personnelle active qui exige la nationalité française du prévenu.

De ses diverses solutions, eu égard aux différentes possibilités de rattachement, il nous faut nous demander si notre compétence pour

³⁵⁰ Cass. Crim., 20 février 1990, précité *supra* note 325.

Alain FOURNIER, *Complicité internationale et compétences des juridictions répressives françaises.*, Rev. crit. DIP 1981. 31. Voir également *supra* note 263- 265- 267 sous n°171s.

³⁵¹ Le rattachement réel est l'œuvre d'un texte spécifique (art. 694 ancien CPP) dont la rédaction fut remaniée par la loi du 11 juillet 1975.

³⁵² Claude LOMBOIS, *Droit pénal international.*, 1^{ère} éd. 1971, op. cit. n°271.

pouvoir juger les faits de complicité est le fruit de la territorialité de la répression. A cet égard, il nous faut distinguer la complicité territoriale (1) de la complicité extraterritoriale (2).

1. La complicité territoriale

a. La complicité territoriale d'infraction territoriale

218. La complicité territoriale d'infraction territoriale ne soulève assurément aucune espèce de difficulté. Dans cette hypothèse, l'infraction principale est localisée sur le territoire français ainsi que les faits de complicité. A ce titre, c'est l'article 3 alinéa 1 du Code civil³⁵³ qui a sous l'ancien Code pénal vocation à s'appliquer aussi bien pour l'auteur que pour le complice de l'infraction : en effet, l'auteur de l'infraction principale qui a agi en France sera jugé par nos tribunaux au nom de notre compétence territoriale. Le complice quant à lui sera également jugé devant nos tribunaux au nom de la territorialité de la répression car en tant que complice, il emprunte la criminalité de l'auteur principal. Cette solution est constante et perdure au demeurant.

Au nom de la territorialité de la répression, ni l'auteur principal, ni le complice ne pourront exciper une quelconque autorité de chose jugée à l'étranger. Leur action à tous deux, quelle que soit leur nationalité, pourra tenir lieu de premier terme pour la survenance d'un conflit positif de compétence. En toute hypothèse ici, la complicité relève de notre compétence territoriale sans discussion possible. Ce choix est moins évident en matière de complicité territoriale d'infraction extraterritoriale.

³⁵³ Art. 3al1 : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

b. Complicité territoriale d'infraction extraterritoriale

219. En cette hypothèse, les faits de complicité sont localisés sur le territoire français alors que l'infraction principale est commise à l'étranger. Théoriquement, eu égard au fait que la complicité se localise en France, elle devrait relever de notre compétence territoriale. Or en la matière, l'article 693 ancien CPP restait inapplicable car il ne vise que la commission d'un crime ou d'un délit. Par ailleurs dans bien des hypothèses, les actes de complicité ne sont pas constitutifs en eux-mêmes d'infraction autonome. Ainsi, ils ne peuvent être réprimés qu'en fonction de l'infraction principale³⁵⁴.

Si l'infraction principale commise à l'étranger relève de notre ordre juridictionnel au titre de l'une de nos compétences, la complicité en France sera également réprimée à ce titre, sous réserve de la distinction à faire en matière de compétence personnelle active. En l'espèce, il ne peut par hypothèse s'agir de la compétence territoriale car l'infraction est localisée à l'étranger. Ainsi, l'auteur principal comme le complice pourront se prévaloir en France de l'autorité de la chose jugée à l'étranger car notre compétence (qui est soit personnelle active, soit personnelle passive, soit universelle) est subsidiaire.

Ce type de complicité, quand bien même localisée en France, mais dont l'infraction principale a été commise à l'étranger relève néanmoins de notre sphère de compétence, tout en n'adhérant pas au concept de territorialité.

220. Bien différente est l'hypothèse de la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale lorsque l'infraction principale ne peut en aucune façon être rattachée à la France ou lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger mais par un Français alors que le fait de complicité a été

³⁵⁴ Cass. Crim., 10 février 1999 : D. 1999 . 491 note Alain FOURNIER.

commis en France par un étranger³⁵⁵. L'article 690 ancien CPP a, sous l'ancien Code pénal, alors vocation à s'appliquer. La question est donc de savoir si ce cas de figure est une version plus ou moins édulcorée de notre compétence territoriale.

Il semble qu'il faille détacher l'article 690 CPP du concept de territorialité quand bien même les actes de complicité sont localisés sur le sol français et quand bien même on ne peut rattacher la répression de la complicité à une autre compétence préexistante. Ainsi, la mise en œuvre de l'article 690 ne vaut que si les faits de complicité sont entièrement localisés sur le sol français et donc aucune déformation inspirée de l'interprétation souple que l'on fait de l'article 693 n'est possible³⁵⁶.

Par ailleurs, les auteurs étudient le problème de la complicité comme étant une exception au principe de territorialité³⁵⁷. Enfin, l'article 690 CPP n'édicte qu'une compétence subsidiaire qui s'efface devant la compétence du lieu de l'infraction principale³⁵⁸. Or en France, l'exercice de notre compétence territoriale ne s'efface devant aucune autre. Si l'article 690 admet le jeu de la règle *non bis in idem* et donc les prescriptions de l'article 692 (exception de l'autorité de la chose jugée à l'étranger), l'article 693 la réfute catégoriquement. L'article 690 exclut donc toute approche territorialiste dans sa conception.

221. Il faut alors immédiatement constater qu'avec l'entrée en vigueur de l'article 690 ancien CPP, on admet le jeu de la règle *non bis in idem* pour

³⁵⁵ Dans ce cas, le complice ne peut se voir jugé au nom de la compétence personnelle active car la saisine de la juridiction française se fait « *in personam* ».

³⁵⁶ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2^{ème} éd. 1979, op. cit. n°267.
Alain FOURNIER, *Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale.*, 1982, op. cit. n°141.

³⁵⁷ Raymond LEGEAIS in Mélanges SAVATIER : « II. Les exceptions au principe de la territorialité. (...) A. La complicité (n°18). Il s'agit là de l'étude de l'article 690 ancien CPP . Les auteurs procèdent de la même façon pour l'article 113-5 NCP : in Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal.*, (t.1), 6^è éd. 1999, Economica, « 2. Exception légale : complicité en France d'une infraction à l'étranger » sous un « B. Localisation de l'infraction sur le territoire de la République », op. cit. n°393.

³⁵⁸ Alain FOURNIER, *Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale.*, 1982, op. cit. n°141.

des faits de complicité, commis par un étranger (ou même par un Français) et localisé en France (avec l'infraction principale commise à l'étranger) et on le refuse pour une infraction principale commise en France par un étranger³⁵⁹ (ou par quiconque d'ailleurs). Le sort du complice est donc éminemment favorable. Nous pouvons l'expliquer par le fait qu' « on doit admettre que les faits de complicité dans une infraction perpétrée à l'étranger, qui se produisent en France, ne perturbent pas notre ordre public et ne justifient par conséquent, en aucune manière, notre droit de juridiction ³⁶⁰ » si ce n'est pour éviter de fâcheuses impunités et donc des conflits négatifs de compétence. Or tel fut l'objet de l'article 690 ancien CPP . Aussi, il n'est point nécessaire avec de si nobles sentiments d'anéantir un beau résultat en créant là une possibilité de conflits positifs. Il est donc logique et particulièrement opportun d'édicter sous l'article 690 ancien CPP, certes une nouvelle compétence, mais une compétence subsidiaire³⁶¹.

Aussi puisque pour monsieur Fournier, le législateur a édicté sous l'article 690 « un territorialisme propre à la complicité³⁶² », il nous faut conclure à l'absence de rapprochement avec la compétence territoriale proprement dite.

222. L'article 690 ancien CPP édicta une compétence propre, autonome liée directement aux insuffisances des autres types de compétence et prompte à satisfaire les exigences d'une bonne entraide internationale. Ce

³⁵⁹ « N'est-il pas contradictoire de rejeter l'autorité de la chose jugée pour des faits principaux commis en France, alors qu'elle était admise auparavant, et de l'introduire en matière de complicité dans un cas où elle était exclue auparavant ? », LEAUTE, JCL procédure pénale, art. 689 à 696, 2^e cahier n°160 in cass. Crim., 26 janvier 1966, rev. crit. DIP 1966. 661 note HUET. Même analyse pour LEGEAIS in Mélanges LEVASSEUR, op. cit. p. 558.

³⁶⁰ Marie Claude FAYARD, *La localisation internationale de l'infraction*, AFDI 1965.753, op. cit. n°26.

³⁶¹ Raymond LEGEAIS, op. cit. n°21 et s. L'auteur après avoir craint que l'article 690 ne devienne « un nouveau signe d'une offensive impérialiste de notre pays en droit international », se ravise ensuite car « l'article 692 permet ainsi de laver le soupçon d'impérialisme que pouvait faire peser sur le législateur l'article 690 ».

³⁶² Alain FOURNIER, *Rép. pénal Dalloz, V° Compétence internationale.*, 1996, op. cit. n°177.

sont des solutions de ce type qui feront reculer la zone de non-droit. Cette conception, en effet, a l'immense avantage de ne point choisir entre un type de conflit et un autre. Elle engendre une nouvelle compétence et tend par là même à faire diminuer le problème de l'impunité sans pour autant porter atteinte à *non bis in idem*. En cela, elle contribue à diminuer les conflits positifs de compétence. La seule ombre au tableau reste la difficulté de recourir effectivement à l'article 690 ancien CPP.

D'une façon plus générale, la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale ne subit en aucune façon un rattachement à la compétence territoriale classique puisque la répression se fait soit de façon autonome, soit en fonction des compétences personnelles ou universelle. La solution est différente en matière de complicité extraterritoriale.

2. Complicité extraterritoriale

a. Complicité extraterritoriale d'infraction extraterritoriale

223. En cette matière, il faut reprendre les solutions précédemment énoncées liées à la criminalité d'emprunt. En effet, le complice ne pourra être jugé en France que si la France est compétente pour réprimer l'infraction principale soit au titre de la personnalité de la répression, soit au titre de l'universalité du droit de punir. Il ne saurait en l'espèce y avoir une quelconque connotation territoriale quant à notre répression d'autant qu'en l'espèce, tant l'infraction principale, que les faits de complicité sont localisés à l'étranger³⁶³. Plus territoriale en revanche sera la compétence en matière de complicité extraterritoriale d'infraction territoriale.

³⁶³ Remarquons qu'il n'est pas nécessaire que l'infraction principale et les faits de complicité soient localisés dans le même pays. De plus, en cas de compétence réelle, le sort du complice est réglé par l'article 694 al3 ancien CPP, excluant implicitement l'article 690.

b. Complicité extraterritoriale d'infraction territoriale

224. Au nom de la théorie de la criminalité d'emprunt, les juridictions françaises sont compétentes pour réprimer la complicité extraterritoriale d'infraction territoriale au nom de notre compétence territoriale³⁶⁴.

En effet, « moins encore que dans tous les autres domaines, il est possible de dissocier les actes de participation à une infraction du contexte social dans lequel ils font ressentir leur influence, c'est-à-dire au lieu de l'infraction principale, [or] c'est en un même lieu qu'ils ont troublé l'ordre social établi, celui où est centré l'acte principal³⁶⁵ ». C'est ainsi que puisque c'est en France qu'est troublé l'ordre public de par la commission de l'infraction principale, c'est en France que doit se faire la répression y compris pour les faits de complicité accomplis à l'étranger au nom d'une certaine unité dans l'entreprise criminelle. C'est donc bien une compétence territoriale exclusive de toute autre, et laissant à l'écart le jeu de la règle *non bis in idem*, qui permet de réprimer les faits de complicité extraterritoriale. Au demeurant, la Cour de cassation, au prix de quelques erreurs d'appréciation, confirme implicitement la solution³⁶⁶.

En l'espèce, un Français ayant volé des déchets de Bronze à Tourcoing les vendit à deux belges. Ceux-ci furent poursuivis en France pour participation comme intéressés à la contrebande. La Cour d'appel se reconnut compétente, mais les relaxa au bénéfice du doute. Sur pourvoi, la Cour de cassation invoqua l'article 693 ancien CPP pour conclure que l'administration des douanes était fondée à attirer dans les poursuites les deux acheteurs belges. « En réalité, bien que la formule employée ne soit guère propice à cette interprétation, la compétence des tribunaux français

³⁶⁴ « Nonobstant l'extranéité territoriale de la complicité, il s'agit bien encore pour celle-ci d'une compétence territoriale quoique internationale », Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale., 1982, op. cit. n°132 ; même position de l'auteur in Compétence internationale, 1996, op. cit. n°177.

³⁶⁵ Marie Claude FAYARD, op. cit. n° 25. De la même façon, Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit. n°301.

³⁶⁶ Cass. crim., 27 novembre 1965, bull. crim. n°236 ; RSC 1967. 173 obs. LEGAL. Marie Claude FAYARD, op. cit. n°26.

ne semble pouvoir être justifiée que par un appel à la criminalité d'emprunt du complice³⁶⁷». Cet amalgame opéré par la Cour de cassation traduit bien l'esprit territorialiste de la répression en matière de complicité extraterritoriale³⁶⁸.

225. Si la règle territorialiste liée au théorème complicité, criminalité d'emprunt, a vocation à s'appliquer, elle s'opère avec toutes les conséquences que cela induit et donc le refus de prendre en compte une quelconque autorité de chose jugée à l'étranger. Ainsi, en cas de complicité à l'étranger par un Français d'une infraction principale commise en France, le complice Français ne pourra bénéficier de la règle *non bis in idem* en France et pourra se voir puni deux fois à raison des mêmes faits. La solution est choquante si l'on considère que si ce même Français commet une infraction principale à l'étranger, il pourra exciper en France le jeu de la règle *non bis in idem* puisqu'il ne pourra être jugé qu'au nom du principe de la personnalité active. Sur la scène internationale, il est donc parfois préférable d'endosser le rôle d'auteur principal d'une infraction plutôt que celui de complice .

Si cette solution est choquante, il faut convenir que dans l'ensemble, la répression de la complicité sous l'auspice des dispositions des anciens articles du code de procédure pénale, est de bonne facture. Eu égard à l'article 690 ancien CPP, la zone de non-droit peut régresser. Les problèmes de conflits positifs ne sont liés qu'à la territorialité de la répression et au refus de *non bis in idem* pour l'infraction principale (qui s'étend *de facto* à la complicité). Il n'y a donc aucune critique majeure à adresser à la répression de la complicité en tant que telle. Ce n'est pas le cas pour les solutions issues de l'avènement du nouveau code pénal. Ces

³⁶⁷ Marie Claude FAYARD, *ibidem*.
Même solution pour LEGAL.

³⁶⁸ En l'espèce, « l'erreur » de la Cour de cassation est certainement due au fait de l'entrée en vigueur de l'article 690 ancien CPP. On se demandait à l'époque si les solutions anciennes allaient perdurer. La réponse est positive mais il y avait au départ quelques interrogations comme en témoigne cet arrêt. La Cour de cassation a préféré utiliser le discutabile article 693 en la matière plutôt que de se prononcer sur l'éviction de l'article 690 CPP et réprimer la complicité au nom de la criminalité d'emprunt.

dernières ont fait naître le doute, le chaos et l'incompréhension et engendre peut-être le recul de *non bis in idem*.

B. LES QUESTIONS LIEES A L'AVENEMENT DU NOUVEAU CODE PENAL

226. Sous l'empire du nouveau code pénal complété par la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 ainsi que des modifications corrélatives apportées au CPP, les solutions en matière de complicité ne changent guère depuis la disparition en tant que telle de l'article 690 ancien de CPP qui est réapparu sous la forme de l'article 113-5 NCP. Le problème résulte du fait que de graves questions se posent quant à savoir si en cette nouvelle hypothèse, le jeu de la règle *non bis in idem* reste possible. Les auteurs divergent quant à la réponse à apporter. Nous nous attacherons donc ici à examiner uniquement ce nouvel article 113-5 NCP et les corrélations avec la règle *non bis in idem* (2) après une interrogation quant à la conception territorialiste qui anime la répression de la complicité (1). Dans toutes les autres hypothèses, c'est-à-dire celles où l'article 690 ancien CPP ne trouvait à s'appliquer de par son caractère subsidiaire ou non, les solutions demeurent³⁶⁹.

³⁶⁹ La doctrine semble admettre qu'il n'y a pas de changement en la matière. L'article 113-5 NCP est une compétence subsidiaire et doit s'effacer si on peut rattacher la complicité à une compétence française autre (André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°229). Or il semble que monsieur FOURNIER ne partage pas cette opinion. Après avoir évoqué l'article 113-5 NCP, il précise que « faute de satisfaire à cette exigence, le recours à d'autres chefs de compétence pourrait s'avérer nécessaire comme auparavant » (Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale, 1998, op. cit. n°77). Veut-il dire par là que le recours à l'article 113-5 doit être la règle et qu'un rattachement différent pour le fait de complicité ne peut être que subsidiaire ? Cette solution serait extrêmement fâcheuse car selon cet auteur, l'article 113-5 ne réserve pas le

1. Une conception territorialiste ?

227. Au terme de l'article 113-5 NCP, « la loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la république comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une définition définitive étrangère ». A la lecture du seul article 113-5 NCP, il convient de remarquer que celui-ci exige pour être mis en œuvre la réunion de deux conditions : réciprocité d'incrimination du fait principal et constatation de l'infraction principale par une décision définitive de la juridiction étrangère. Or « l'exigence de ces deux conditions démontre que la compétence de la loi française n'est rattachée que de manière fictive au principe de la territorialité qui devrait permettre de retenir cette compétence sans aucune condition³⁷⁰ ». De nombreux auteurs s'accordent pour voir en cet article un rattachement fictif au principe de la territorialité³⁷¹, ce qui n'est pas nouveau puisque le même raisonnement avait cours sous l'empire de l'article 690 ancien CPP.

228. Néanmoins, il est nécessaire de se demander s'il faut, dans ce concept de territorialité fictive, insister le plus sur le caractère fictif ou sur la territorialité elle-même. De ce choix devrait dépendre l'acceptation ou non de la règle *non bis in idem*, à moins qu'il soit plus exact de se demander d'abord si *non bis in idem* a vocation à s'appliquer, pour ensuite en déduire s'il s'agit d'une territorialité fictive ou d'un vrai concept

jeu de la règle *non bis in idem* (cf. *infra* n°230). Que cela devienne en plus le droit commun en matière de complicité serait catastrophique.

³⁷⁰ DESPORTES et LE GUNHEC, *op. cit.* n°394. Cependant ces auteurs n'en tirent aucune conséquence quant à savoir s'il faut admettre ou pas le jeu de la règle *non bis in idem*.

³⁷¹ Michel MASSE, *La compétence française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du NCP.*, RSC 1995. 856., *op. cit.* n°4 : « tout le reste pour les rattachements fictifs (NDLR : à la territorialité) : (...) complicité en France d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger ». Renée KOERING-JOULIN et André HUET, *Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger.*, JCL International fasc. 403. 20, 1995, *op. cit.* n°5. Les auteurs précisent que l'article 113-5 NCP figure dans la section intitulée « des infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République ».

territorial³⁷². Il nous semble que cette dernière approche serait plus convaincante, car en dehors de la réalité de la répression, n'est-ce pas l'absence du jeu de la règle *non bis in idem* le trait caractéristique de notre compétence territoriale ? Nous en déduisons ainsi que les auteurs voyant en l'article 113-5 NCP une fiction de territorialité admettent ici le jeu de la règle *non bis in idem*.

Malheureusement, il y a une véritable interrogation quant au point de savoir si l'article 113-5 NCP édicte ou non une compétence subsidiaire et s'il admet ou non l'exception de la chose jugée à l'étranger.

2. Le jeu de la règle *non bis in idem*

229. Certains auteurs³⁷³ ne se satisfont pas de la seule lecture du code pénal (a). Ils élaborent une interprétation de l'article 113-5 NCP au regard des dispositions du code de procédure pénale (b).

a. Lecture littérale du nouveau code pénal

230. L'article 113-9 NCP qui édicte la règle de l'effet extinctif de la chose jugée à l'étranger ne vise que les articles 113-6 et 113-7 NCP, or la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale se trouve réprimée sous l'article 113-5 NCP. L'article 113-9 NCP précise en effet : « dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7 , aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits, et en cas de condamnation que la peine a été subie ou prescrite ». Le texte est clair et sans ambiguïté. De cela, monsieur Fournier en déduit que « cette compétence spécifique à la

³⁷² En ce sens, Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale, 1998, op. cit. n°76. Il déduit de la négation de la règle *non bis in idem* qu'il s'agit « d'une authentique compétence territoriale française ».

³⁷³ André HUET et Renée KOERING-JOULIN notamment. Voir *infra* n°232.

complicité cesse d'être subsidiaire par rapport à la compétence étrangère. L'exception de chose jugée à l'étranger ne saurait plus être ici invoquée : l'article 113-9 qui en réserve le jeu affecte exclusivement à présent notre compétence personnelle active ou passive³⁷⁴». Il y a là selon lui « une importante innovation³⁷⁵ ». D'importantes conséquences et de nombreuses situations iniques , voire ubuesques découlent de cette « innovation » qui n'est qu'un spectaculaire retour en arrière, pour un code pénal qui se veut nouveau et moderne.

Ainsi admettre cette analyse³⁷⁶, qui se révèle sans faille, revient à donner une solution différente à la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale selon que le rattachement se fait « *in rem* » ou au contraire de façon autonome par le biais de l'article 113-5 NCP. Dans un cas, le complice bénéficiera du jeu de la règle *non bis in idem* et ne se verra puni qu'une seule fois pour son geste, alors que dans la seconde hypothèse, le complice pourra être puni plusieurs fois pour l'accomplissement d'un seul geste. Il est choquant par ailleurs de constater que le rattachement « *in rem* » ou non peut être le fruit du hasard comme par exemple la présence d'une victime française.

231. Imaginons un attentat (non politique) commis par un ressortissant de nationalité X dans l'Etat X et un complice de nationalité X en France. Si l'attentat fait une victime française, le complice de nationalité X sera attiré en France au nom de notre compétence personnelle passive et pourra exciper le jeu de la règle *non bis in idem* s'il a déjà été jugé dans le pays X pour ce fait de complicité. A l'inverse, si l'attentat ne fait pas de victime française, la France est compétente pour réprimer ce fait de complicité au nom de l'article 113-5 NCP et le complice de nationalité X pourra être jugé et condamné en France pour ce fait quand bien même il a déjà fait l'objet

³⁷⁴ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale, 1998, *ibid.*

³⁷⁵ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale, 1998, *ibid.*

³⁷⁶ C'est aussi voir dans cette compétence « un territorialisme en sous ordre », Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale. , 1996, op. cit. n°193.

d'une condamnation à l'étranger (si l'on s'en tient à l'analyse selon laquelle l'article 113-5 NCP ne fait pas le jeu de la règle *non bis in idem*). Convenons qu'en la matière, la nationalité des victimes est par nature aléatoire , tout comme par conséquent le sort du complice³⁷⁷. Nous sommes alors loin du principe de légalité des délits et des peines.

Face à ce problème, des auteurs se sont tournés vers le code de procédure pénale et en ont fait une lecture attentive cherchant tous les moyens (juridiques) pour se départir de cette iniquité.

b. Les dispositions du code de procédure pénale

232. On a pu constater que l'article 692 CPP est rédigé dans des termes identiques à ceux de l'article 113-9 NCP. Or pour le professeur Massé : « une erreur de rédaction jette toutefois un doute sur la portée de cette exception. Dans le code pénal, la place et le texte même de l'article 113-9 ainsi que le renvoi déjà signalé à cette disposition par l'article 113-11 excluent manifestement la compétence réelle (art. 113-10) de son domaine d'application. Mais la rédaction de l'article 692 du code de procédure pénale est ambiguë en ce qu'elle énonce la règle pour

³⁷⁷ Un problème de nature analogue s'est posé avant la réforme du CP sous l'empire des dispositions du CPP issues de la loi de 1975. L'avènement de la loi du 11 juillet 1975, qui a institué la compétence personnelle passive au cas de crime, a posé une question inédite : *quid* de la répression pour les crimes commis à l'encontre de diplomates français ? De fait, les crimes dont auraient été victimes nos agents diplomatiques et consulaires étrangers ne peuvent à l'évidence qu'appartenir au système réel, ce qui exclut pour l'auteur de ce crime le bénéfice de l'exception de chose jugée à l'étranger tout en impliquant sa nécessaire présence en France pour son jugement et sa condamnation (l'article 694 al 1 subordonnant la mise en œuvre de notre compétence réelle à l'encontre d'étrangers à l'arrestation en France de ceux-ci ou l'obtention par le Gouvernement français de leur extradition : voir Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale, 1996, n°44 ; Claude LOMBOIS , *Droit pénal international.*, 2ème éd. 1979 , n° 327s. Le droit positif a supprimé cette exigence : désormais, au cas de compétence réelle, un jugement en France par défaut ou par contumace est possible). Mais , « quant aux crimes commis contre nos agents français, la compétence réelle de prime abord n'en devait pas moins pareillement prévaloir sur la compétence personnelle passive. Il eût été peu rationnel en effet d'établir une discrimination en fonction de la nationalité de victimes qui toutes présentent une même qualité venue justifier notre compétence », Alain FOURNIER, op. cit. n°50. Dans le même sens, Claude LOMBOIS, op. cit. n°321. Il faut néanmoins souligner qu'un retour à la compétence personnelle passive aurait été concevable en vue de juger alors le coupable étranger par contumace, mais il y aurait eu là une différence de régime juridique pour l'auteur d'un crime contre un agent diplomatique selon que ce dernier est étranger ou français.

l'ensemble des « cas prévus au chapitre précédent ». L'intention du législateur est certainement d'ajouter la compétence universelle (art. 689-1 et s.) aux compétences ci-dessus visées. Mais, dans « le chapitre précédent », il y a aussi l'article 689 qui vise tous les cas, compétence réelle incluse, dans lesquels la loi pénale française est applicable à des infractions commises à l'étranger³⁷⁸ ».

Cette analyse nous semble-t-il vaut pour notre problème de complicité territoriale d'infraction extraterritoriale. Et même si cet auteur rejette finalement son argument au motif que « l'interprétation littérale priverait l'article 113-9 du CP de toute utilité ³⁷⁹ », d'autres éminents auteurs se sont engouffrés dans la brèche. Il en est ainsi pour les professeurs Huet et Koering-Joulin qui en faisant une analyse combinée des articles 689 et 692 CPP en déduisent que tous les complices d'infraction extraterritoriale bénéficient du jeu de la règle *non bis in idem*³⁸⁰.

En effet, l'article 689 CPP précise que « les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises lorsque (..) la loi française est applicable ». Or l'article 692 CPP indique que l'autorité de la chose jugée joue « dans les cas prévus au chapitre précédent » à savoir le chapitre premier « de la compétence des juridictions françaises » qui comprend les articles 689 à 689-7. De cette combinaison, ces auteurs en déduisent fort à propos le jeu de la règle *non bis in idem* en cas de complicité territoriale d'infraction extraterritoriale. Désormais, selon eux et eu égard à ce nouvel article 689 CPP, « de manière aussi simple qu'efficace, dès qu'une infraction principale commise à l'étranger relève de la loi française, les tribunaux français sont compétents pour juger non

³⁷⁸ Michel MASSE, *La compétence française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du NCP*, RSC 1995. 856, op. cit. n°21.

³⁷⁹ Michel MASSE, *ibidem*.

³⁸⁰ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. p. 228 et 229. Renée KOERING-JOULIN et André HUET, *Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger.*, JCL International fasc. 403. 20, 1995, op. cit. n°5 et s.

seulement son auteur mais aussi son complice, quelle que soit la nationalité de celui-ci et le lieu où il a agi³⁸¹ ».

233. A la lecture de cette seule affirmation, nous pourrions penser qu'était exclue de cette analyse, la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale lorsque la France n'est pas compétente pour juger l'infraction principale. Il n'en est rien. Nous savons d'une part que si la France est compétente pour juger l'infraction principale, le complice est attiré à notre compétence sur ce fondement (sous réserve du problème de la personnalité active qui certainement était visé dans cette phrase) et d'autre part, le problème ne se pose donc uniquement que lorsqu'il y a complicité territoriale mais incompétence pour juger l'infraction principale. Aussi ces auteurs précisent leur analyse plus en avant dans leur ouvrage en affirmant ensuite explicitement quant à la règle *non bis in idem* que « le nouvel article 692 CPP (loi du 16 décembre 1992) rend irrecevable une poursuite en France « dans les cas prévus au chapitre précédent », c'est-à-dire lorsque la personne déjà jugée à l'étranger est (...) le complice d'une infraction commise à l'étranger (même si l'acte de complicité a été commis en France : nouvel article 689 CPP)³⁸²».

De cette analyse et de leur constatation, ils en déduisent « que la saisine des tribunaux français pour juger un acte de complicité accompli en France ne relève pas vraiment du principe de territorialité. Cette condition, certaine sous l'empire de l'ancien article 692 CPP résulte

³⁸¹ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, *ibid.* Ainsi donc en matière de complicité territoriale d'infraction extraterritoriale, si la France est compétente au nom de la personnalité active, pour ces auteurs, et contrairement à l'opinion du professeur FOURNIER, le complice étranger pourra être jugé en France au titre de la compétence personnelle active et non sur le fondement de l'article 113-5 NCP. Il bénéficiera en toute hypothèse du jeu de la règle *non bis in idem*. Voir aussi *supra* n°169s.

³⁸² André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, *op. cit.* n°153.

aujourd'hui de la combinaison des articles 689 et 692 du CPP dans la rédaction que leur a donné la loi n°92- 1336 du 16 décembre 92³⁸³ ».

La solution est séduisante et « si cette opinion devait prévaloir, (...) on s'en réjouirait³⁸⁴ ». Elle présente néanmoins une faille importante en ce sens que la généralisation de *non bis in idem* liée à l'absence de discrimination dans les différents types de complicité induit *a contrario* que cela vaut aussi en matière de compétence réelle, or « il est plus que douteux que cela réponde aux intentions du législateur³⁸⁵ ».

234. Nous ne pouvons que souscrire à cette dernière analyse. Néanmoins, nous ne pouvons croire que le législateur ait voulu un tel recul en la matière et qu'il ait intentionnellement voulu refuser explicitement le jeu de la règle *non bis in idem* pour tous les complices territoriaux d'infraction extraterritoriale lorsque la répression se fait sur le fondement de l'article 113-5 NCP.

Aussi nous nous demandons si l'article 113-9 NCP n'a pas fait l'objet d'une erreur dans sa rédaction et si le législateur n'a pas tout simplement oublié de viser l'article 113-5 qui précède immédiatement les articles 113-6 et 113-7 qui eux sont visés sous l'article 113-9. En effet, le seul rajout à l'article 113-9 d'une virgule et de la mention « 113-5 » changerait radicalement la face des choses. Peut-être ne s'agit-il là que d'une simple erreur matérielle car rien ne justifiait un changement par rapport à l'article 692 ancien CPP surtout dans un sens plus restrictif et dans un domaine aussi important que celui de l'autorité de la chose jugée à l'étranger. A l'appui de cette analyse, il faut souligner que l'article 113-8 énonce des particularités procédurales qui ne valent que pour les articles 113-6 et

³⁸³ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger., JCL International fasc. 403. 20, 1995, op. cit. n°6.

³⁸⁴ Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale., 1996, op. cit. n°192.

³⁸⁵ Alain FOURNIER, *ibidem*. Cet auteur voit dans l'analyse des professeurs HUET et KOERING-JOULIN « une consécration générale et systématique du principe *non bis in idem* pour toute compétence extraterritoriale » ce qui semble peu en adéquation avec la volonté du législateur .

113-7 . Peut-être que le législateur ensuite, dans son article 113-9, s'est contenté de « reprendre » par un effet de mimétisme le même raisonnement mais dans un domaine beaucoup plus important (l'autorité de la chose jugée) pour les mêmes hypothèses (113-6 et 113-7) en oubliant involontairement l'article 113-5 placé en contrebas et qui énonce un autre type de compétence, autonome, méritant lui aussi de bénéficier de la règle *non bis in idem*.

Face à cette erreur , nous semble-t-il du législateur, les juges peuvent quant à eux reprendre l'analyse des professeurs Huet et Koering-Joulin pour éviter une double répression toujours préjudiciable (en excluant le problème de la compétence réelle), et cela en attendant la rectification par le législateur de son erreur.

235. Enfin, et dans l'hypothèse où l'analyse du professeur Fournier prévaudrait, indépendamment d'une quelconque erreur donc, il faudra admettre l'analyse des professeurs Huet et Koering-Joulin visant à réprimer au nom de la compétence personnelle active et donc avec le bénéfice de la règle *non bis in idem*, la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale commise par un complice étranger et un auteur principal français³⁸⁶, diminuant ainsi efficacement un funeste recours à l'article 113-5 NCP. A ce niveau, il nous semble que toutes les honnêtes analyses juridiques doivent donner leur plein effet pour que l'application de la règle *non bis in idem* soit la plus large possible et que donc les exceptions à ce grand principe relèvent de la portion congrue.

Nous avons donc pu constater que la question d'un rattachement territorial ou non des faits de complicité est primordiale et qu'une réponse uniforme est impossible. A l'instar de la compétence territoriale au sens strict , la complicité porte en elle les germes pour faire naître conflits positifs et conflits négatifs, ainsi qu'une certaine dose de non-droit. Il

³⁸⁶ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°143.
Renée KOERING-JOULIN et André HUET, *Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger.*, JCL International fasc. 403. 20, 1995, op. cit. n° 16 et 20.

convient de se poser la même question quant aux autres protections du territoire à savoir la compétence réelle et la protection de nos pavillons. Chacune de ces compétences porte-t-elle en elle une parcelle de territorialisme ? A quel degré ? C'est ce à quoi nous allons tenter de répondre.

§ 2. LA PROTECTION INDIRECTE DU TERRITOIRE

236. En dehors des limites strictes du territoire définies par nos frontières, la France peut néanmoins éprouver le besoin de se protéger face à des atteintes extraterritoriales. Notre souveraineté peut en effet être mise en danger par des agissements perpétrés à l'extérieur de notre territoire au sens strict. Il est important de savoir si l'exercice de ce type de compétence, à savoir la compétence réelle, est d'inspiration territorialiste ou non et le cas échéant à quel degré sachant, comme nous l'avons déjà constaté, que la mise en œuvre de notre compétence territoriale ou d'une compétence s'en inspirant porte en elle les germes de conflits positifs de compétence, et de l'avènement du non-droit.

D'autre part, c'est semble-t-il une parcelle de notre territoire que nous protégeons lorsque nous sommes compétents envers des infractions commises à l'encontre ou à bord d'aéronefs ou de navires français. C'est ici une compétence spécifique qui s'exprime, souvent édictée en fonction de nos engagements internationaux, et il est essentiel là encore de savoir si cette compétence est à connotation territorialiste. Nous étudierons successivement donc la réalité de la répression (A) puis la loi applicable aux navires et aéronefs (B).

A. LA REALITE DE LA REPRESSION

237. « La compétence réelle (ou de protection) est la compétence par laquelle un Etat confie à ses tribunaux le soin de juger selon sa propre loi

des atteintes portées à l'étranger à ses intérêts supérieurs³⁸⁷». Elle s'exprime sous l'article 113-10 du NCP qui précise 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, 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 République³⁸⁸».

Si le « principe protecteur étatique³⁸⁹ » a parfois une connotation universaliste³⁹⁰, ce n'est ni de son essence, ni de son intérêt. En revanche, on lui attribue une large connotation personnaliste (1). Ce faisant, sa mise en œuvre est territorialiste (2).

1. Une inspiration personnaliste

238. Ainsi, on a pu écrire que « la personnalité passive revêt parfois une physionomie particulière, lorsque la victime des agissements délictueux apparaît non plus dans la personne d'un simple particulier, mais dans celle

³⁸⁷ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, *Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger.*, JCL International fasc. 403. 20, 1995, op. cit. n°64.

³⁸⁸ Sous l'empire du code de procédure pénale avant la réforme du code pénal, la compétence réelle était édictée sous l'article 694 qui évoquait quant à lui les « crimes ou délits attentatoires à la sûreté de l'Etat ».

³⁸⁹ Hans SCHULTZ, *Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger.*, RSC 1967. 305., op. cit. p.320.

³⁹⁰ Cet aspect sera volontairement exclu de notre étude ici et fera l'objet de développements ultérieurs (*infra* n° 350). De fait, le recteur LOMBOIS évoque dans son précis (op. cit. n°331) la compétence « réelle universalisée » pour ce qui est de la répression de la contrefaçon de monnaies étrangères qui doit se faire dans tous les Etats parties quand bien même il ne s'agit de la contrefaçon de leur monnaie. Ce rattachement à la compétence réelle est funeste dans la mesure où le jeu de la règle *non bis in idem* est exclu. En tant que principe unanimement critiqué par la doctrine, il gagnerait à évoluer et se muer en un nouveau type de compétence : la compétence universelle réalisée.

de l'Etat lui-même dont les intérêts fondamentaux se trouvent lésés. (..) la compétence exercée de ce chef par l'Etat victime se qualifie alors compétence réelle³⁹¹ ». De la même façon , on a pu arguer que « le système de la réalité ou de la compétence réelle, est davantage un démembrement du système précédent (NDLR : le système personnaliste) qu'un système autonome ³⁹²». Ainsi donc, différents auteurs voient dans le système de la réalité une émanation d'un système personnaliste puisqu'il y a dans les deux notions la volonté de protéger quelqu'un . Néanmoins cette volonté de protéger l'Etat et ses institutions (compétence réelle) répond à un impératif supérieur par rapport au désir de protéger ses ressortissants (compétence personnelle passive)³⁹³. Aussi, on peut distinguer ces deux compétences par le fait que la compétence réelle exclut le jeu de la règle *non bis in idem* alors que la compétence personnelle l'admet. De cette simple constatation, nous pouvons rapprocher la compétence réelle de la compétence territoriale.

2. Une mise en œuvre territorialiste

239. Tous les auteurs précités, voyant dans le système réel des points communs avec le système personnaliste, ne manquent pas de rapprocher également réalité et territorialité de la répression.

Ainsi, pour le professeur Fournier, le principe de la réalité a été édicté « en vue de compléter le principe territorialiste insuffisant à saisir les infractions attentatoires à sa sauvegarde (NDLR : de l'Etat) qui seraient commises de l'étranger³⁹⁴ ». On a pu affirmer également que « la

³⁹¹ Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale, 1996, op. cit. n°13. De plus pour cet auteur, la réalité de la répression « n'est autre qu'une variante du système de personnalité passive. Or il est pourtant de tradition d'opposer les qualificatifs réels et personnels ». (Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale, 1998, op. cit. n°22).

³⁹² Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, op. cit. n°375.

³⁹³ Une infraction commise à l'encontre d'un diplomate français relève donc de notre compétence réelle et non de notre compétence personnelle passive. Voir aussi *supra* note 377 sous n°231.

³⁹⁴ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale, 1998, op. cit. n°61. Des années auparavant, le même auteur (1982, op. cit. n°173) voyait dans les orientations de l'avant-

compétence réelle équivaut en pratique à une sorte de territorialité fictive. L'infraction troublant gravement l'ordre public français à l'étranger est traitée comme une infraction commise sur le territoire de la République ³⁹⁵».

Nous pouvons donc en conclure que la réalité de la répression a également une forte connotation territorialiste, en ce sens que la protection de nos intérêts fondamentaux à l'étranger est aussi importante que la protection de notre territoire *stricto sensu*. C'est de cette idée que découle naturellement la mise en œuvre procédurale de la compétence réelle, calquée sur celle de la compétence territoriale en refusant toutes deux une quelconque autorité négative de chose jugée à l'étranger.

Aussi, nous pouvons affirmer que la réalité de la répression est d'inspiration personaliste et de mise en œuvre territorialiste. A ce titre, elle est susceptible de faire naître des conflits positifs de compétence au même titre que la territorialité de la répression, *stricto sensu*, générant par la violation de *non bis in idem* le non-droit.

Il nous reste à examiner le problème de la loi applicable aux navires et aéronefs français afin de savoir si c'est également une source de conflits positifs de compétence, engendrant le maintien de la zone de non-droit.

projet définitif du code pénal une assimilation du point de vue procédural de l'infraction de nature réelle à celle commise sur le territoire de la République. De la même façon, le recteur LOMBOIS (RIDP 1980. 55) notait « une tendance à l'assimilation compétence réelle/compétence territoriale. Cette tendance trouve dans le présent projet (NDLR : avant-projet de révision du code pénal) son point d'achèvement ». Cependant l'auteur souligne aussi que dans l'avant-projet, la compétence territoriale admet le jeu de la règle *non bis in idem* ce que refuse la compétence réelle. Il semble qu'en vue de l'assimilation totale des deux types de compétences, on ait choisi par la suite de refuser le jeu de *non bis in idem* à la compétence territoriale, l'inverse (admettre *non bis in idem* pour les deux types de compétence) étant manifestement impossible pour le législateur français. Voir aussi, Michel MASSE, *La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal.*, RSC 1995. 856.

³⁹⁵ Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNHEC, op. cit. n°406.

B. LA LOI APPLICABLE AUX NAVIRES ET AERONEFS

240. Nous ne traiterons ici que des problèmes liés au rattachement des navires et aéronefs immatriculés en France. Seront donc volontairement exclus de l'étude les navires et aéronefs étrangers qui relèvent de notre loi soit lorsqu'ils se trouvent sur notre territoire au sens large (espace aérien français et eaux territoriales comprises) soit lorsque les infractions commises à bord ou à l'encontre de ces derniers relèvent de notre compétence en vertu d'un texte spécial, voire d'une convention internationale.

Quant aux pavillons et immatriculations françaises, leur protection bénéficie d'un certain nombre de rattachements possibles parmi lesquels se trouve l'incontournable compétence territoriale.

Seule une doctrine minoritaire voit dans les lois du pavillon et de l'immatriculation un rattachement autonome, excluant le droit commun. Le principe du droit du pavillon et de l'immatriculation est alors analysé « comme un principe original du droit pénal international³⁹⁶ », excluant des rattachements classiques tel que la territorialité, la réalité (émanation de la territorialité), ou l'universalité de la répression.

Si l'on peut se tourner vers la notion d'universalité du droit de punir pour expliquer la protection accordée aux aéronefs français³⁹⁷, l'analyse la plus classique consiste à voir dans la protection de nos pavillons et de nos immatriculations l'exemple d'un rattachement territorial (1), d'où émerge une certaine dose de réalité dans la répression (2).

³⁹⁶ Hans SCHULTZ, op. cit. p. 322. Pour cet auteur, la fiction de la territorialité « que le droit des gens a abandonné, ne peut être maintenue en droit pénal international ».

³⁹⁷ Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale, 1982, op. cit. n°123. L'auteur évoque « notre compétence répressive universelle instituée en matière aérienne ».

1. Un système territorialiste ?

241. Traditionnellement, « les infractions commises à bord d'un navire ou d'un aéronef sont considérées comme si elles avaient été commises sur le territoire dudit Etat ³⁹⁸ ». Le fondement de la répression est donc la territorialité. Cependant, il ne s'agit là que d'un fondement qui ne se répercute pas en totalité quant à la mise en œuvre du principe. Ainsi le jeu de la règle *non bis in idem* est admis pour les infractions commises à bord ou à l'encontre de navires ou d'aéronefs français³⁹⁹, lorsqu'il s'agit de pavillons civils ou commerciaux (utilisés donc pour le commerce, la pêche ou la plaisance). La règle *non bis in idem* est par contre exclue pour toutes les infractions commises à bord ou à l'encontre de navires ou d'aéronefs militaires car seule la loi pénale française s'applique alors (art. 113-3 NCP).

L'analyse de la loi du pavillon ou de l'immatriculation en tant que rattachement territorial est partagée par un certain nombre d'auteurs. Ainsi, on a pu écrire que « les bâtiments maritimes sont réputés partie intégrante du territoire de l'Etat dont ils dépendent et se trouvent soumis par là même à la loi de leur pavillon ⁴⁰⁰ » ou encore « les aéronefs comme les navires sont ainsi assimilés à une portion de territoire français ⁴⁰¹ ». L'emploi de verbes tels que « réputer » ou « assimiler » explique que le rattachement à la compétence territoriale n'est pas naturel ni même

³⁹⁸ Stanislaw PLAWSKI, *La notion du droit international pénal.*, RSC 1978. 789., op. cit. n°12.

³⁹⁹ Art. 113-3 et 113-4 NCP.

« Le NCP vient ici rompre avec les solutions antérieures auparavant consacrées par le code de l'aviation civile : ce dernier, contrairement au code disciplinaire et pénal de la marine marchande ne ménageait aucune application de la règle *non bis in idem* ». (Alain FOURNIER, *Rép. International Dalloz*, V° Compétence pénale, 1998, op. cit. n°20).

⁴⁰⁰ Alain FOURNIER, *Rép. Pénal Dalloz*, V° Compétence internationale, 1982, op. cit. n°65.

⁴⁰¹ Alain FOURNIER, *ibid.* n°71.

Cf. aussi : « Les espaces assimilés au territoire : les navires et aéronefs français. (...) Le navire étant considéré en quelque sorte comme une fraction du territoire de la République ». (Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, op. cit. n°387).

évident mais qu'il provient d'une fiction nécessaire pour protéger comme il se doit ces entités flottantes.

242. Le caractère fictif du rattachement à la territorialité est exprimé de façon directe par certains auteurs⁴⁰². Ici encore, il convient de nuancer car on a pu distinguer en ce qui concerne la nature du rattachement selon que l'infraction a été commise à bord ou à l'encontre d'un navire ou d'un aéronef, ce dernier pouvant être constitutif d'un rattachement réel et non plus territorial car « il y a là deux degrés dans la fiction. « A bord » se comprend bien : le navire et l'aéronef constituent des espaces tellement étroits et mobiles qu'il est de bonne méthode de les rattacher au territoire de leur pavillon (...). Mais à l'encontre ? (...) Au vrai cette expression (...) nous transporte (...) plus probablement en compétence réelle⁴⁰³ ».

2. La réalité de la répression ?

243. Cette analyse visant à voir une compétence réelle pour les infractions commises à l'encontre d'un navire ou d'un aéronef est partagée par les professeurs Huet et Koering-Joulin⁴⁰⁴. Il y a là une dichotomie des solutions en fonction d'un critère relativement simple à mettre en œuvre. Cependant de façon plus globale, on peut hésiter sur la nature du rattachement pour ce type d'infraction, sachant après tout que l'hésitation porte plus sur une approche philosophique de la répression que sur un *distinguo* quant à la mise en œuvre au fond d'une compétence puisque

⁴⁰² Michel PRALUS évoque « la part de fiction qu'il y a dans le fait de considérer un navire comme une dépendance du territoire national » in RSC 1996. 551 op. cit. n°15.

⁴⁰³ Michel MASSE, *La compétence française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du NCP.*, RSC 1995. 856., op. cit. n°6.

⁴⁰⁴ « D'autres textes peuvent aussi être considérés comme une référence au système de la réalité. (...) Les articles 113-3 et 113-4 du CP qui attribuent compétence à la loi française (et aux tribunaux français) pour les infractions commises à l'encontre des navires battant pavillon français et à l'encontre des aéronefs immatriculés en France « en quelque lieu qu'ils se trouvent » ». in JCL International fasc. 403-20 (1995), op. cit. n°64.

Voir aussi, Michel MASSE, *La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal.*, RSC 1995. 856.

compétence territoriale et compétence réelle excluent toutes deux le jeu de la règle *non bis in idem* (en l'état du droit positif) et que d'autre part, la compétence réelle est une émanation de la compétence territoriale.

Aussi, « certains titres de compétence laissent volontiers place à hésitation quant à la nature du rattachement qui leur tient lieu de fondement. Ainsi en est-il déjà des infractions commises à l'encontre de navires (surtout de guerre) ou d'aéronefs (militaire notamment) immatriculés en France. La compétence communément considérée comme territoriale peut non moins valablement s'analyser en compétence réelle⁴⁰⁵ ». Enfin certains auteurs attribuent sans hésitation un fondement réel pour la répression des infractions visant un aéronef⁴⁰⁶.

244. Cependant pour conclure, en toute hypothèse, la nature territoriale de la répression des infractions visant nos pavillons et nos immatriculations est avérée qu'elle soit pure ou fictive. La question liée à la réalité de la répression n'a ici qu'un intérêt mineur car purement dogmatique. En effet, en toute circonstance, des conflits positifs de compétence sont possibles voire sérieusement envisageables pour, tout du moins aujourd'hui, toutes les infractions visant aéronefs et navires militaires. La zone de non-droit, qui présente ici un caractère « flottant » est donc promise à s'étendre.

⁴⁰⁵ Alain FOURNIER, *Rép. International Dalloz*, V° Compétence pénale, 1998, op. cit. n°78.

⁴⁰⁶ Claude LOMBOIS, *Le droit pénal international.*, RIDP 1980. 55.

« Une loi spéciale soumet à la compétence française l'atteinte portée en quelque endroit où il se trouve à un aéronef immatriculé en France. De quelle compétence s'agit-il ? Par le fondement, ce serait une compétence réelle ».

CONCLUSION DU CHAPITRE I

245. Le territorialisme de la répression , sous quelque forme qu'il se présente, est une des causes majeures du non-droit en droit pénal international. Sa nature particulière et la conception extensive qui en est consacrée, est à même de créer, voire porte en elle, les conflits positifs de compétence, sans exclure mais de façon moindre les conflits négatifs.

Cependant, le conflit positif de compétence peut se résoudre en admettant le jeu de la règle *non bis in idem*, ce qui évite l'apparition de non-droit. Cela est exclu en droit français au nom de la nécessaire protection de notre souveraineté. Cette justification , empreinte de noblesse, ne résiste pas à l'analyse car d'une part nous avons une conception trop extensive de la souveraineté et que d'autre part, d'autres Etats acceptent le jeu de la règle *non bis in idem*. Or on ne saurait valablement arguer du fait qu'ils ne protègent pas leur souveraineté. Le territorialisme de la répression est une des causes du non-droit. Ce n'est pas la seule.

La répression inégale des infractions présentant un élément d'extranéité est aussi une cause visant à expliquer la survenance et la pérennisation du non-droit en droit pénal international. Notre *corpus* législatif recèle en effet excès et faiblesses.

CHAPITRE II

LES EXCES ET LES FAIBLESSES DU CORPUS LEGISLATIF, CAUSES SECONDAIRES

246. La protection de notre territoire et de ses intérêts essentiels implique que nous soyons compétents en toutes circonstances pour pouvoir réprimer les atteintes portées. Pour cela une seule technique, efficace : multiplier les titres de compétence de façon à trouver en toute hypothèse une loi qui nous permette de valablement apporter une sanction à une infraction commise.

La multiplication de ces titres de compétence se réalise souvent au détriment d'une logique d'ensemble du système répressif international, engendrant par là des difficultés qui n'avaient pas été prévues et des questions qui demeurent sans réponse. Le non-droit en l'espèce sera la résultante, à travers la violation de *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* (violation à laquelle on ne trouve aucune légitimation ici) d'un comportement boulimique avec ce que cela implique d'impulsivité et de désorganisation pour ensuite engendrer une pathologie grave.

Ce comportement excessif, qui se traduit par une boulimie de textes (section 1), manque de précision et de réflexion. Il s'ensuit que grâce à la sensation de satiété, demeurent néanmoins des scories dans la législation (section 2), sources de non-droit.

SECTION 1. LA BOULIMIE DE TEXTES

247. La boulimie de textes en matière pénale, voire même en droit pénal international, n'est pas un phénomène lié à la dimension répressive de ce domaine. Ce n'est qu'un exemple parmi tant d'autres eu égard à une volonté toujours accrue de s'immiscer dans tous les actes, tous les faits, tous les comportements de la vie quotidienne. Avec la régularité d'un métronome, une loi en chasse une autre, un décret en chasse un autre, ou plutôt devrions-nous écrire qu'une loi vient s'ajouter à une autre et qu'un décret vient s'ajouter à un autre. De fait, les textes anciens continuent à s'appliquer dans les dispositions qui ne sont pas en contradiction avec les nouvelles. Nous arrivons ainsi à une montagne législative dont les conséquences, dans le domaine qui nous intéresse, sont importantes voire dangereuses.

L'inflation législative est un trait caractéristique de notre époque dont il faut mesurer l'ampleur du phénomène en droit pénal international (§I). Elle a pour conséquence directe d'entraîner une certaine superposition des différents types de compétence, qui porte en elle le cœur de la notion de non-droit en ce sens que cette superposition peut être un rempart efficace aux conflits négatifs de compétence mais qu'elle n'empêche nullement, voire favorise, l'apparition de conflits positifs de compétence, ainsi que le non-droit (§II). Ce sont ces deux aspects que nous allons étudier successivement.

§ 1. L'AMPLEUR DU PHENOMENE

248. L'inflation législative en droit pénal international se traduit par une multiplication de nouveaux textes depuis une période relativement récente. La réforme du CP et la refonte du CPP, avec l'entrée en vigueur corrélative du NCP a été l'occasion d'accroître ce phénomène. Il nous faut donc en relater l'historique (A). Phénomène croissant, phénomène

nouveau, il nous faut nous interroger sur le bien-fondé de cette pratique et sur son éventuelle légitimité (B).

A. L'HISTORIQUE DU PROCESSUS

249. Le *corpus* législatif tend à croître de façon exponentielle au cours de ces dernières décennies. Le droit pénal international, droit moderne par définition, naturellement appelé à se développer, n'est pas en reste. L'instauration d'une compétence personnelle passive (1) ainsi que l'accroissement des textes instituant une compétence universelle (2) en sont la preuve.

1. L'instauration d'une compétence personnelle passive

250. Ainsi après plusieurs décennies placées sous le signe de l'immobilisme⁴⁰⁷, la loi n° 75- 624 du 11 juillet 1975 vient bouleverser l'édifice existant en instaurant dans le code de procédure pénale un nouveau cas de compétence : celui de la personnalité passive.

En effet, au terme de l'article 689-1 ancien CPP, on peut constater que « tout étranger qui, hors du territoire de la République, s'est rendu coupable d'un crime, soit comme auteur, soit comme complice peut être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois françaises, lorsque la victime de ce crime est de nationalité française ». Force est de constater que le domaine de la personnalité passive est limité ici au cas de crime et ne nécessite pas (à l'instar de la compétence personnelle active au cas de crime également) la condition de double incrimination.

Cette loi a aussi entrepris d'étendre la sphère d'application de la compétence réelle visée à l'article 694 ancien CPP. L'extension de

⁴⁰⁷ Aucun bouleversement majeur des solutions n'avait vu le jour depuis le code d'instruction criminelle. Les seuls changements notables (avènement du CPP) n'ont eu pour objet que de consacrer les solutions jurisprudentielles existantes.

compétence porte ici sur les crimes contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français qui désormais sont expressément visés et réprimés sous ce texte.

Ainsi quiconque commet un crime à l'encontre d'un local diplomatique ou un agent diplomatique sera punissable en France au titre de la compétence réelle, et donc ceci sans pouvoir exciper le jeu de la règle *non bis in idem*. Cependant à présent⁴⁰⁸, un jugement par défaut ou par contumace est possible.

251. Au demeurant, cette loi de 1975, vieille de plus de 25 années, n'a été que l'une des premières manifestations de cette volonté de multiplier les textes incriminateurs en notre matière. Ainsi, à la faveur de la réforme du code pénal, la personnalité passive, ne visant que les hypothèses de crime en 1975, est étendue en vertu de l'article 113-7 du NCP « à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ». Il y a cependant une importante particularité à relever car de fait, la condition de double incrimination n'est pas requise pour les délits en matière de compétence personnelle passive alors qu'elle est obligatoire dans la même hypothèse en cas de compétence personnelle active. Nous pouvons en déduire que la compétence personnelle passive est passée « du second au premier rang des compétences subsidiaires⁴⁰⁹ ».

⁴⁰⁸ Depuis l'avènement du NCP, « contrairement à l'article 694 ancien du CPP, selon sa rédaction issue de la loi du 11 juillet 1975, plus aucune discrimination ne subsiste, parmi les coupables, entre étrangers et français », Alain FOURNIER, *Rép. Pénal Dalloz*, V° Compétence internationale, 1996, op. cit. n°120. Le jugement pour les Français comme pour les étrangers est possible devant nos juridictions par défaut ou par contumace. Par ailleurs, l'article 113-10 NCP a aussi étendu la réalité de la répression aux délits contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français (auparavant seuls les crimes étaient visés par la loi de 1975). Voir aussi *supra* note 377 sous n°231 et note 390 sous n° 238.

⁴⁰⁹ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*. Chronique internationale., RSC 1998. 398., op. cit. p. 402.

Par ailleurs, s'il est un domaine qui a acquis ses lettres de noblesse au cours des trois dernières décennies, c'est bien celui de la compétence universelle.

2. L'accroissement des textes instituant une compétence universelle

252. Le nombre de textes visant ce type de compétence n'a cessé de croître de façon exponentielle, évoquant par là même la recrudescence de la criminalité internationale, lésant les intérêts communs de différentes nations⁴¹⁰. Ainsi se succèdent les lois des 5 juillet 1972 et 24 mai 1976 relatives à l'aviation civile dont on retrouve les dispositions transposées à présent sous l'article 113-11 du NCP⁴¹¹. A côté de ce mouvement lié au code pénal, on trouve un certain nombre de lois dans le CPP sous les articles 689-2, 689-3, 689-4, 689-5, 689-6, 689-7 et 689-9⁴¹² qui sont la conséquence de la ratification par la France d'un certain nombre de conventions internationales. Ainsi en est-il pour la Convention contre la torture et les traitements cruels et inhumains adoptée à New York le 10 décembre 1984, la Convention européenne pour la répression du terrorisme de Strasbourg (27 janvier 1977), la Convention sur la protection physique des matières nucléaires de Vienne et New York (3 mars 1980), la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et des plates-formes fixes situées sur le plateau continental de Rome (10 mars 1988), la Convention sur la répression de la

⁴¹⁰ « L'histoire de la compétence universelle est celle d'une lente mais irrésistible ascension. », André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. n°139.

⁴¹¹ L'article 113-12 issu de la loi du 26 février 1996, « référence très implicite à la compétence universelle » (Alain FOURNIER, *Les orientations nouvelles du droit pénal international à la faveur de la réforme du code pénal*, rev. crit. DIP 1998.565., op. cit. n°5) a été depuis lors inséré. Cet article précise que « la loi pénale française est applicable aux infractions commises au-delà de la mer territoriale, dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient ».

Il s'agit donc d'un nouveau texte, à visée générale, par rapport aux textes spécifiques déjà existant en la matière et consacrant une fois encore le principe de la compétence universelle, mais cette fois dans le code pénal.

⁴¹² Cette liste n'a « nulle vocation à clôturer définitivement l'inventaire des titres de compétence universelle ». Alain FOURNIER, op. cit. n°35. Ainsi, la loi n° 2000-156 du 15 juin 2000 a institué un nouveau cas de compétence universelle sous l'article 689-9 CPP(il est à noter que le législateur n'a pas créé un article 689-8 CPP) pour les actes de terrorisme. Voir *infra* n°254.

capture illicite d'aéronefs de La Haye (16 décembre 1970), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile de Montréal (23 septembre 1971) et celle complémentaire signée à Montréal le 24 février 1988 pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale.

253. Cette profusion législative s'est quelque temps achevée par les lois du 2 janvier 1995 et du 22 mai 1996⁴¹³ portant adaptation de la législation française aux dispositions des résolutions 827 et 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies. « L'une et l'autre concernent les violations graves du droit international humanitaire respectivement commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et sur celui du Rwanda (et d'Etats voisins). Le principe d'universalité du droit de punir reçoit consécration à ce double titre, à l'encontre des coupables, auteurs ou complices, qui sont trouvés en France (art. 2 de la loi du 2 janvier 95)⁴¹⁴».

254. Une nouvelle extension du champ de la compétence universelle a été opérée par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 qui en son article 138 précise qu'il y a lieu d'insérer un article 689-9 nouveau dans le code de procédure pénale. Désormais, au terme de cet article , « pour l'application de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes, ouverte à la signature à New York le 12 janvier 1998, peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues à l'article 689-1 toute personne coupable d'un crime ou d'un délit d'acte de terrorisme défini par les articles 421-1 et 421-2 du même code lorsque l'infraction a été commise en employant un engin explosif ou un autre engin meurtrier défini à l'article 1^{er} de ladite convention ».

⁴¹³ L. n° 95-1 du 2 janvier 1995 : JO 3 janvier 1995 p. 71.
L. n° 96- 432 du 22 mai 1996 : JO 23 mai 1996 p. 7695.

⁴¹⁴ Alain FOURNIER, *Les orientations nouvelles du droit pénal international à la faveur de la réforme du code pénal.*, op. cit. n°5 note 17.

C'est ainsi que s'achève, momentanément, la liste toujours plus longue des nouveaux textes réalisant extension de la sphère d'intervention de notre système répressif. Il nous reste à étudier le bien-fondé de cette inflation législative.

B. LE BIEN-FONDE D'UNE TELLE PROLIFERATION

255. L'accroissement des textes législatifs est une réalité qui n'a fait l'objet d'aucune discussion quant à son bien-fondé (1), mais c'est également une spécificité nationale (2).

1. L'inflation législative : un phénomène jamais discuté

256. L'entrée en vigueur du NCP le 1^{er} mars 1994 a fait l'objet d'un certain nombre de commentaires dont plusieurs portèrent sur les dispositions édictées en droit pénal international. La doctrine a alors souvent constaté « la confirmation de la tendance déjà relevée de profiter de la moindre occasion pour étendre la compétence pénale française dans l'espace, tendance dont le bien-fondé n'a jamais été démontré, ni même vraiment discuté ⁴¹⁵ ». Il est vrai que sous l'égide du code d'instruction criminelle, n'existaient que la compétence territoriale, la compétence réelle et la compétence personnelle active. Depuis lors, nous mettons également en œuvre une compétence universelle et une compétence personnelle passive d'abord de façon limitée (loi du 11 juillet 1975) puis d'une façon nettement élargie (réforme du CP). Il convient au demeurant d'ajouter que cette mise sous catégorie des compétences édictées n'est pas l'œuvre du législateur (aucun des mots liés à cette classification n'apparaît dans le

⁴¹⁵ Michel MASSE, *La compétence française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du NCP.*, RSC 1995. 856 op. cit. n°1.

NCP ou le CPP) mais celle de la doctrine⁴¹⁶ dans un souci de simplification. Ce dernier est apparu eu égard au grand nombre de titres de compétence qui coexistent désormais. D'ailleurs la doctrine elle-même en arrive à sous distinguer d'autres types de compétence à travers la classification existante : nous pensons par là à la distinction entre compétence réelle au sens strict et la sous catégorie qu'est la compétence réelle universalisée. Celle-ci s'est élaborée alors qu'aucun texte nouveau n'est apparu. Or ce problème de simplification et de catégorisation est directement lié à la prolifération des textes en la matière. Les nouveaux types de compétence et les textes afférents ne cessent donc de croître tant et si bien que l'on peut constater que « quant au fond, il n'est encore jamais arrivé que l'on renonce à une compétence précédemment conquise ⁴¹⁷ ».

257. Cette affirmation mérite d'être nuancée. En effet, une compétence aménagée sous l'ancien article 695 du CPP a été supprimée par le NCP⁴¹⁸. Il s'agissait d'une compétence personnelle active (créer dès la loi du 27 juin 1866, mais qui n'avait point été intégrée au code d'instruction criminelle) pour les délits et les contraventions en matière forestière, rurale, de pêche, de douane ou de contributions indirectes commis par un Français sur le territoire de l'un des Etats limitrophes. Cependant, il nous faut remarquer qu'il ne s'agit pas d'une compétence importante quantitativement et qualitativement et que dans l'hypothèse actuelle d'un délit⁴¹⁹ de ce type, les compétences classiques existantes (compétence territoriale, compétence personnelle active) peuvent être amenées à

⁴¹⁶ Claude LOMBOIS, *Commentaire de l'avant-projet définitif de révision du Code pénal.*, RIDP 1980. 55., op. cit. p. 69.

⁴¹⁷ Michel MASSE, *Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur code pénal.*, RSC 1990. 395., op. cit. n°15.

⁴¹⁸ Cette compétence, vivement critiquée, a été supprimée parce qu'inusitée. Cependant, « cela paraît regrettable dans la mesure où ce texte ait pu recevoir utilement mise en œuvre en droit pénal de l'environnement ». Alain FOURNIER, *Rép. Pénal Dalloz*, V° Compétence internationale., 1996, op. cit. n°34.

⁴¹⁹ En cas de contravention, en revanche, aucune compétence existante ne nous permettra de réprimer en France l'infraction en question.

s'exercer. Néanmoins , il nous faut souligner que si nous devons exercer notre compétence territoriale pour un délit commis en matière environnementale, l'auteur du délit ne pourra exciper le jeu de la règle *non bis in idem*, ce qui est encore un recul quant à l'idéal de juste répression.

Cette entorse au principe de la non renonciation à une compétence précédemment acquise, confirme la règle selon l'adage classique, et ne peut avoir vocation à contredire l'observation précédente qui se veut globale.

2. L'inflation législative : une spécificité nationale

258. Une seconde nuance apparaît importante dans la mesure où l'absence de renonciation à une compétence précédemment acquise est une donnée bien française. Il est en effet des pays qui ont des visées moins impérialistes et savent renoncer à un trop-plein parfois nuisible. Telle est l'orientation du projet de réforme du code pénal italien. Ainsi, le fil conducteur de la réforme a été de « circonscrire les dérogations (au principe de territorialité) par rapport aux dérogations extrêmement vastes prévues par le code de 1930 et inspirées de l'idéologie de l'époque ⁴²⁰ ». Cela se traduit concrètement de façon classique par la réduction du champ d'application de la compétence personnelle passive ⁴²¹ et de façon beaucoup moins novatrice par l'abandon total de la compétence personnelle active. Nous sommes là bien loin de la pratique française en la matière même si le projet italien peut paraître en ce sens trop radical, voire excessif. D'ailleurs, il est permis de s'interroger sur le choix effectué (disparition de la personnalité active). N'aurait-il pas été plus judicieux de faire disparaître totalement la compétence personnelle passive dont l'exercice paraît moins bien fondé en équité par rapport à cette volonté affichée de faire disparaître la compétence personnelle active ?

⁴²⁰ Stéfano MANACORDA, *Le droit pénal international dans les réformes française et italienne (le NCP français et le projet italien)*, RSC1995. 335.

⁴²¹ Il y a substitution du critère quantitatif à un nouveau critère qualitatif, MANACORDA, *ibidem*.

Il nous faut donc admettre qu'il y a un problème d'inflation législative en France et corrélativement une multiplication des différents types de compétence dont le seul but, avoué ou non, est d'attirer devant nos tribunaux répressifs un maximum d'infractions. Si cette volonté en soi n'est pas critiquable, elle le devient lorsqu'elle se fait au mépris de la chose jugée à l'étranger. La règle *non bis in idem* en France, dans notre domaine, n'est pas un principe de portée générale et est même singulièrement enfermée dans un cadre rigide laissant peu de place à une mise en œuvre généralisée.

259. Ce schéma est d'autant plus aberrant qu'il fut une époque où en France, le principe *non bis in idem* était admis de façon générale et où les textes incriminateurs adossés aux différents types de compétence déjà énumérés étaient nettement moindres.

Ainsi sous l'empire du code d'instruction criminelle de 1808, modifié par une loi du 27 juin 1866 qui étendit la compétence personnelle active, n'existaient en France que trois types de compétence : la compétence territoriale, la compétence réelle et la compétence personnelle active. Parallèlement, l'autorité de la chose jugée à l'étranger étant entendue au sens le plus large possible puisque après avoir été précisée par une loi du 3 avril 1903, elle bénéficiait à tous sauf dans l'hypothèse d'une mise en œuvre de la compétence réelle. Aussi, par exemple, les délinquants étrangers justiciables de notre compétence territoriale pouvaient bénéficier de la règle *non bis in idem*.

A l'aube du troisième millénaire, il nous faut nous interroger afin de savoir où est la modernité et si elle ne se trouvait pas plutôt dans les pages de l'ancien code d'instruction criminelle respectueux, en ce domaine, du droit le plus fondamental : ne pas être jugé et condamné deux fois pour les mêmes faits.

§2. LA SUPERPOSITION DES DIFFERENTS TYPES DE COMPETENCE

260. La superposition des différents types de compétence est , en droit pénal international, un phénomène majeur de ce siècle, qui va en augmentant. Si à l'origine de cette matière, on polémique surtout autour de la compétence territoriale⁴²², principale compétence que l'on pouvait exercer, afin de savoir laquelle de la théorie de l'action ou du résultat pouvait être mise en œuvre, le problème s'est depuis déplacé afin de savoir laquelle, parmi les nombreuses compétences à notre disposition, nous allons choisir.

Cette superposition des différents types de compétence a pour cause directe la hantise de l'impunité liée à un élément d'extranéité de l'infraction (A) et pour conséquence l'apparition de conflits positifs de compétence, qui génère le non-droit en refusant dans une large mesure le jeu du principe *non bis in idem* (B).

A. LA HANTISE DE L'IMPUNITE

261. La volonté de trouver un juge pour chaque infraction, quel que soit l'élément d'extranéité, s'est traduite par un enchevêtrement des compétences en vue d'obtenir un maillage serré (1). Mais la question de la légitimité de la répression en toutes hypothèses mérite d'être posée (2).

1. L'enchevêtrement des compétences

262. Compétence territoriale, compétence réelle, compétence réelle universalisée, compétence personnelle active, compétence personnelle passive, compétence universelle, laquelle choisir ?

⁴²² Il n'existait alors que cette compétence adossée à la compétence réelle qui en est une émanation. La compétence personnelle active était alors à ses balbutiements.

Face à une infraction présentant un élément d'extranéité, il faudra aux instances compétentes, choisir dans ce magma la compétence la plus adéquate afin de l'exercer pour une juste répression c'est-à-dire une répression une et unique, donc respectueuse de *non bis in idem* et d'*aut dedere, aut punire*. Le choix est vaste et face à cette multitude, on pourrait penser que la juste répression est possible.

Cependant, le non-droit en droit pénal international n'est pas un concept imaginé par la doctrine mais une réalité à deux faces. La face sombre est la conséquence de la multiplication des conflits positifs de compétence, la face claire est celle d'une bonne gestion des conflits négatifs qui tendent à se faire rares sous l'impulsion efficace de la superposition des différents types de compétence.

« A l'image de nombreux systèmes étrangers, le droit français n'opère point, en faveur d'un rattachement déterminé, de choix exclusif de tout autre facteur. Il existe une pluralité de titres attributifs de compétence française que la volonté du législateur est venue superposer en vue d'amoinrir les risques de conflits négatifs entre Etats et de l'impunité qui s'ensuit⁴²³». Cette superposition des différents types de compétence a d'ailleurs été élevée au rang de règle de fond et non plus de règle de forme au regard de la réforme du code pénal et de l'avènement du NCP. En effet, les divers types de compétence précédemment énoncés figuraient auparavant dans les pages de l'ancien CPP. Désormais, elles reçoivent consécration dans le NCP lui-même. Ainsi, « conformément aux conventions internationales qui lient la France, le NCP diversifie plus amplement par rapport au régime antérieur les titres de compétence répressive internationale française. Reçoivent ainsi consécration : la territorialité de la répression (art. 113-2 à 113-5) ; la personnalité des lois pénales, qu'il s'agisse de personnalité active (art. 113-6) ou de personnalité passive, désormais étendue aux crimes et délits (art. 113-7) ; le système réel (art. 113-10) ; enfin le CP lui-même vient consacrer quelques hypothèses de répression universelle (étrangères au CPP), soit

⁴²³ Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale., 1996, op. cit. n°18.

depuis son entrée en vigueur, sinon sa promulgation (art. 113-11 issu de la loi d'adaptation du 16 décembre 92) soit depuis le 1^{er} mars 1994 (art. 113-12, L. 26 février 96 art. 9)⁴²⁴ ».

263. Par ailleurs, certains titres de compétence sont nés de la volonté même d'éviter toute impunité liée à la pratique de règles ancestrales et à l'extranéité inhérente à certaines situations. C'est ainsi que la compétence personnelle active, qui porte une atteinte au dogme de la territorialité, est « conçue comme un correctif destiné à combler d'éventuelles lacunes plutôt que comme un *a priori* »⁴²⁵. De fait, la règle de la non-extradition des nationaux impose, pour éviter une injuste impunité, qu'un Etat puisse juger et punir l'un de ses nationaux quand bien même cet individu n'aurait accompli aucune infraction sur le territoire national mais se serait rendu dans un Etat tiers pour la commission de ladite infraction. La compétence personnelle active est alors un mécanisme d'entraide judiciaire et répond parfaitement au précepte de la règle *aut dedere, aut punire*⁴²⁶. L'Etat en question ne pouvant répondre favorablement à la première injonction, choisit la seconde et impose la répression en France de l'infraction commise à l'étranger par la mise en œuvre de sa compétence personnelle active.

264. De la même façon, la compétence personnelle passive, telle qu'elle résulte du NCP⁴²⁷ a pour volonté affichée de faire échapper le Français coupable à l'étranger d'un délit envers un autre français à toute impunité si ce délit est puni seulement par la loi française et non la loi du sol sur

⁴²⁴ Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale, op. cit. n°61.

⁴²⁵ Alain FOURNIER, Rép. international Dalloz, V° Compétence pénale., 1998, op. cit. n°29.

⁴²⁶ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale, op. cit. n°26. « Il n'est pas contestable que le système de personnalité active constitue l'indispensable contrepartie à la non-extradition des nationaux et devient seule de nature à garantir le respect du principe *aut dedere, aut judicare*. D'autres justifications n'en restent pas moins proposées, particulièrement dans les systèmes qui acceptent de livrer leurs ressortissants ».

⁴²⁷ C'est-à-dire en étendant cette compétence à tous les cas de délits punis d'emprisonnement (à savoir le plus grand nombre de délits).

lequel il a été accompli. En effet, l'article 113-7 NCP précise que la loi pénale française est applicable en cas de délit commis par un Français à l'encontre d'un Français en territoire étranger, ce qui revient à exclure le jeu de l'article 113-6 et la compétence personnelle active en cas de double rattachement personnel. C'est alors l'article 113-7 qui a vocation à s'appliquer. Il est en revanche fait retour aux règles de l'article 113-6 si malgré ce double rattachement le délit commis à l'étranger n'est puni en France que d'une peine d'amende ou si le délit est incriminé dans les deux pays. De fait, pour être mis en œuvre, l'article 113-6 nécessite en cas de délit la condition de double incrimination, mention qui fait défaut pour l'article 113-7 d'application ainsi plus aisée en vue d'éviter une certaine impunité⁴²⁸. Toute la question est alors de savoir s'il s'agit d'une coupable impunité et s'il s'agit donc d'une juste répression.

2. La question de la légitimité de la répression

265. La personnalité passive vise à protéger un Français qui se rend à l'étranger en punissant quiconque, français ou étranger, commettrait à son encontre un crime ou un délit quand bien même ce délit ne constituerait pas une infraction au regard de la loi du sol sur lequel il aurait été commis. Une personne peut donc être jugée et condamnée en France pour un acte licite qu'elle aurait commis ailleurs mais qui s'est fortuitement réalisé au préjudice d'un Français. Or il est probable que la nationalité de la victime soit ignorée de l'auteur de l'infraction, d'autant que ce dernier peut légitimement ne pas connaître la loi pénale française et ses multiples tentacules⁴²⁹. A tout cela, il faut ajouter que le Français qui

⁴²⁸ Alain FOURNIER, rev. crit. DIP 1998. 565., op. cit. n°27. En évoquant la compétence personnelle active, cet auteur précise que « c'est la personnalité passive alors qui vole à son secours en vue de combler [les lacunes de] celle-ci, et faire échapper le Français coupable.. à l'impunité ».

⁴²⁹ A ce jour, les citoyens du monde ne sont pas censés connaître notre CP. Notre conception impérialiste en la matière n'en est encore pas arrivée à cette extrémité même si les prémisses se font sentir sous le joug de l'article 113-7 du NCP.

se rend à l'étranger s'expose volontairement à ne plus être protégé par la loi pénale française. Il ne peut emporter avec lui sa loi pénale quand elle lui est favorable et il ne devrait pouvoir l'oublier lorsqu'elle lui est défavorable. Or lorsque ce même Français se rend à l'étranger pour commettre un acte qui serait illicite en France mais qui est licite à l'étranger, il se fait fort d'exciper les largesses de la loi pénale étrangère en cas de délit du moins. Il obtient en effet l'impunité en France puisque la compétence personnelle active exige la condition de double incrimination. La différence nous paraît choquante. Nous condamnons donc le régime actuel de la personnalité passive et les incohérences qui en découlent.

266. Il n'en est pas moins démontré que la multiplication des types de compétence et la superposition qui s'ensuit n'ont été réalisées qu'avec un seul objectif : éviter l'apparition de conflits négatifs de compétence et donc une malencontreuse impunité sur la scène internationale. C'est ainsi qu'un maillage particulièrement serré a été réalisé, tentant avec succès de quadriller toutes les hypothèses et toutes les circonstances susceptibles de laisser entrevoir une parcelle d'impunité. Mais comme tous les succès, celui-ci n'est pas absolu dans la mesure où il existe malgré tout encore des espaces d'impunité, bien que restreints. Surtout la superposition des différents types de compétence a inéluctablement entraîné l'apparition des conflits positifs de compétence, fléau tout aussi condamnable que celui de l'impunité, puisque la résolution du conflit positif ne passe pas par l'admission systématique de *non bis in idem*.

B. L'APPARITION DE CONFLITS POSITIFS

267. La superposition des différents types de compétence est indubitablement un facteur d'apparition de conflits positifs. Derrière cette notion de superposition de différents types de compétence se cachent deux difficultés à l'origine de conflits positifs. Ainsi, on trouve à la fois une

problématique liée à l'existence de différentes sortes de compétence mais aussi à l'aspect hiérarchique qui classe ces dernières car toutes n'ont pas la même valeur. Si l'on ajoute à ces deux facteurs le fait que les autres Etats procèdent globalement de la même façon⁴³⁰ c'est-à-dire en multipliant et en hiérarchisant (et pas toujours de la même façon que nous) les différents types de compétence, nous aboutissons inéluctablement au problème du conflit positif.

Il est bien évident que s'il existait de façon universelle un seul type de compétence répondant à la même définition dans tous les pays du monde⁴³¹, le conflit positif ne pourrait naître car chaque infraction ne pourrait être reliée qu'à un seul Etat (ce qui suppose par exemple si on admet qu'il faille utiliser le concept de la territorialité, que celui-ci soit défini de façon stricte et entendu par tous les Etats de la même manière et cela pour chaque type d'infraction)⁴³².

Face au problème de la hiérarchie, il est là aussi évident qu'un certain comportement répond souvent à la définition de différents types de compétence selon les Etats (puisque le mot hiérarchie sous tend l'existence d'au moins deux types de compétence), Etats qui se refusent souvent à reconnaître que la compétence exercée par l'Etat concurrent est supérieure voire égale lorsque ces deux Etats ont le même type d'échelle

⁴³⁰ Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale., 1996, op. cit. n°18 : « à l'image de nombreux systèmes étrangers, le droit français n'opère point, en faveur d'un rattachement déterminé, de choix exclusif de tout autre facteur ».

⁴³¹ Voir *infra* n° 388s. En droit international privé, après des siècles de règne du territorialisme, une réaction personnaliste est apparue au 19^e siècle sous l'impulsion de MANCINI qui prône la nationalité comme fondement de tout droit international. Le « personnalisme constructif » de PILLET lui succéda, démontrant par là que la seule règle territoriale est inadaptée aux exigences de la vie moderne. Il faut donc concilier plusieurs systèmes différents au mieux des intérêts de la collectivité, ce qui revient pour PILLET à classer les lois en fonction du « but social » de ces dernières. Si la critique s'est accordée sur la nécessaire faiblesse de cette recherche (« il n'est pas possible d'opposer de manière générale les lois de protection individuelle aux lois de garantie sociale »), il n'en demeure pas moins que le personnalisme a fait son entrée en droit international privé : BATTIFOL et LAGARDE, op. cit. n°233 et 234, voir aussi *supra* note 43 sous n° 27 et note 283 sous n°183. On ne saurait donc vilipender les nécessaires différentes sortes de compétence en droit pénal international.

⁴³² Or « l'éclatement de la même infraction (..) sur le sol de divers Etats s'érige d'ailleurs en obstacle volontiers insurmontable au respect de la règle *non bis in idem*, sachant que le territorialisme engendre en chaque Etat concerné une compétence qui s'affirme exclusive de toute autre ». Alain FOURNIER, rev. crit. DIP 1998. 565. op. cit. n°9.

pour établir la hiérarchie. A défaut, la situation est encore plus ubuesque, aucune entente n'est possible et le conflit positif apparaît.

268. Ainsi, c'est parce que tous les Etats ont la même conception de la répression en matière pénale internationale et qu'ils se prennent au jeu de la multiplicité hiérarchisée des compétences que le conflit positif va poindre et que parfois la règle *non bis in idem* va être bafouée. La liberté en la matière est totale et c'est l'absence d'encadrement qui cause conflits positifs et non-droit⁴³³. Mais comment encadrer une prérogative qui découle de la souveraineté nationale et qui est un attribut régalien par excellence ? Seule une convention peut régler ce problème mais il est utopique aujourd'hui de penser à une convention universelle visant tous les Etats sans que ceux-ci puissent multiplier les réserves qui trop souvent les défigurent .

Une seconde solution serait « (...) l'autodiscipline, l'Etat n'appliquant sa loi pénale aux infractions commises à l'étranger qu'à titre subsidiaire ⁴³⁴ ». L'auteur constate alors que notre législation n'emprunte pas cette voie , preuve en est la conception encore plus restrictive qui prévaut actuellement de *non bis in idem* dans le NCP et le CPP.

269. Aussi, il nous faut une fois de plus constater que ce qui permet volontiers de diminuer les conflits négatifs de compétence engendre en soi des conflits positifs de compétence. Les choix ainsi opérés nous prouvent que l'on a mis en balance les deux types de conflits afin d'opter pour le moindre mal : en l'espèce le conflit positif. Néanmoins l'idée même de balance porte en elle la pérennisation de la zone de non-droit

⁴³³ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale., 1998, op. cit. n°2 : « chaque Etat s'arroge toute liberté en vue de déterminer unilatéralement la sphère d'application dans l'espace de ses propres lois, ainsi que la sphère d'intervention de ses tribunaux sous réserve de création de juridiction internationale ».

⁴³⁴ Michel MASSE, RSC 1990. 395, op. cit. n°15 : « chaque Etat adoptant la même attitude expansionniste se pose aujourd'hui le problème sinon de l'harmonisation des compétences nationales du moins de la coordination de leur exercice. Cet objectif peut être atteint par convention . (...) Il peut également l'être par (...) ».

dans la mesure où la balance implique un choix et la réalisation d'un équilibre, c'est-à-dire un équilibre entre deux maux. Si aujourd'hui le moindre mal est le conflit positif par rapport au conflit négatif, il ne nous appartient pas de commenter ce choix car il correspond à une certaine conception de la justice⁴³⁵. Il est cependant dommage de constater que le choix du moindre mal ne s'est fait qu'au niveau du type de conflit à favoriser et que la question d'une juste résolution du conflit qu'on laisse se multiplier (le conflit positif) ne s'est posée. Or c'est précisément pour éradiquer le non-droit qu'il fallait soulever cette question.

En revanche, il nous appartient d'essayer de mettre en exergue les facteurs causant le non-droit pour qu'ensuite on puisse en amoindrir l'impact et tendre, mais seulement tendre, vers une justice plus humaine. Il nous faut alors répertorier et analyser un certain nombre de scories que l'on retrouve dans notre législation car si le non-droit ne s'éradique point, il peut devenir peau de chagrin.

SECTION 2. DES SCORIES DANS LA LEGISLATION

270. Face à la superposition des différents types de compétence et au nombre toujours croissant de textes en matière de droit pénal international, on ne peut que constater l'apparition de certaines scories dans la législation, de sous-produits qui n'ont été ni envisagés ni voulus par le législateur. Ces résidus de législation qui proviennent de l'application concrète de nos textes aux faits quotidiens qu'ils sont censés combattre entraînent eux aussi l'apparition à la fois de conflits positifs et de conflits négatifs de compétence. Ils sont le plus souvent le résultat de l'application de la loi telle qu'elle a été écrite. Ces scories, ces manquements, ces trop-pleins sont l'expression des effets pervers induits

⁴³⁵ Le problème est le même lorsqu'il faut se demander s'il ne vaut pas mieux qu'un innocent soit en prison plutôt qu'un coupable en liberté.

par nos lois ou nos abstentions. Ils n'ont été ni voulus, ni recherchés par définition. S'il est donc relativement facile de les débusquer, il sera beaucoup plus difficile dans bien des cas d'y remédier puisqu'il s'agit des conséquences liées à des lois voulues, écrites telles quelles car répondant à certains impératifs. On peut donc présupposer que les problèmes existants ont été niés dès l'origine car peu importants par rapport aux avantages escomptés.

Nous pouvons classer ces effets pervers en deux catégories puisqu'ils se manifestent à deux niveaux. On peut ainsi remarquer qu'il s'agit à la fois de techniques non appropriées sur la forme et c'est à ce niveau que l'on pourra agir le plus facilement en vue d'y remédier (§I). Il pourra également s'agir de lacunes sur le fond (§II).

§ 1. DES TECHNIQUES NON APPROPRIÉES SUR LA FORME

271. Différentes questions qui entrent toutes dans le domaine de la procédure et de règles de forme peuvent être à l'origine de conflits positifs et de conflits négatifs de compétence. Le non-droit se pérennise alors pour des motifs de pure forme qui peuvent être plus ou moins aisément combattus.

Ainsi, le problème de la nationalité qui entre en ligne de compte en vue de la mise en œuvre d'un certain nombre de compétences et de lois particulières peut être source de conflits surtout lorsqu'il faut mettre en adéquation plusieurs règles qui n'ont été édictées ni dans le même temps, ni dans la même optique, ni en fonction d'autres règles précédemment adoptées (A). Tout aussi problématique est la question de l'indivisibilité et de la connexité internationale (B). Enfin, les conditions strictes qui entourent l'ouverture des cas de compétence personnelle sont également source d'interrogations (C). Nous examinerons donc ces trois aspects successivement.

A. LES QUESTIONS LIEES A LA NATIONALITE

272. Plusieurs textes applicables en droit pénal international ont vocation à être mis en œuvre (ou à être écartés) si une condition de nationalité est remplie. Ces différents textes se combinent entre eux mais il est particulièrement significatif de constater que ces textes ne sont pas uniformisés au niveau du moment d'appréciation de la nationalité d'une personne. Ces différences, voire un certain silence en la matière, sont encore source de non-droit car catalyseur de conflits positifs et de conflits négatifs de compétence. Il nous faut donc recenser ces différents textes (1) pour ensuite mieux apprécier les interrogations liées à certaines combinaisons (2).

1. Le recensement des textes

273. En matière d'extradition, la loi du 10 mars 1927 dans son article 5-1° vient affirmer que « l'extradition n'est pas accordée : 1° lorsque l'individu objet de la demande, est un citoyen ou un protégé français ». Et pour faire bonne mesure, c'est-à-dire pour que ce texte puisse être applicable, la loi précise que « la qualité de citoyen ou de protégé étant appréciée à l'époque de l'infraction pour laquelle l'extradition est requise⁴³⁶ ».

La Convention européenne d'extradition de 1957 à laquelle la France est partie offre cependant la possibilité d'extrader ses nationaux mais la France a émis une réserve absolue qui substitue ainsi à cette faculté d'extradition une interdiction totale. Néanmoins, alors que la loi de 1927 apprécie la nationalité au moment de « l'époque de l'infraction », « la convention européenne de 1957 (art. 6, 1c) se réfère « au moment de la

⁴³⁶ Ainsi, on peut immédiatement en déduire que le « *civis novus* ayant acquis la nationalité française entre la perpétration des faits et la demande d'extradition appuyée sur ceux-ci pourra être l'objet de livraison de l'Etat requérant ».

Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Extradition., 1999, op. cit. n°46.

décision sur l'extradition »⁴³⁷ ». Fort heureusement là encore pour unifier sa pratique par rapport à tous les Etats , la France a émis une réserve et a déplacé l'appréciation « au moment des faits⁴³⁸ ». Il convient donc d'apprécier la nationalité pour l'extradition au moment des faits en toute hypothèse.

274. La règle n'est pas exactement la même en matière de compétence personnelle active alors que la mise en œuvre de cette compétence et la règle de la non-extradition des nationaux sont intimement liées. Ainsi l'article 113-6 NCP qui établit la compétence personnelle active précise dans son troisième alinéa qu'« il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé ».

La compétence personnelle active pourra donc être mise en œuvre si le prévenu était français au moment de l'accomplissement des faits mais également s'il est devenu français après le comportement criminel ou délictuel⁴³⁹. Cette disposition , qui a pu être jugée « surprenante⁴⁴⁰ », s'explique à la fois par un impérialisme toujours marqué mais aussi par la considération du fait que l'infraction est « une situation juridique, un *continuum* au cours duquel certains moments décisifs fixent certains effets mais en laissent d'autres encore malléables par l'événement. Ainsi, si la commission fixe irrévocablement le risque pris par le délinquant, (..) c'est le jugement qui mesure à sa date l'intérêt que la société prend à la poursuite⁴⁴¹ ».

⁴³⁷ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°240.

⁴³⁸ Cf. CE, 7 décembre 1990, *Tannoury*, AJDA 1991. 403 note Julien LAFERRIERE.

⁴³⁹ « Le *civis novus* n'échappe point à notre compétence personnelle. Il n'en demeure pas moins que, à l'inverse, la perte de cette nationalité n'affranchirait point davantage le citoyen français déchu de sa qualité de justiciable des tribunaux français ».
Alain FOURNIER , *Rép. International Dalloz*, V° Compétence pénale., 1998, op. cit., n°39.

⁴⁴⁰ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°137.

⁴⁴¹ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international.*, 2e éd. 1979, op. cit. n°295.

275. Par ailleurs, nous n'évoquerons au niveau de la combinaison des textes l'hypothèse spécifique de l'article 113-11 NCP qui prévoit la compétence française pour les crimes et délits commis à bord d'aéronefs étrangers lorsque l'auteur ou la victime est de nationalité française puisque pour l'appréciation de cette nationalité, il est fait renvoi à l'article 113-6 al 3 NCP⁴⁴². De plus, précisément, en matière de compétence personnelle passive édictée sous l'article 113-7 NCP, il est indiqué que la nationalité française de la victime doit être appréciée au moment de l'infraction⁴⁴³.

C'est donc par ce triptyque, extradition des nationaux, compétence personnelle active, compétence personnelle passive, et eu égard au jeu combiné de ces textes qu'est à l'honneur encore une fois, la zone de non-droit par l'avènement à la fois de conflits positifs et de conflits négatifs de compétence.

2. La combinaison des textes

276. Si l'on conjugue le fait que nous n'extradons pas nos nationaux, cette qualité s'appréciant au moment de l'infraction, et que nous jugeons le Français coupable à l'étranger d'un crime ou d'un délit mais aussi le *civis novus* qui a pu commettre ce type de méfait, il arrive que l'on rencontre des situations complexes qui font par exemple que l'on puisse extradier un Français.

⁴⁴² Art. 113-11 NCP : « Dans les cas prévus au 1°(NDLR : lorsque l'auteur ou la victime est de nationalité française), la nationalité de l'auteur ou de la victime de l'infraction est appréciée conformément aux articles 113-6 , dernier alinéa et 113-7 ».

⁴⁴³ Art. 113-7 NCP : « La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit punissable 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 ». Il est bien évident que dans ce cadre nous n'avons pas à chercher à savoir quand il faut apprécier la nationalité de l'auteur puisqu'il peut être indifféremment français ou étranger. Par ailleurs, la loi pénale française n'est pas applicable du chef de personnalité passive lorsque la victime devient française postérieurement. « Contrairement à la position adoptée par le législateur pour la personnalité active, le *civis novus* ne génère plus ici de compétence ». Alain FOURNIER, rev. crit. DIP 1998, op. cit. n°23.

En effet, si un étranger commet à l'étranger une infraction qui n'entre dans aucune de nos sphères de compétence puis vient se réfugier en France où il obtient la nationalité française, nous sommes en droit de l'extrader, quand bien même il est français au moment de la demande d'extradition, justement parce qu'il était étranger au moment de la commission des faits⁴⁴⁴. Nous sommes également compétents pour le juger car le *civis novus* génère notre compétence. En cette hypothèse le respect de la règle *aut dedere, aut punire* est assuré dans toute sa plénitude, puisque tant un jugement en France, qu'une extradition par la France sont possibles sans qu'il n'y ait aucune règle de préséance qui vient obliger à nécessairement prendre parti pour l'une ou l'autre des deux options. En l'occurrence le choix est totalement libre entre deux branches d'une option se situant sur le même plan⁴⁴⁵. Si donc aucun conflit négatif n'est à envisager, pas davantage ne se présente à nous le spectre du non-droit et de la double répression puisque si nous choisissons l'extradition, un retour ensuite en France n'entraînerait aucune conséquence dans la mesure où la compétence personnelle active réserve le jeu de la règle *non bis in idem*. Il y a en revanche concours positif au sens où deux lois pénales ont vocation à être mises en œuvre pour juger le coupable. La résolution de ce conflit se fait cependant en respectant la règle de la subsidiarité. A l'inverse, mais dans la même optique, si nous choisissons de le juger et de le condamner en France, nous ne pourrons l'extrader ensuite puisque l'article 5-4° de la loi de 1927 prévoit un obstacle absolu à l'extradition lorsque les crimes ou les délits « quoique commis hors de France y ont été poursuivis et jugés définitivement⁴⁴⁶ ». Si le résultat en l'espèce est positif quant au problème du conflit de compétence générant le non-droit, il n'en demeure pas moins

⁴⁴⁴ La nationalité française s'apprécie au moment des faits pour l'application du principe de non-extradition des nationaux : art. 5-1° de la loi du 10 mars 1927 et art. 6-1-a de la Convention européenne d'extradition.

⁴⁴⁵ Cela correspond à l'une des hypothèses envisagées *supra* n°50s.

⁴⁴⁶ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. n°253 : « il est normal que la France, Etat requis, soit liée par la chose jugée par ses propres juridictions ».

qu'au sens strict, on peut extraditer un national, n'en déplaise au puissant dogme de la non-extradition des nationaux.

277. De la même façon, mais dans le sens inverse, il faut constater (mais ce n'est là qu'une source d'étonnement plutôt que de non-droit) que « la date à laquelle s'apprécie la possession de la nationalité française n'étant point identique, le français déchu pourra néanmoins continuer d'être poursuivi et jugé en France, au nom du principe de la personnalité active, comme déjà peut l'être le *civis novus*. Contrairement à ce dernier en revanche, il ne sera plus en tant que national livré à l'étranger⁴⁴⁷ ».

Nous avons là à travers le jeu simultané de ces deux exemples inverses, le preuve que la combinaison des deux règles n'entraîne pas de conflits négatifs mais au contraire un conflit positif qui se règle harmonieusement. Il y a là même une jolie mise en exergue du principe *non bis in idem* qui vient atténuer le jeu parfois trop offensif et trop répressif des deux textes placés côte à côte, mais aussi du principe *aut dedere, aut punire* puisque si on ne peut extraditer, on peut toujours juger. Cependant, l'approbation s'arrête là car en approfondissant les exemples et en les détaillant plus amplement, nous arrivons aux limites de notre législation et nous pénétrons de plain-pied dans le non-droit que ce soit par le biais des conflits positifs ou des conflits négatifs de compétence.

278. Que l'on en juge : si un Français commet un délit à l'étranger non puni en France, et revient en France puis perd sa nationalité française, il ne pourra ni être puni en France car la compétence personnelle active exige en cas de délit la condition de double incrimination (celle-ci est également exigée pour l'extradition, au demeurant), ni être extradé car la France n'extrade pas ses nationaux ; or cette qualité s'apprécie au moment des faits et à cette époque, l'auteur du délit à l'étranger était bien français. Il s'ensuit une fâcheuse impunité (bien que le fait soit licite au regard de la loi française) et une atteinte à la règle *aut dedere, aut punire*.

⁴⁴⁷ Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Extradition., op. cit. n°47. Voir aussi *supra* n°47.

Il n'y a cependant pas de conflit négatif au sens strict car en l'espèce, la loi de l'Etat du lieu de commission a vocation à se saisir de l'affaire. Ajoutons qu'en l'espèce, c'est le problème de la double incrimination qui est à l'origine de l'impunité (que l'on peut alors trouver légitime) car même si l'auteur de l'infraction n'avait pas été français au moment de la commission de celle-ci, nous n'aurions pu l'extrader, car pour ce faire, il faut également une condition de réciprocité d'incrimination, celle-ci faisant défaut en l'occurrence. Cette impunité est pourtant scandaleuse si l'on suppose que l'auteur Français du délit n'a de français que la nationalité et que par exemple, il a toujours vécu dans le pays où il a accompli le délit, pays dont il connaît les lois et pays qui l'adopte en lui conférant une nouvelle nationalité après avoir perdu sa nationalité française. Cette injuste impunité est liée à notre façon de concevoir la protection de nos nationaux et à une illégitime protection en la matière. Ainsi, la France protège ses nationaux, tous ses nationaux et même ceux qui n'en n'ont que le titre.

279. En contraste à cette impunité, on peut trouver des exemples de double répression liée non moins à la combinaison des différents textes répressifs. Prenons l'hypothèse d'un étranger qui commet un crime ou un délit à l'étranger, puis qui est jugé, condamné pour ce fait et exécute sa peine à l'étranger. Admettons que cet étranger vienne ensuite en France où il obtient la nationalité française.

Si un Etat tiers demande à la France son extradition pour le fait déjà objet d'une condamnation définitive, la France ne peut refuser d'accorder cette extradition dans la mesure où le *civis novus* n'était pas français au moment des faits d'une part, et d'autre part, parce qu'une condamnation définitive à l'étranger ne fait pas obstacle à une extradition à raison des mêmes faits vers un autre pays étranger⁴⁴⁸. La France extradera donc un

⁴⁴⁸ « La chambre d'accusation n'est autorisée à refuser l'extradition sur le fondement de la règle *non bis in idem* que lorsque, pour les faits à raison desquels cette mesure est demandée, la personne réclamée a été définitivement jugée en France ou lorsque les autorités françaises ont décidé de ne pas engager de poursuites ou de mettre fin aux poursuites qu'elles ont exercées ». Cass. Crim., 8 juillet 1997, D. 1997. IR 211 ; note Didier REBUT in revue générale des

national, certes nouveau, mais un national tout de même pour que cette personne soit jugée une seconde fois à raison de faits déjà punis par ailleurs. Voilà un bel exemple d'une violation caractérisée de *non bis in idem* au pays des droits de l'Homme. Nous pouvons donc constater que la combinaison des deux textes relatifs à la non-extradition des nationaux et à la compétence personnelle active laisse place au non-droit sous ses deux formes.

Il résulte aussi de cette étude que nous ne trouvons pas sur le plan concret de justifications au troisième alinéa de l'article 113 -6 NCP dans la mesure où son absence ne modifierait pas les solutions énoncées puisqu'une répression soit par le biais de la personnalité active, soit de l'extradition est toujours possible. L'alternative *aut dedere, aut punire* trouve la quintessence de son application dans le problème spécifique de la combinaison des textes lorsqu'un élément de nationalité est à prendre en compte.

280. Malgré cela un auteur a tenté de justifier (par rapport à l'article 689 al 3 de l'ancien CPP mais le texte est resté inchangé après la réforme, aussi cette justification peut être transposable pour ce qui a trait à l'article 113-6 NCP) la dichotomie dans le choix du moment pour apprécier la nationalité française ou non de l'auteur de l'infraction, par ces mots : « si cette nationalité s'appréciait exclusivement au jour de l'infraction (..), il en résulterait une faille dans la répression doublée d'une fraude à la loi. En effet, il suffirait à l'étranger après avoir accompli dans son pays son forfait, de se faire naturaliser français avant les poursuites : ayant commis en tant qu'étranger l'infraction à l'étranger, il n'intéresse pas l'ordre public mais il ne pourrait non plus être livré si au regard de l'extradition, sa nationalité

procédures, n°1, Dalloz, janvier- mars 1998, p. 108. Et si l'Etat français requis n'a pas compétence pour « paralyser des poursuites qu'intente l'Etat requérant (..), ce dernier [ayant] seul qualité pour définir les conséquences attachées aux sentences étrangères sur son propre système » (Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Extradition, op. cit. n°117 : analyse adoptée par la chambre criminelle), il est encore plus inique de constater que la personne au centre des débats est française, *civis novus* certes, mais française tout de même. Voilà une jurisprudence bien malheureuse de la Cour de cassation dont les Français pourront être victimes dans l'hypothèse exposée ci-dessus.

Voir aussi *supra* n°42-87-148.

devait être appréciée au jour de la demande de l'Etat d'origine (ce qui n'est heureusement pas le cas par souci d'efficacité répressive)⁴⁴⁹». L'auteur convient donc lui-même que ce choix n'est pas crucial dans la mesure où l'extradition permet une juste répression. En revanche, il est vrai que le choix est important si l'on veut dans un maximum d'hypothèses réprimer en France une infraction commise à l'étranger. Telle est la justification de ce choix qui implique au demeurant que pour la France, il est toujours préférable de juger une personne plutôt que de l'extrader quand bien même l'infraction a été commise à l'étranger. Aussi la règle *aut dedere, aut punire* s'applique mais en faisant ou en essayant de systématiquement faire primer la première option de la maxime, c'est-à-dire l'option la plus impérialiste. Il n'y a pas de véritable égalité entre les deux branches de l'alternative. Les deux ne jouent définitivement pas dans la même catégorie.

281. De plus, le texte de l'article 113-6 NCP, tel qu'il est rédigé « peut soulever quelques doutes de légitimité par rapport au principe de non-rétroactivité de la loi pénale⁴⁵⁰ ». Par ailleurs, d'autres questions se posent ici par rapport à ces textes répressifs impliquant une condition de nationalité pour être mis en œuvre. Ainsi par exemple, si une personne étrangère est victime à l'étranger d'un fait qui ne sera pas réprimé, puis devient française, la France est alors incompétente pour protéger le *civis novus* dans la mesure où pour faire jouer la compétence personnelle passive, il faut une victime française au moment des faits. L'impunité est acquise si le fait était licite là où il a été accompli quand bien même il constituerait un délit passible d'emprisonnement en France et quand bien même il aurait été accompli au préjudice d'un *civis novus*. Mais il est vrai aussi que dans cette hypothèse, la question relative à la légitimité d'une

⁴⁴⁹ Wilfrid JEANDIDIER, *Droit pénal général*, op. cit. n°163.

⁴⁵⁰ Stéfano MANACORDA, *Le droit pénal international dans les réformes française et italienne (le NCP français et le projet italien)*, RSC 1995. 335, op. cit. p. 335.

répression est à soulever. A tout le moins, on ne peut qualifier l'impunité de scandaleuse ; elle n'est à cet égard que relative.

282. A un autre niveau, imaginons qu'à l'étranger, plusieurs personnes de nationalité distincte dont un Français commettent une infraction dont sont victimes plusieurs personnes dont une Française au moins. Pour cette même infraction, plusieurs Etats en fonction de plusieurs critères de compétence, pourront se prévaloir de leurs lois pour réprimer ce fait. Cela ne manquera pas d'induire une différence de régime entre les différents auteurs de l'infraction d'une part, et d'autre part cela va générer des hypothèses de conflits positifs⁴⁵¹. De plus, la nationalité française de l'une des victimes étant un critère objectif de rattachement, « la compétence personnelle passive qui s'ensuit s'étend à tous les participants : contrairement à la personnalité active, elle s'applique indifféremment aux coauteurs français, étrangers ou apatrides⁴⁵² ». Il en va ainsi même si d'autres Etats revendiquent le jeu de leur compétence personnelle passive (et alors laquelle choisir ? Faut-il prendre en compte un critère de rapidité (le premier saisi de l'affaire), d'âge des victimes, du nombre de victimes de la même nationalité.. ?) et cela même si parmi les auteurs de l'infraction il n'y a ni français et uniquement des étrangers d'une même nationalité.

283. Le problème est impressionnant et la réponse toujours aussi peu évidente si un Français victime d'une infraction à l'étranger se retrouve seul au milieu d'une pluralité d'auteurs et de victimes étrangères. La France est fondée à juger le tout, à l'instar d'autres pays, mais eux ayant certainement une légitimité supérieure. Il n'en demeure pas moins qu'il

⁴⁵¹ Ce dernier aspect est exclu en France car les compétences personnelles réservent le jeu de *non bis in idem*.

L'auteur qui constate que « le recours à la compétence personnelle engendre alors une dispersion des poursuites en divers Etats où chaque tribunal qui ferait prévaloir son propre droit ne manquerait pas de rompre l'unité de conditions entre coparticipants » préconise alors l'application de la loi pénale étrangère qui « conduit à traiter les uns et les autres selon une même loi unique ». Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., 1998, op. cit. n°33. Voir *infra* n° 313s.

⁴⁵² Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale, 1996, op. cit. n°154.

n'existe aucun critère pour savoir comment régler ce type de problème. Cela ne peut être que source de discordance, de lenteur, et souvent d'abus car il est évident que si une seule décision répressive étrangère définitive paralyse l'action publique française (la France réservant le jeu de la règle *non bis in idem* en l'espèce) , cette dernière peut être tentée de juger le plus rapidement possible, et avant d'éventuels concurrents, les personnes auteurs de cette infraction, le tout en oubliant le concept de justice sereine. Le seul point positif en l'espèce est que s'il y a bien un concours entre plusieurs lois pénales, et donc à tout le moins un conflit positif, il n'y aura pas de non-droit puisque la règle *non bis in idem* est préservée. Il y a de plus un vide législatif quant à la réponse à apporter à la question, mais ici encore ce vide n'entraîne pas de conflits négatifs mais au contraire un conflit positif sans conséquence néfaste au regard de *non bis in idem*. Cette affirmation est moins vraie lorsque l'on touche au problème de la prorogation de compétence.

B. CONNEXITE ET INDIVISIBILITE INTERNATIONALES

284. Si les notions de connexité et d'indivisibilité ont pour effet de proroger la compétence d'un ordre juridictionnel, cette prorogation présente la particularité de s'étendre à un système répressif entier en droit pénal international. De fait, la loi pénale de fond, théoriquement territoriale, va pouvoir être écartée au profit d'une loi extraterritoriale si les infractions commises en différents territoires sont reliées par un lien d'indivisibilité.

Le problème est donc particulièrement important et les difficultés surgissent lorsque l'on sait que les deux notions ne présentent « une différence de degré plus que de nature⁴⁵³», que le code de procédure pénale ne définit pas la notion d'indivisibilité et que théoriquement seule cette dernière, et non la notion de connexité, peut entraîner une prorogation de compétence en droit pénal international.

⁴⁵³ H. ANGEVIN, JCL procédure pénale, art. 191 à 230, n°47 in Affaire MAC Ruby, cass. crim., 3 mai 1995, op. cit. obs. Renée KOERING-JOULIN, p. 152.

285. Nous écrivons théoriquement car « doctrine et jurisprudence se séparent sur les conséquences qu'il faut attacher à chacune des deux notions⁴⁵⁴ ». Pour la doctrine, il est constant que l'indivisibilité dérivant de la nature des choses doit proroger la compétence d'une juridiction et que si une infraction commise en France est intimement liée à une autre commise à l'étranger, toutes deux doivent être jugées en France de la même façon que si elles avaient été accomplies sur le sol français. A l'inverse, « parce qu'elle n'est qu'une fiction juridique, qui permet en droit interne une prorogation de compétence sans la rendre obligatoire, la connexité ne peut plus avoir cet effet en droit international⁴⁵⁵ ».

La jurisprudence, qui nous l'avons vu, a déjà une conception impérialiste de la territorialité utilise cette différence pour mieux la nier et attirer à la compétence française des faits qui ne sont manifestement liés à des infractions françaises que par un lien de connexité, balayant par là même la définition légale de la connexité (mais qui à décharge ne prévoit pas les conséquences à en tirer au plan pénal international) et sa propre définition jurisprudentielle de l'indivisibilité. Elle utilise alors le vide législatif, lié à ces deux notions puisque on ne retrouve aucune disposition dans le code en droit pénal international sur la définition et les conséquences qu'il faut tirer des concepts de connexité et d'indivisibilité, pour asseoir sa jurisprudence territorialiste et faire naître des conflits positifs de compétence puisque d'autres Etats peuvent revendiquer légitimement la répression de l'infraction (seulement connexe à l'infraction commise en France) accomplie sur leur sol. C'est ainsi que même si la doctrine fustige la « tendance boulimique⁴⁵⁶ » de la répression ainsi que « le recours excessif à la notion de connexité internationale (..) abusivement qualifiée indivisibilité afin de justifier une compétence

⁴⁵⁴ Obs. André VITU sous cass. Crim., 23 avril 1981, bull. n°116 ; RSC 1982. 609.

⁴⁵⁵ André VITU, *ibidem*
Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International fasc. 403. 20., 1995, op. cit. n°4.
Renée KOERING-JOULIN, thèse précitée p. 50 et s.

⁴⁵⁶ André VITU, *ibidem*.

territoriale plus que contestable⁴⁵⁷ », la jurisprudence continue en « forçant⁴⁵⁸ » au passage les notions soit en affirmant que des faits sont indivisibles alors qu'ils ne sont que légalement connexes, soit en créant « pour les besoins de la répression une notion spéciale de connexité internationale, différente de celle qui a cours en droit interne⁴⁵⁹ », de violer le principe de territorialité qui doit être entendu de façon stricte afin de ne pas donner prise à la notion de non-droit.

286. Ainsi la connexité (qui peut proroger la compétence en droit interne alors que rien n'est prévu dans le code en droit pénal international) est définie sous l'article 203 CPP qui vise quatre hypothèses de connexité . Il y a donc connexité quand les différentes infractions ont été accomplies en même temps par plusieurs personnes réunies, même en l'absence d'un but commun (connexité par unité de temps et de lieu) ou quand elles ont été accomplies par plusieurs personnes, même en des temps différents et en divers lieux, mais par suite d'un concert préalable (connexité par unité de dessein) ou quand les coupables ont commis certains délits pour se procurer les moyens de commettre les autres, en faciliter l'exécution ou en assurer l'impunité (connexité par relation de cause à effet) ou enfin quand les choses obtenues à l'aide d'un délit ont été ensuite recelées (connexité entre le recel de choses et l'appropriation initiale).

287. A côté, on trouve la notion d'indivisibilité définie par la jurisprudence comme « un lien tel que l'existence des uns (NDLR : les faits constitutifs de l'infraction) ne peut se comprendre sans celle des autres⁴⁶⁰ » ou encore « lorsque ces faits sont si intimement liés entre eux que l'une des infractions est la suite nécessaire de l'autre⁴⁶¹ ». Dans un autre arrêt , la

⁴⁵⁷ Alain FOURNIER , Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale, 1996, op. cit. n°107.

⁴⁵⁸ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°141.

⁴⁵⁹ André VITU, *ibidem*.

⁴⁶⁰ Cass.crim., 24 juillet 1875, bull. n°239.

⁴⁶¹ Cass. Crim., 22 avril 1869, D. 1869. 1. 377.

chambre criminelle a déclaré : « il y a lieu de considérer un crime ou un délit comme rattachés l'un à l'autre par les liens de l'indivisibilité lorsqu'ils ont été accomplis dans le même trait de temps, dans le même lieu, qu'ils ont été déterminés par le même mobile, qu'ils procèdent de la même cause et qu'en outre l'indivisibilité de l'accusation comme de la défense sur l'ensemble des faits commande de les soumettre simultanément à l'appréciation des mêmes juges⁴⁶² ».

Pourquoi alors ne pas appliquer ces définitions (légalles ou jurisprudentielles) lorsque les différents faits ont été commis de part et d'autre d'une frontière ? Il faut estimer que l'absence de lois en la matière permet une facile altération de la notion et est un don inestimable au service de la cause française, cause impérialiste par définition.

288. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 23 avril 1981⁴⁶³, la Cour de cassation n'hésite pas, à des fins de répression, à étendre la compétence française à des infractions qui auraient dû lui échapper, faute d'un véritable lien d'indivisibilité. Dans les faits de l'espèce, quatre truands (sic) (trois Français et un Yougoslave) ont commis aux Pays-Bas des vols qualifiés, des tentatives de vols qualifiés et de meurtres sans que la police néerlandaise ne réussisse à les appréhender. Sur le sol français, ils ont commis un certain nombre de délits : vols de véhicules, usage de faux documents administratifs, usurpation d'état civil. On les a donc en outre poursuivis en France pour association de malfaiteurs et on a conclu que cette incrimination créait entre les délits commis en France et les crimes commis aux Pays Bas un lien d'indivisibilité qui rend la France compétente pour le tout. A l'étude des faits, il apparaît que les délits ont été perpétrés en France en vue de préparer les crimes commis aux Pays-Bas et que c'est depuis leur repaire lyonnais « qu'ils s'étaient concertés, qu'ils avaient élaboré les modalités de leurs actions et fixé temps, lieux et

⁴⁶² Cass. Crim., 13 février 1926, bull. n°64.

⁴⁶³ Cass. Crim., 23 avril 1981, bull. n°116.

participants⁴⁶⁴ ». Or nous sommes là bien loin du cadre fixé par l'article 203 CPP puisqu'il y a connexité par unité de dessein et connexité par relation de cause à effets. « Ce n'est donc point d'indivisibilité qu'il s'agit en notre affaire, mais bien d'une connexité typique, et il ne suffit pas d'affirmer, comme l'a fait la chambre criminelle après la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon, que les faits commis aux Pays-Bas ne sont qu'une résultante de l'association de malfaiteurs et qu'il est impossible de les en détacher⁴⁶⁵ ».

Aussi, il y a en ce domaine du problème de la prorogation de compétence à tout le moins un certain vide législatif qui mériterait d'être comblé.

289. Cette façon de procéder a été réitérée récemment dans l'affaire Mac Ruby⁴⁶⁶. Ici encore, la chambre d'accusation a utilisé la notion d'indivisibilité pour des faits commis en haute mer liés à ceux perpétrés dans les eaux territoriales françaises. Au lieu de justifier cette prise de position, qui en tant qu'exception au principe de territorialité doit être entendue de façon stricte, la Cour de cassation se contente d'un certain « laconisme⁴⁶⁷ » inacceptable en la matière, d'autant, ou peut-être parce que, « les faits commentés entrent parfaitement dans l'un ou l'autre des cas de figure prévus par ce texte⁴⁶⁸ »(NDLR : art. 203 CPP sur la connexité !). La jurisprudence n'est donc pas prête à revenir à plus d'orthodoxie juridique, elle utilise le vide législatif pour cela et nourrit ainsi la zone de non-droit, ou tout du moins donne-t-elle matière à la naissance de conflits positifs de compétence.

⁴⁶⁴ André VITU, *ibidem*.

⁴⁶⁵ André VITU, *ibidem*.

⁴⁶⁶ Pour les faits de l'espèce, voir *supra* n° 177.

⁴⁶⁷ Renée KOERING-JOULIN, note sous l'affaire MAC Ruby, *op. cit.*

⁴⁶⁸ Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

Le problème existe également au niveau des conditions d'ouverture pour les compétences personnelles qui, à la fois trop souples et trop rigides, peuvent générer conflits et non-droit.

C. LES CONDITIONS PROCEDURALES DE POURSUITE POUR LES COMPETENCES PERSONNELLES EN CAS DE DELITS

290. Au terme de l'article 113-8 NCP qui ne vise que les délits⁴⁶⁹, on peut constater que « dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis ».

Ainsi, en matière de délits, il existe des conditions communes pour mettre en œuvre les deux compétences personnelles (active et passive) (1) mais il existe aussi une condition supplémentaire pour les délits en cas de compétence personnelle active : la double incrimination (2).

1. Les conditions communes

291. Les particularités communes pour la poursuite en France des délits commis par ou contre des français à l'étranger sont au nombre de deux. Le ministère public se voit conférer un monopole (a). Son exercice est néanmoins subordonné à une plainte de la victime ou à une dénonciation officielle (b).

⁴⁶⁹ Avant la réforme du code pénal, l'article 691 ancien du CPP visait seulement les délits contre les particuliers. Cette notion vague et artificielle a été abandonnée.

a. Monopole du ministère public

292. Le ministère public a la libre appréciation de l'opportunité des poursuites. Alors qu'en droit interne, ce principe peut être contrebalancé par la constitution initiale de partie civile⁴⁷⁰ de la victime, en droit pénal international ce droit lui est dénié en cas de délit sous prétexte qu'elle a eu le mauvais goût d'être victime d'une infraction en dehors de notre territoire. « Aucune initiative ne permet plus à la partie lésée de remédier à son éventuelle inertie⁴⁷¹ » (NDLR : celle du ministère public). Il est donc exclu pour la victime de saisir elle-même « le tribunal correctionnel par la voie de la citation directe, (ou) le juge d'instruction par une constitution initiale de partie civile⁴⁷² ». Cette carence peut être source d'impunité car en cas de classement sans suite par le ministère public, ce seront des considérations supérieures de politique et la volonté de ne pas indisposer « inutilement » un Etat ami qui dicteront cette mesure et non le souci d'une justice impartiale. Ce serait même là la marque de la partialité de la justice qui utilise les règles non pas selon des considérations de bonne justice, mais de politique bassement matérielle, n'hésitant pas au gré des situations à punir deux fois un même individu ou au contraire à fermer les yeux sur une infraction commise.

293. Si cette technique d'appréciation libre de l'opportunité des poursuites par le ministère public a le mérite « de prendre en considération les circonstances spéciales de chaque cas et de tenir compte des poursuites pénales étrangères et de leur efficacité⁴⁷³ », il n'en demeure pas moins que « tout dépend de la décision du fonctionnaire en question. Et ce ne

⁴⁷⁰ Art. 1 al2 CPP : « cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code ». La voie de la citation directe (article 551 CPP) est également possible.

⁴⁷¹ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale., 1998, op. cit. n°55.

⁴⁷² Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit. n° 309.

⁴⁷³ Hans SCHULTZ, *Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger.*, RSC 1967. 305., op. cit. p. 331.

sont plus les règles concernant les compétences du droit pénal en question qui sont décisives , mais l'exercice de ces compétences⁴⁷⁴ ».

L'impunité liée à l'opportunité revient donc en plus à réfuter et à nier la primauté des règles de fond qui édictent des compétences. Dans le même temps, il y a une promotion des règles de forme qui n'auraient dû être que des règles destinées à l'application des règles de fond et qui deviennent de fait, dans la hiérarchie des normes, supérieures aux règles de fond. L'article 113-8 NCP a pris soin d'encadrer les prérogatives du ministère public et de le soumettre à l'exigence d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle. « Il apparaît donc que ministère public et victime deviennent tributaires l'un de l'autre⁴⁷⁵ ».

b. La plainte de la victime et la dénonciation officielle

294. Cette plainte ou cette dénonciation est considérée comme « l'indice d'une certaine gravité de l'infraction⁴⁷⁶ ». L'article 113-8 NCP issu de la réforme du code pénal a étendu, en vue d'une plus juste répression et afin de ne pas paralyser l'action du ministère public et d'éviter l'impunité, le nombre de personnes pouvant porter plainte puisque les ayants droit de la victime peuvent désormais valablement agir⁴⁷⁷.

Deux questions se posent pour mesurer le plein effet de l'intervention d'un tiers sur l'éventuelle impunité : qu'induit au niveau d'une possible répression, le retrait de la plainte d'une part et d'autre part que vaut la dénonciation tardive de l'autorité étrangère ?

⁴⁷⁴ Hans SCULTZ, *ibidem*. L'auteur constate que « droit matériel et droit de procédure sont indissolublement mélangés, et il est à peine possible de dire si une compétence du droit pénal international existe ou non ».

⁴⁷⁵ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale, 1998, op. cit. n°55.

⁴⁷⁶ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. p. 242 et les références citées.

« La plainte ou la dénonciation constitue un symptôme évocateur de la gravité du délit perpétré à l'étranger », Roger MERLE et André VITU, op. cit. n°309.

⁴⁷⁷ Ces ayants droit étaient « jadis sous-entendus ». Ils sont désormais expressément visés par le texte, Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale, 1996, op. cit. n°140.

De l'avis des auteurs⁴⁷⁸, le retrait de plainte paralyse l'action publique conformément à l'article 6 al 3 CPP (« l'action publique s'éteint .. en cas de retrait de plainte lorsque celle-ci est une condition nécessaire de poursuite ») qui a certainement vocation à s'appliquer dans l'ordre international à défaut de texte spécifique. Or en l'absence de dénonciation officielle qui puisse prendre le relais du retrait de la plainte, le texte de l'article 113-8 NCP « a bien pour effet de subordonner la poursuite au dépôt préalable d'une plainte, donc au maintien de celle-ci⁴⁷⁹ ». Il y a donc là aussi une possible impunité par la paralysie du ministère public. Ici encore, les conditions procédurales empêchent ou restreignent la mise en œuvre d'une compétence pénale. La question est remarquable d'autant que la victime française d'un délit commis à l'étranger peut ignorer cette disposition (et cette faculté de porter plainte) et que le fait peut être licite à l'étranger et ne sera donc certainement pas dénoncé officiellement.

295. Pourquoi alors affirmer que nous protégeons nos nationaux à l'étranger par la compétence personnelle passive si nous n'avons pas les moyens de la mettre en œuvre ? La remarque est tout aussi valable en matière de dénonciation tardive par l'autorité étrangère puisque celle-ci paralyse l'action publique française dans la mesure où « la jurisprudence décide que la dénonciation ou la plainte doit intervenir avant l'expiration du délai de prescription fixé par la loi française et que sa tardiveté ne suspend pas la prescription⁴⁸⁰ ». En effet, la prescription court du jour où le fait est survenu à l'étranger⁴⁸¹ même si la recevabilité de l'action

⁴⁷⁸ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°160 et les références citées. Cependant, monsieur Alain FOURNIER a initialement défendu une opinion contraire : « avons nous penché jadis en faveur d'une possible continuation des poursuites malgré un retrait de plainte » (Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale, 1996, op. cit. n°144). Il se range désormais derrière la doctrine dominante, le terme jadis impliquant que cet auteur adopte une position différente. Désormais l'unanimité doctrinale s'est réalisée sur ce problème. Sur l'ensemble de la question, voir notre note in Rev. crit. DIP, décembre 2000 à paraître.

⁴⁷⁹ Alain FOURNIER, *ibidem*.

⁴⁸⁰ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°149. Cass. Crim., 22 juillet 1987, bull. n°298.

⁴⁸¹ Cass. Crim., 22 juillet 1910, S. 1913. 1. 410.

publique dépend de l'intervention active d'un tiers. Ici encore, l'impunité peut naître de l'inertie, ou d'un manque de diligence plus ou moins volontaire d'un tiers et cela d'autant que ce fait en question, illicite au regard de nos lois et dont nous serions victime, est licite à l'étranger ; il n'y a donc aucune chance de voir ce fait réprimé à l'étranger.

L'avantage que représente l'absence de double incrimination en matière de compétence personnelle passive (qui devrait rendre plus facile l'exercice de cette compétence) est donc compromise par les prescriptions de l'article 113-8 NCP.

2. La double incrimination

296. La condition de double incrimination n'est exigée que pour la mise en œuvre de la compétence personnelle active et seulement en matière de délits. Cette condition n'a donc pas à être remplie en matière de compétence personnelle passive⁴⁸². Sur le plan dogmatique, on peut se demander si « la méconnaissance totale du droit étranger est conforme au système personnaliste ?⁴⁸³ » Sur un plan plus pratique lié à la recherche de conflits de compétence, il est nécessaire de remarquer que la notion même de double incrimination induit « une application cumulative des lois pénales en conflit⁴⁸⁴ ». En effet, puisqu'il y a deux incriminations,

⁴⁸² Cette condition est exclue pour la répression de crimes pour les deux types de compétence personnelle. Elle ne vaut que pour les délits en matière de compétence personnelle active. « C'est logique : moins l'infraction est grave, plus la compétence française est subsidiaire et donc cantonnée ». André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°137. Elle est donc exclue pour les délits en matière de compétence personnelle passive et un auteur de constater, un peu désabusé, « il devient décidément de plus en plus aisé de poursuivre des faits tenus pour licites au lieu de leur accomplissement », Alain FOURNIER, *Rép. international Dalloz, V° Compétence pénale*, 1998, op. cit. n°51.

⁴⁸³ Alain FOURNIER, *Rép. international Dalloz, V° Conflits de lois.*, 1998, op. cit. n°31.

⁴⁸⁴ Alain FOURNIER, *Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois*, op. cit. n°41. Mais il n'y a qu'une simple « prise en considération » ou une « consultation » de la loi pénale étrangère. Alain FOURNIER, *Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale.*, 1998, op. cit. n°47. Cass. Crim., 5 juin 1996, bull. n°239 : « le point de départ de la prescription de l'action publique doit être fixé selon les règles prévues par la loi française en considérant la qualification donnée par elle aux faits délictueux. »

cela signifie que pour deux Etats le fait en question est illicite. Le conflit n'est donc pas loin dans la mesure où ensuite ces deux Etats voudront exercer leur compétence répressive. La résolution du conflit positif de compétence passe alors par la nécessaire appréciation de la valeur de chaque compétence en jeu et donc par la réalisation d'un classement. La France, et beaucoup d'autres Etats, admettent ainsi que la compétence personnelle doit s'effacer devant la compétence territoriale d'où le jeu de la règle *non bis in idem* en la matière. A l'inverse, mais de manière tout aussi logique, la double incrimination implique que si cette condition n'est pas remplie, la compétence personnelle active ne pourra être mise en œuvre et que si le fait est licite à l'étranger, l'impunité apparaît.

La double incrimination est donc au cœur de la zone de non-droit. Elle doit s'apprécier de façon *in concreto*, le droit français n'exigeant pas la recherche de l'identité criminelle. Une fois la réciprocité constatée, « le tribunal français applique au prévenu les qualifications et les peines prévues par la loi française, ainsi que les règles spéciales de procédure déterminées par cette loi⁴⁸⁵ » sachant que l'on pourrait concevoir l'application par le tribunal français de la loi pénale étrangère, au moins quand elle est plus favorable que le droit français⁴⁸⁶.

297. Enfin une question mérite d'être posée : « qu'en est-il si une loi pénale exige la double punissabilité et si le lieu où l'infraction a été commise n'est soumis à aucune souveraineté étatique ?⁴⁸⁷ » Si l'auteur recommande de renoncer au principe et d'exercer une compétence (ce qui est conforme à une bonne justice, évite l'impunité et surtout n'entraînera aucun conflit puisque par hypothèse le lieu est sans souveraineté), nous affirmons que la loi impose la double incrimination (en cas de compétence personnelle active) et s'en passer reviendrait à violer la loi (le même raisonnement prévaut, au demeurant, en cas de retrait de la plainte qui

⁴⁸⁵ Roger MERLE et André VITU, op. cit. n°309.

⁴⁸⁶ Vœu du congrès de Lisbonne., RSC 1962. 176.

⁴⁸⁷ Hans SCHULTZ, op. cit. p. 317.

équivalent à une absence de plainte et paralyse donc l'action du ministère public). Ici encore, la loi est source de difficultés et d'éventuels conflits.

Ainsi, nous avons pu le constater, les exigences de forme de la loi, voire son silence pérennisent la zone de non-droit. Le constat est le même quant aux dispositions sur le fond qui sont soit incomplètes, soit abusives.

§ 2. DES LACUNES SUR LE FOND

298. Les scories dans la législation se retrouvent au niveau de la loi pénale de fond qui traduit, théoriquement, la volonté des Hommes tandis que les lois de forme servent à mettre en œuvre les lois de fond, tout en étant assurément aussi la traduction d'une volonté humaine, mais au niveau du choix des outils à utiliser.

A ce stade, on peut mettre en exergue deux vides : celui lié à la notion de grâce et d'amnistie, notion à haute connotation politique. Aussi en notre matière, il est important de savoir quelle place et quel effet accordons-nous à des condamnations étrangères graciées ou amnistiées (A).

A un autre niveau, celui où cette fois le vide est quasi total dans la mesure où la doctrine s'est fort peu prononcée et où la jurisprudence est inexistante, et pour cause, il faut mettre en avant l'absence de textes incriminateurs pour toute une série de faits, nouveaux et modernes qui pourraient fort bien être constitutifs d'infraction d'autant qu'à tous ces « faits » (qui ne sont pas incriminés actuellement) est rattaché un élément d'extranéité (B).

A. LA GRÂCE ET L'AMNISTIE

299. L'article 113-9 NCP dispose « dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, aucune poursuite en peut être exercée contre une personne

justifiant qu'elle a été jugée définitivement pour les mêmes faits à l'étranger et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ». L'article 692 ancien CPP précisait « dans les cas visés aux articles précédents, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et, en cas de condamnation qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce ». Il est ainsi évident que pour mettre en œuvre le jeu de la règle *non bis in idem*, la notion de grâce a disparu de notre droit positif⁴⁸⁸ et que celle d'amnistie n'est, et n'a jamais été, évoquée par aucun texte.

Si pour le recteur Lombois, « plus délicate est la question de l'amnistie⁴⁸⁹ »(NDLR : par rapport à la prescription de la peine ou à la grâce attachée à une condamnation étrangère) en n'omettant pas de rappeler que les textes « ne visent que la prescription ou la grâce⁴⁹⁰ », cet auteur ne va pas jusqu'à affirmer qu'une condamnation amnistiée étrangère ne produit aucun effet en France et répond à son objection « exégétique⁴⁹¹ » que l'amnistie après jugement se rapproche de la grâce, à l'instar de la pensée de la doctrine dominante⁴⁹². En effet, la doctrine estime qu'en dépit du silence des textes, il faut tenir compte d'une amnistie étrangère postérieure au jugement étranger de condamnation. Une nouvelle poursuite en France serait irrecevable si donc la peine prononcée à l'étranger a été effacée par une amnistie étrangère⁴⁹³. Et de

⁴⁸⁸ Sauf à l'assimiler en jurisprudence à l'exécution de la peine.

⁴⁸⁹ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2^e éd., 1979, op. cit. n°403.

⁴⁹⁰ Claude LOMBOIS, *ibidem*.

⁴⁹¹ Claude LOMBOIS, *ibidem*.

⁴⁹² L'amnistie est ignorée et de l'article 692 ancien CPP et de 113-9 NCP. « Il en résulte un regrettable incertitude et de divergences d'opinions », Michel PRALUS, *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis*, RSC 1996. 551, op. cit. note sous n°17.

Réf. Pour doctrine minoritaire : Philippe MARCHAND, rapp. Doc. AN n°896. 1989- 1990 p. 144 et Jean PRADEL, Le NCP (partie législative) (L. n°92- 683 du 22 juillet 92), op. cit. n°27.

⁴⁹³ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, Effets en France des décisions répressives étrangères. Autorité de la chose jugée., JCL International fasc. 404-10, 1997, op. cit. n°45.

fait, « il serait anormal qu'une poursuite en France soit possible alors que l'Etat étranger a renoncé à exécuter la condamnation prononcée sur son territoire ; de surcroît, il serait illogique qu'une amnistie étrangère soit ou non opposable à une poursuite en France suivant qu'elle intervient avant le jugement étranger qui se fonde sur elle pour relaxer le délinquant ou après un jugement de condamnation⁴⁹⁴ ». Par ailleurs, il paraît conforme à l'esprit de la loi d'assimiler à la remise individuelle par voie de grâce, « l'amnistie, mesure collective qui aboutit au même résultat⁴⁹⁵ », cette dernière remarque valant explication lorsque la grâce était expressément visée par la loi.

300. La réforme du code pénal, et son silence au sujet des effets internationaux de la grâce, va peut être remettre en cause les solutions antérieures au niveau de l'amnistie car l'une des explications tombe. Ainsi, « il sera peut être tiré avantage de l'absence de cette référence à la grâce par les nouveaux textes pour priver de tout effet une amnistie postérieure au jugement étranger de condamnation⁴⁹⁶ ».

Nous pouvons expliquer, mais non justifier, cette disparition par le fait que la grâce est souvent inspirée par des « motifs politiques plus que judiciaires⁴⁹⁷ » et que le législateur, s'il fait confiance pour mettre en jeu la règle *non bis in idem*, aux tribunaux étrangers dont il accepte l'autorité des décisions, n'accorde pas cette confiance aux gouvernants⁴⁹⁸. Or le parallèle avec l'amnistie est vite réalisé, et il est à craindre, dans la mesure où *non bis in idem* aurait moins d'impact, que l'amnistie ne soit plus un terme permettant d'appliquer la règle *non bis in idem* et qu'on ne puisse éviter une seconde répression en France. De fait, l'amnistie, acte

⁴⁹⁴ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International fasc. 404-10, *ibidem*.
André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°155 : « il serait anormal qu'une poursuite en France soit possible ».

⁴⁹⁵ RSC 1964. 364., op. cit. p. 366., obs. LEGAL.

⁴⁹⁶ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, fasc. 404-10, op. cit. n°45.

⁴⁹⁷ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n° 155.

⁴⁹⁸ Michel PRALUS, op. cit. n°17.

de souveraineté interne, est souvent également décidée en « considération d'opportunités particulières⁴⁹⁹ ».

La mise à l'écart de la grâce en tant que possibilité de mise en œuvre de *non bis in idem* est donc symptomatique de ce droit français qui n'abdique sa compétence « qu'en présence de situations étrangères nettes et irrévocablement réglées⁵⁰⁰ ». Elle permettra plus facilement la naissance de conflits positifs de compétence et la double répression. Le doute quant au problème de l'amnistie est pareillement source de non-droit et il est fort vraisemblable que son régime juridique va être aligné sur celui de la grâce, augmentant ainsi les possibilités de conflits positifs.

301. Le seul point positif en la matière, mais c'est une maigre consolation car c'est désormais l'exception à la règle, est que l'article 54 de la convention de Schengen admet le jeu de la grâce et de l'amnistie prononcée dans un autre Etat en empêchant ainsi une seconde condamnation en France. La convention de Schengen ne s'applique qu'entre sept Etats membres. Cependant cette solution, qui lie aussi la notion de grâce et celle d'amnistie, peut conforter l'idée selon laquelle la jurisprudence ne prendra plus en compte le fait qu'une décision d'amnistie a déjà été prononcée à l'étranger.

Voilà donc une illustration du principe selon lequel un recul en induit un autre et qu'il ne faut se lancer dans cette voie, sans s'être assuré d'avoir bien verrouillé les autres problèmes, ce qui ne semble pas être le cas ici. De fait, pour prononcer une juste sanction face à la commission d'un comportement infractionnel, il faut se doter de la compétence nécessaire mais il faut également que le comportement en question ait été érigé en infraction. Or, sur la scène internationale et eu égard au phénomène frontière, des actes sont aujourd'hui licites alors qu'ils seraient

⁴⁹⁹ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international.*, 2^e éd. In Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V^o Compétence internationale, 1996, op. cit. n°131 et le professeur d'objecter : « toute amnistie n'apparaît-elle pas, dans l'ordre interne même, dictée par de telles considérations particulières ? »

⁵⁰⁰ Roger MERLE et André VITU, op. cit. n°308.

assurément constitutifs d'une infraction s'ils avaient été commis dans les limites des frontières d'un Etat. Ainsi, pour pouvoir prononcer une juste sanction, il faut aussi, bien en amont de l'étude de la compétence à exercer, créer quelques incriminations qui font actuellement défaut.

B. LES INCRIMINATIONS A CREER

302. L'impunité et le non-droit peuvent provenir du vide législatif dans la mesure où n'a pas été incriminé tel ou tel comportement. Le principe de la légalité des délits et des peines impose, pour punir quelqu'un de ce fait, qu'il soit auparavant constitutif d'une infraction, or les technologies nouvelles ainsi que l'apparition de nouveaux concepts et de nouvelles idées font que certains comportements devraient être à l'évidence constitutifs d'infraction car ils portent atteinte à certaines valeurs, économiques ou non, en contrevenant à l'idée que l'on se fait de la justice.

Cependant en l'absence de lois, en l'absence de textes incriminateurs, ces faits restent impunis ce qui peut être là encore constitutif de non-droit. Au demeurant, il est évident qu'il y a là un conflit négatif de compétence car aucune législation ne se reconnaît compétente pour réprimer ce fait qui par définition est totalement licite .

A l'échelle du droit pénal international, il est difficile de créer des incriminations *ad hoc* en raison de la multiplicité ou des Etats concernés, ou des éléments constitutifs de ce que serait l'infraction, ou encore des intérêts en cause, lorsque justement une nouvelle infraction pourrait naître grâce à la présence d'une frontière, celle-ci favorisant l'émergence de l'idée criminelle.

303. Ainsi l'Union européenne, phénomène nouveau, entité nouvelle qu'il faut protéger et qui peut subir des agressions notamment économiques, constitue un espace privilégié pour la pérennisation du non-droit dans la

mesure où notre code est muet vis-à-vis de ce concept et que donc, rien ne lésant les intérêts de la communauté européenne n'est susceptible d'être réprimé en France. « Aucune trace de ce cadre européen complexe et multiforme n'est visible dans la nouvelle codification française. C'est donc à juste titre que la doctrine, mettant en évidence « le poids des silences » a accusé le NCP d'avoir complètement négligé le contexte européen, notamment en ce qui concerne les fraudes communautaires⁵⁰¹ ».

Le silence écrasant de nos lois est constitutif en la matière de non-droit. Il aurait été tellement facile, si on en avait eu la volonté, d'assimiler par exemple comme l'a fait le projet italien, les intérêts communautaires aux intérêts nationaux en se fondant sur l'article 5 du Traité CEE qui prévoit une obligation de coopération loyale et réciproque des Etats membres avec la communauté. La compétence réelle aurait pu servir de base à une juste répression pour les atteintes communautaires sous réserve qu'elle admette le jeu de la règle *non bis in idem* dans la mesure où plusieurs Etats auraient vocation à protéger les intérêts communautaires et où donc à défaut, le non-droit aurait été présent suite aux nécessaires conflits positifs engendrés. Une compétence réelle européanisée, à l'image de la compétence réelle universalisée, aurait ainsi pu voir le jour.

Il faut donc constater que le non-droit provient ainsi du poids des abstentions volontaires et donc d'une absence de volonté de régler ce problème. Le non-droit, concept vivant qui se nourrit de nos largesses et de notre minimalisme, qui est la négation de *non bis in idem* et *d'aut dedere, aut punire* ou de l'un seulement de ces principes fondamentaux, reste promis à un bel avenir.

⁵⁰¹ Stefano MANACORDA, op. cit.

L'auteur constate que le projet italien « prend en considération à plusieurs reprises le phénomène de l'intégration européenne ».

CONCLUSION DU CHAPITRE II

304. Nos lois sont édictées en fonction des objectifs à atteindre , aussi peut-on valablement supposer que tous les problèmes résultant de ce trop-plein législatif, ou seulement de ce qui pourrait sembler être des erreurs dans la rédaction de certains textes, sont peu importants au regard du but assigné et donc quantité négligeable.

Aussi, lorsque ce trop-plein ou même lorsqu'une abstention législative (car il est évident que lorsque l'on veut légiférer, rien ne peut empêcher la mise en mouvement du processus législatif) résultant de notre *corpus* législatif tel qu'il existe aujourd'hui, engendre non-droit par le biais de conflits positifs ou négatifs de compétence, c'est parce que l'on a fait le choix de ce problème en toute connaissance de cause. De fait, les problèmes engendrés sont moins graves que les risques courus si l'on n'avait pas choisi la loi telle qu'elle est édictée actuellement.

Ainsi donc les interventions législatives, causes du non-droit, sont des actes positifs , nécessaires, afin de protéger notre territoire, nos intérêts fondamentaux et tout ce qui pourrait porter atteinte à notre souveraineté nationale. Donc , stigmatiser les problèmes en la matière ne sert à rien, puisque ces derniers ne représentent que le prix à payer pour la sécurité et l'intégrité de notre territoire entendu au sens large.

Telle est du moins la justification apportée en l'espèce. Il est cependant dommage de constater que cette justification, si honorable soit-elle, est quelque peu excessive car il nous semble que notre souveraineté ne subirait aucun péril si nous prenions en compte l'autorité de la chose jugée à l'étranger et si nous déléguions dans une certaine mesure le règlement de certains litiges à des Etats étrangers, souvent plus à même d'apporter une condamnation opportune pour les infractions commises sur leur sol.

CONCLUSION DU TITRE II

305. Le non-droit existe et se pérennise car c'est la seule solution qui nous permette de valablement et efficacement protéger notre souveraineté. C'est du moins la sensation acquise puisque toutes les justifications apportées à la question « du pourquoi laisser à l'écart des principes fondamentaux ? », se placent sur le terrain de la souveraineté nationale, de la protection de notre ordre public.

Il semble que jamais ne soit posé en des termes différents le problème, ni que la question de la légitimité de la protection soit évoquée à l'heure justement où de plus en plus, dans le domaine économique notamment, nous abandonnons de bonne grâce cette souveraineté si chèrement acquise.

A moins que la corrélation ne se trouve ici, sachant que si de toute part la notion de souveraineté s'effrite, il faut se raccrocher à ce qu'il demeure. Aussi, le pouvoir régalien n'entend pas céder le dernier bastion de souveraineté sur lequel il exerce un pouvoir sans partage : celui de la justice pénale. Cet attribut essentiel, bénéficie de la protection la plus farouche, au détriment du bon sens, des droits de l'Homme, avec finalement ce qu'il convient d'appeler l'énergie du désespoir.

Il nous semble que par cette analyse, nous touchons au but . Il s'agit cependant d'une victoire amère, car face à cette conception de la justice pénale, il est désormais illusoire de penser que le non-droit pourra régresser.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

306. Les conflits positifs, manifestation du concours de lois pénales inéluctable en droit pénal international, lorsqu'une infraction présente un élément d'extranéité, génèrent le non-droit lorsque la résolution de ce problème ne passe pas par l'acceptation du jeu de la règle *non bis in idem*. Tous les conflits positifs ne génèrent pas le non-droit, car le droit français tient compte de l'autorité de la chose jugée à l'étranger en certaines hypothèses, c'est-à-dire lorsqu'il estime que ce faisant, aucune atteinte n'est portée à notre territoire, à son intégrité, à notre souveraineté et la conception qu'il s'en forge.

Les conflits négatifs sont le résultat de failles dans le système législatif car même un maillage serré ayant vocation à ce que toutes les infractions commises en droit pénal international, trouvent au moins un juge pour les sanctionner, n'est pas absolu ni parfait. A cet égard, il faut stigmatiser un manque de concertation entre les Etats, expression là aussi d'une vision purement interne de la répression. Ici encore, la répression pénale est la marque d'une souveraineté nationale. Or cette dernière n'a vocation qu'à se préoccuper de son seul territoire. Le conflit négatif, en ne permettant pas à la règle *aut dedere, aut punire* d'être mise en œuvre, est lui aussi source de non-droit.

307. A l'heure actuelle, il semble que ce non-droit soit acceptable car c'est la conséquence d'une justice au service de la protection d'un territoire. Or

puisque le territoire ne peut être protégé que de cette façon , c'est un mal acceptable. Le non-droit a donc vocation à se pérenniser.

Si une acception généralisée et systématique des principes *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* est à exclure, nous exploiterons certains axes de recherche, avec pour objectif une diminution du non-droit, tout en préservant à un certain niveau le dogme de la souveraineté nationale. Tout au long de ce parcours, le souci d'une meilleur justice sera le fil conducteur de nos développements (partie II).

PARTIE II

LES REMEDES ENVISAGEABLES, VECTEUR DE JUSTICE

308. Les conflits de lois, qu'ils soient positifs ou négatifs, sont inhérents au droit pénal international. Le non-droit résultant de la violation cumulative ou alternative de *non bis in idem* et d'*aut dedere, aut punire* est une conséquence de la présence de ces conflits de compétence. Cependant, il ne s'agit pas d'un passage obligé en ce sens que le non-droit n'est pas une fatalité. Des solutions existent pour que le droit pénal international soit un droit véritable, garant des libertés individuelles et protecteur de l'ordre public. Ces solutions seront différentes selon qu'il s'agisse d'infractions présentant un élément d'extranéité ou d'infractions heurtant la communauté internationale dans son ensemble.

309. Pour ce qui concerne les infractions de catégorie quelconque présentant un élément d'extranéité, nous allons rechercher une solution uniquement au niveau européen. Rien ne sert en effet d'étendre les solutions énoncées au cadre mondial car elles impliquent un partage d'une communauté d'esprit et la volonté sans réserve d'éradiquer le non-droit. Ce faisant, ces solutions imposent des sacrifices qui ne pourront être accomplis par tous les Etats de ce monde, car tous ne se préoccupent pas de manière évidente du problème de la violation de *non bis in idem* ou d'*aut dedere, aut punire* en droit pénal international. Il est d'ailleurs patent de noter que même au niveau européen, une mise en place effective de ces solutions sera extrêmement difficile malgré la volonté affichée de créer un véritable espace européen où les frontières ne joueraient plus leur rôle habituel. Aussi, s'il nous appartient de

présenter des solutions pour éradiquer le non-droit, il nous semble qu'il y a déjà fort à faire au niveau européen sans en plus vouloir étendre au niveau mondial ce qu'il ne sera pas aisé à réaliser à une échelle plus restreinte. C'est ainsi que si techniquement l'application d'une loi pénale étrangère extérieure à l'Union européenne est possible, elle est aujourd'hui juridiquement difficilement envisageable, d'autant que de fortes difficultés apparaissent déjà au niveau simplement européen. La solution de l'application de la loi pénale étrangère ne sera donc étudiée que sous l'angle européen, ce qui imposera déjà un certain nombre de sacrifices et sera source de nombre d'atermoiements. C'est de plus une idée utopique, qui si elle devait être réalisée, ne pourrait l'être que sur une surface nécessairement limitée dans un premier temps.

310. Pour celles des infractions qui lèsent la communauté internationale, d'autres types de solutions doivent être envisagés, à présent adapté bien évidemment au cadre mondial, seul apte à mettre en place des instruments légitimes en vue de la répression de ces infractions. S'il est bien évident qu'en la matière, seul le problème du conflit négatif ou à tout le moins celui de la juste punition pour les auteurs de ces crimes odieux se pose⁵⁰², nous constaterons que certaines des solutions proposées pour mettre fin à l'impunité créeront des conflits positifs de compétence et seront à même de générer un non-droit dérivé. Réprimer les barbaries, le crime contre l'humanité, les génocides est une nécessité, mais le problème de la juste répression se pose avec acuité. Les solutions proposées en la matière seront elles aussi, à l'instar de celles projetées pour les infractions présentant un élément d'extranéité, entachées d'imperfection..

⁵⁰² Respecter le principe *aut dedere, aut punire* revient à vouloir qu'une juste sanction soit prononcée pour la commission d'une infraction. Or en cas de crime lésant la conscience universelle, on ne peut faire confiance à la justice du pays sur lequel ces crimes ont été commis car justement puisque de telles horreurs sont possibles, un sérieux doute entache alors la moralité et

311. Si des solutions existent pour répondre au non-droit sous quelque forme qu'il soit , nous constaterons que leur mise en œuvre effective sera source de difficultés et que néanmoins de beaux jours se profileront en faveur du non-droit, au point de constituer un épiphénomène propre au droit pénal international, qui par définition est nous semble-t-il imparfait. Examinons donc les solutions au niveau européen (Titre I), puis les éléments de solution au niveau mondial (Titre II).

TITRE I : Pour une solution au niveau européen

TITRE II : Pour des éléments de solution au niveau mondial

l'équité d'une « justice » rendue dans ce pays. C'est pourquoi la communauté internationale, par la mise en place de la compétence universelle, doit s'ingérer dans les affaires de ce pays.

TITRE I

POUR UNE SOLUTION AU NIVEAU EUROPEEN

312. L'espace européen doit être un laboratoire testant des solutions originales visant à éradiquer le non-droit en droit pénal international. De fait, c'est un espace important géographiquement qui concentre une multitude d'Etats en son sein, sans être d'un gigantisme extrême, obérant la mise en place efficace de solutions nouvelles et novatrices. Les intérêts communs des Etats faisant partie de l'Union européenne sont le gage du souci qu'ont ces Etats, pris individuellement puis collectivement, de créer un espace harmonieux où le problème du non-droit devrait être relégué au rang de souvenir. Ce faisant, il nous semble que seuls les membres de l'Union européenne seront à même de réaliser les sacrifices imposés pour la mise en place effective de solutions avant-gardistes en droit pénal international.

Puisque la confiance réciproque est le moteur qui anime les relations entre les divers Etats membres de l'Union⁵⁰³, nous suggérons pour régler le problème du non-droit, d'admettre la possibilité pour chaque Etat d'appliquer une loi pénale étrangère (chapitre I). Les bénéfices au niveau des conflits de compétence, de la gestion subséquente du non-droit, et plus généralement du respect strict du principe de légalité des délits et des peines sont innombrables. Cette solution qui ne pourra complètement éradiquer le non-droit sera un facteur de renouveau dans ce que doit être la justice pénale internationale au sein de l'union. Elle garantit un

⁵⁰³ Ces derniers ont précisément le désir de créer un espace sans frontière propice dans un premier temps au développement du commerce, mais aussi par la suite à une justice plus efficace et plus sereine, notamment.

amoindrissement significatif de la violation des principes *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*.

Une fois admis le principe de l'application de la loi pénale étrangère, nous pourrions en tirer toutes les conséquences spécifiquement au niveau de la gestion des conflits de compétence et proposer des solutions ciblées pour soit éradiquer à la base le phénomène du conflit soit en amont régler au mieux le conflit déjà né (chapitre II). Ces solutions, porteuses d'espoir, sont concrètement possibles à mettre en œuvre. Elles ne nécessitent que la volonté politique d'y parvenir et donc la volonté d'amoindrir le non-droit au sein de l'espace européen, c'est-à-dire de bannir virtuellement les frontières pénales qui encerclent encore trop souvent les Etats membres considérés individuellement.

CHAPITRE I : La possible application d'une loi pénale étrangère

CHAPITRE II : Les orientations opportunes *de lege ferenda*

CHAPITRE I

LA POSSIBLE APPLICATION D'UNE LOI PENALE ETRANGERE

313. Appliquer une loi pénale étrangère paraît de prime abord de grande difficulté. La justice pénale est un attribut essentiel de la souveraineté de chaque Etat et il semble inconcevable qu'un Etat applique la loi pénale d'un autre Etat. C'est le dogme de la solidarité des compétences judiciaire et législative qui impose cette solution. Le juge national ne peut appliquer que la loi pénale de son souverain et réciproquement, la loi pénale d'un pays ne peut être appliquée que par le juge de ce pays.

Nous constaterons au cours de notre étude que ce puissant dogme ne se justifie que par lui-même. Il s'agit donc d'un faible obstacle si l'on veut remettre en cause ce principe. D'ailleurs, nous constaterons que ce dogme, qui ne se justifie que par la pratique, subit déjà quelque peu remise en cause par une certaine doctrine, encore minoritaire. Dès lors, puisque appliquer une loi pénale étrangère est une solution efficace au non-droit, nous préconisons de faire fi du dogme de la solidarité des compétences et nous examinerons alors ce que doit être et ce que serait l'application concrète de la loi pénale étrangère entre Etats membres de l'Union européenne.

Nous examinerons donc successivement en quoi consiste le dogme de la solidarité des compétences législative et judiciaire pour conclure à une puissance toute relative et à une possible remise en cause (section 1). Dès lors, nous étudierons ce que serait l'application concrète de la loi pénale étrangère (section 2).

SECTION 1. LE DOGME DE LA SOLIDARITE DES COMPETENCES JUDICIAIRE ET LEGISLATIVE

314. La solidarité des compétences judiciaire et législative est un principe moteur du droit pénal international. Il s'agit de la règle de base de la matière. Il faut d'ailleurs convenir que c'est plus qu'un principe dans la mesure où son application concrète n'est assortie d'aucune exception. Cependant cette règle ne fait plus l'unanimité aujourd'hui et est sujette à remise en question de façon périodique, surtout en cette époque, sous l'impulsion d'auteurs modernes, voire même eu égard au renouveau du code pénal⁵⁰⁴.

Cette position dogmatique, visant en notre matière, à ne pouvoir séparer ou à ne vouloir séparer compétence judiciaire et compétence législative, est donc sur le chemin du déclin (§1) grâce à la tendance renforcée, que l'on note chez les auteurs, à remettre en cause ce principe. Ce déclin est par ailleurs fortement lié aux soucis qu'ont eus les auteurs à trouver une réponse à la question du bien-fondé de ce dogme. Ainsi, une fois la question posée et après avoir constaté et souligné la faiblesse de la réponse apportée, nous pouvons comprendre le déclin de ce principe.

L'étape suivante est alors évidente : comment remplacer ce principe et donc quelle loi faut-il appliquer en chaque hypothèse ? Nous devons rechercher la réponse derrière l'interrogation systématique qui doit prévaloir : quel est le but de la loi pénale. Une fois la réponse trouvée, la détermination de la loi applicable en fonction des différentes situations s'imposera d'elle-même (§ 2). Il convient donc d'étudier le déclin du principe puis le but de la loi pénale française.

⁵⁰⁴Alain FOURNIER, *Les orientations nouvelles du droit pénal international à la faveur de la réforme du code pénal.*, rev. crit. DIP 1998. 565. , op. cit. n°49.

L'auteur se demande si la réforme du code pénal n'a pas « frappé d'une brèche » le principe de la solidarité des compétences judiciaire et législative .

Voir aussi pour l'état de la question : Jacques Le CALVEZ, *Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (la remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale)*, RSC 1980. 13s. et 337s. ; André HUET, *Pour une application limitée de la loi pénale étrangère.*, JDI 1982. 625

§ 1. LE DECLIN DU PRINCIPE

315. Le dogme de la solidarité des compétences judiciaire et législative a traversé le temps et a prévalu dès les premiers pas du droit pénal international. Il s'agit donc « d'un principe séculaire⁵⁰⁵ » (A) qui subit remise en cause par des théoriciens modernes. Ces critiques sont d'ailleurs les bienvenues dans la mesure où ce dogme relève plus de la « pétition de principe⁵⁰⁶ » que d'une théorie légitime et valablement fondée. Il s'agit donc d'un principe infondé (B).

A. UN PRINCIPE SECULAIRE

316. Il nous faut étudier à la fois ce que signifie concrètement ce principe de solidarité des compétences (1), mais aussi les fondements possibles qui peuvent l'expliquer (2).

1. La signification du principe

317. Le principe de la solidarité des compétences judiciaire et législative signifie que la loi pénale française ne peut être appliquée que par le juge français et que réciproquement, le juge répressif français ne peut appliquer que la loi pénale française. Ainsi est exclu toute idée d'application, voire même seulement de prise en compte par nos juridictions de la loi pénale étrangère. Il n'est ainsi pas question qu'un juge pénal français « applique, au plein sens du terme, une loi étrangère : l'incrimination d'un acte, la définition des éléments constitutifs de l'infraction, sa qualification, l'admission de faits justificatifs ou de causes

⁵⁰⁵ Alain FOURNIER, *Rép. International Dalloz*, V° Conflits de lois., 1998, op. cit. n°2.

⁵⁰⁶ André HUET, *Pour une application limitée de la loi pénale étrangère.*, JDI 1982. 625., op. cit. p. 629.

de non imputabilité, la détermination de sanctions pénales susceptibles d'être prononcées, ne relèvent que de la loi pénale française⁵⁰⁷ ».

Si cette assertion se conçoit de façon légitime, et sans remise en question possible, lorsque tous les éléments de l'infraction se trouvent réunis sur le sol français et qu'aucun élément d'extranéité (au niveau notamment de la nationalité des participants ou des victimes) ne vient troubler ce bel édifice, il semble nécessaire de s'interroger au moins sur l'opportunité d'une telle règle (et sur son bien-fondé) lorsqu'un élément d'extranéité vient semer la zizanie. Actuellement, eu égard à ce principe de solidarité des compétences, la *lex fori* a vocation à s'appliquer quel que soit le rattachement, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une *lex loci delicti* ou seulement par exemple d'une *lex judicis deprehensionis*.

318. D'ailleurs, il est vraisemblable qu'au cas de crime ou de délit commis en France par un étranger, la loi pénale française s'applique non pas en tant que *lex delicti*, mais *lex fori*. De fait, au regard du principe de solidarité des compétences, la question de la loi pénale à appliquer ne se pose pas car le juge pénal français ne peut appliquer que la loi pénale française. Or en l'occurrence le juge français est compétent car l'infraction a été commise sur notre sol. Si la solution adoptée semble légitime⁵⁰⁸, son fondement l'est moins.

Il est préférable de convenir que la loi pénale française s'applique car l'infraction a été commise sur le sol français. Ici, la loi pénale française représente alors la *lex loci delicti* et non plus la *lex fori* (quand bien même les deux lois coïncident). Si l'on s'en tient à cette analyse, il faut alors en déduire que pour une infraction commise à l'étranger par un Français, la *lex loci delicti* est une loi étrangère et à ce titre le juge pénal français devrait écarter la *lex fori* (qui ne représente rien au regard de la localisation de l'infraction, et qui n'est que la loi qui donne compétence au juge français pour statuer ; or ne peut-on pas imaginer que la loi française

⁵⁰⁷ André HUET, op. cit. p. 625.

⁵⁰⁸ Il faut réserver l'analyse de DONNEDIEU de VABRES. Cf. *infra* n°334.

permette au juge français, voire lui impose, d'appliquer une loi pénale étrangère ?) au profit de la *lex loci delicti*, à savoir une loi étrangère.

L'analyse en question brise le dogme de la solidarité des compétences qui est assis sur une application exclusive de la *lex fori*. Aussi ce principe implique que la loi pénale française s'applique en cas d'infraction commise à l'étranger par un Français, ou à l'étranger par un étranger mais au préjudice d'un Français, ou encore à l'étranger par et contre des étrangers si ces personnes sont arrêtées en France et que l'infraction est telle qu'il s'agit pour nous de mettre en œuvre notre compétence universelle. En effet, la loi pénale française est la loi que le juge français connaît et applique puisqu'il est compétent en vertu de la compétence personnelle active, passive et de la compétence universelle.

319. Réciproquement, le dogme de la solidarité des compétences implique que la loi pénale française ne peut être appliquée que par le juge pénal français ce qui implique qu'un juge répressif étranger ne peut appliquer notre loi pénale quand bien même l'auteur d'une infraction serait français ou qu'une infraction ait été commise sur notre sol par un de leurs nationaux.

Cet aspect du problème nous concerne moins dans la mesure où nous n'envisageons que le droit pénal international, donc un droit interne, c'est-à-dire un droit français et que nous n'étudions pas les autres législations à travers le droit comparé.

Cependant, il faut néanmoins soulever une question qui apporte peut être une limite à ce principe de solidarité : que pourrions nous faire, de quel recours disposerions-nous si un juge étranger avait l'outrecuidance d'appliquer notre loi pénale ? A notre sens, nous serions désarmés puisque nous n'avons aucune influence sur les décisions répressives étrangères, ni aucune faculté de réformation. La seule attitude serait de méconnaître ce jugement étranger (attitude que nous suivons souvent même lorsque les juridictions étrangères appliquent leurs propres lois) ce qui est inopérant et n'empêche en rien, en théorie, les tribunaux étrangers d'écarter notre principe de solidarité des compétences.

C'est là une première limite à ce dogme qui est tout entier centré sur lui-même et qui impose une attitude rigide en inadéquation avec l'ouverture des frontières, la nécessité d'une coopération inter-étatique et surtout une bonne gestion des droits de l'Homme dans un sens large, et du principe de légalité des délits et des peines, c'est-à-dire la recherche de l'amoindrissement du non-droit.

Après avoir analysé la signification concrète du principe de solidarité, il nous faut tenter d'en rechercher les possibles fondements car de ces fondements et de cette analyse dépend le bien-fondé du dogme et son éventuelle remise en cause.

Or nous constaterons que les fondements avancés ne résistent pas à l'analyse et que ce dogme, né de la pratique, ne se justifie que par cette pratique ce qui est bien insuffisant, d'autant que l'on constatera trop souvent qu'il est source d'iniquité.

2. Les fondements du dogme

320. « Trois justifications ont été, traditionnellement ou plus récemment, données du principe de la coïncidence des compétences judiciaire et législative : la « territorialité » de la loi pénale, le caractère préalable de la compétence législative et l'absence de conflits de lois en matière pénale⁵⁰⁹ ».

a. La territorialité de la loi pénale

321. Ainsi, les compétences judiciaire et législative sont liées parce que la loi pénale est territoriale ce qui signifie d'une part que la loi pénale française a vocation à s'appliquer chaque fois que l'infraction est localisée sur le territoire français mais aussi chaque fois que les tribunaux français sont compétents pour se saisir d'une infraction⁵¹⁰. De fait, la loi pénale

⁵⁰⁹ André HUET, op. cit. p. 627.

⁵¹⁰ Ce qui ne signifie pas forcément que l'infraction est localisée en France (compétence personnelle, compétence réelle, compétence universelle).

française est à la fois la *lex loci delicti* mais aussi la *lex fori*⁵¹¹. Le dédoublement de la définition de la territorialité permet de justifier la solidarité des compétences car du premier sens de la définition (la territorialité au sens matériel) se déduit automatiquement le second sens (la territorialité au sens formel).

b. Le caractère préalable de la compétence législative

322. Monsieur Lombois justifie la solidarité des compétences judiciaire et législative pour des « raisons d'ordre général⁵¹² » liées au caractère préalable de la compétence législative. Pour cet auteur, si en droit privé, la situation est *a priori* juridique, en droit pénal, un comportement n'est répréhensible que si une loi le qualifie comme tel. « Quand la procédure pénale se met en mouvement, les choses ne sont plus entières ; déjà une loi a rendu la poursuite possible et en a fixé les modalités. (..) De ce caractère préalable de la compétence législative, la plupart des droits positifs ont déduit son caractère principal : la compétence judiciaire serait subordonnée à la compétence législative. Si la loi pénale d'un pays est compétente pour s'appliquer au fait délictueux, ses tribunaux sont compétents pour l'appliquer et, à l'inverse, les tribunaux d'un pays ne sont pas compétents pour juger un fait délictueux qui relève d'une loi pénale étrangère⁵¹³ ».

c. L'absence de conflits de lois en matière pénale

323. Il a été avancé que la solidarité des compétences judiciaire et législative se déduit de l'absence de conflits de lois en matière pénale car en cette matière se pose seulement le problème du champ d'application

⁵¹¹ Le professeur André HUET oppose ainsi la territorialité au sens matériel (localisation en France de l'infraction) et la territorialité au sens formel (territorialité de la loi au sens où son application est réservée « aux seules autorités de l'Etat au nom duquel elle a été adoptée »), op. cit. p. 628.

⁵¹² Claude LOMBOIS, *Droit pénal international.*, 2^e éd. 1979, n°12.

⁵¹³ Claude LOMBOIS, op. cit. n°11.

de la loi pénale dans l'espace⁵¹⁴. En droit pénal, le juge ne résout pas de conflits de lois dans la mesure où il détermine seulement si le fait incriminé l'est ou non par la loi pénale française. Si c'est le cas, il applique cette loi et à défaut, il se déclare incompétent. Il faut constater qu'il n'existe pas de règles bilatérales de conflits en droit pénal : « n'y sont en vigueur que des règles unilatérales déterminant le champ d'application dans l'espace des lois pénales du for. Mais cette constatation, au demeurant évidente, emporte-t-elle nécessairement cette conséquence que le juge pénal ne peut jamais appliquer une loi étrangère ? Implicitement, MM. Battifol et Lagarde le pensent : il y aurait incompatibilité entre l'utilisation d'une règle unilatérale de conflit et l'application d'une loi pénale étrangère⁵¹⁵ ».

Ainsi, la règle selon laquelle le juge répressif n'applique que sa loi nationale, « vestige de la prédominance de l'égoïsme étatique dans la répression⁵¹⁶ », est dotée d'un certain nombre de justifications.

324. D'autres encore ont pu être apportées, consolidant semble-t-il l'édifice. Il a pu être affirmé que « la solidarité de compétences juridictionnelle et législative se déduit inéluctablement du but de notre droit pénal : réprimer les troubles apportés à l'ordre public national⁵¹⁷ ». Cette affirmation méritera d'être nuancée car trop péremptoire et malheureusement souvent inexacte⁵¹⁸. Néanmoins, l'idée de chercher une

⁵¹⁴ André HUET, op. cit. p. 635 : « il a souvent été affirmé que la notion de conflits de lois est propre au droit privé : le juge civil résout un conflit de lois puisqu'il applique des règles de conflit qui désignent soit la loi française, soit une loi étrangère ».

⁵¹⁵ BATIFFOL et LAGARDE (*Droit international privé*, 7^e éd. t. 1, n°245) cités par André HUET, op. cit. p. 634. Voir également *supra* note 45.

⁵¹⁶ Jacques LE CALVEZ, *Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (la remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale)*, RSC 1980. 13. op. cit. p. 18.

⁵¹⁷ Rapport présenté par Jean STOUFFLET, RIDP 1960. 515., op. cit. p. 526.

Encore faut-il être certain que dans toutes les hypothèses visées par notre loi pénale, le but est de protéger l'ordre public français. Voir *infra* n°350s. au sujet de la compétence réelle universalisée. André HUET, op. cit. p. 659 : « seulement les tribunaux français sont de plus en plus compétents pour connaître d'infractions qui n'ont violé qu'un ordre public étranger : dans cette hypothèse, ils devraient appliquer une loi pénale étrangère ».

⁵¹⁸ Voir *infra* n°332 et suivants.

justification échappe le plus souvent aux auteurs, qui constatent plus que n'expliquent les fondements d'un tel dogme. Dans cette attitude se trouvent en germe les prémisses de la contestation car un principe qui ne s'explique pas, ne peut être un bon principe et la notion d'axiome⁵¹⁹ doit être exclue de la science juridique.

Ainsi, si monsieur Fournier ne cherche pas de justifications à ce principe⁵²⁰ et se contente de constater qu'« en matière répressive, la pratique fait traditionnellement disparaître toute dissociation entre les solutions apportées au conflit de juridictions et celles du conflit de lois⁵²¹ », d'autres auteurs n'hésitent pas à affirmer l'absence de justification du dogme de la solidarité des compétences. Il s'agit alors « d'un postulat (...) reçu comme une vérité d'évidence⁵²² ».

La critique du principe n'est alors plus loin. Elle passe par la nécessaire remise en question des fondements avancés, la constatation subséquente de l'absence de fondement et donc la recherche d'une solution de remplacement, nécessairement fondée en droit et en équité.

B. UN PRINCIPE INFONDE

325. « Aucun argument ne nous paraît déterminant, qui prétend lier la compétence législative et la compétence judiciaire⁵²³ ». Nous opérons

⁵¹⁹ LAROUSSE : « proposition primitive ou évidence non susceptible de démonstration et sur laquelle est fondée une science ».

⁵²⁰ Pour mieux souligner les remises en cause de ce principe semble-t-il .
Cf. Alain FOURNIER, Rev. crit. DIP 1998. In conclusion.

⁵²¹ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale., 1998, op. cit. n°4.

⁵²² Rapport BOUZAT et BREDIN, RIDP 1960. 476., op. cit. p. 500 n°15. Et de constater in n°16 : « la doctrine de l'ignorance systématique du droit pénal étranger a été dénoncée par Donnedieu de Vabres (*Principes modernes de droit pénal international.*, p. 174.) comme séduisante à la seule paresse mais « moins excusable et plus fâcheuse d'autant que les lois des divers pays se rapprochent, que la rapidité des échanges en facilite la consultation, que les occasions de les appliquer se multiplient ». » Notons que ces prophéties remontent au début du siècle et sont toujours d'une brûlante actualité.

⁵²³ BOUZAT et BREDIN, op. cit. n°21. Ces auteurs critiquent la solidarité des compétences car ce principe « compromet la coopération des Etats (...) le problème est de savoir si le droit pénal facilitera le développement des rapports pacifiques puis amicaux entre Etat, ou s'il les retardera », n°23.

également cette constatation. Ainsi, les raisons avancées pour justifier la solidarité des compétences ne résistent pas à l'analyse.

a. La territorialité de la loi pénale

326. La territorialité de la loi pénale n'est pas un argument probant. Déduire à partir de la territorialité au sens matériel, l'existence d'une territorialité au sens formel relève plus de l'affirmation péremptoire que de la logique pure et simple. Si on peut affirmer que la loi pénale française doit s'appliquer chaque fois qu'une infraction est commise sur le territoire français, on ne peut en déduire *ipso facto* que le juge pénal français ne peut appliquer que la loi pénale française. Aucun lien de logique n'existe entre les deux assertions. Il s'agit pour le professeur Huet d'une « réaction instinctive⁵²⁴ » qui « ne fait l'objet d'aucune tentative de démonstration : elle se sert d'elle-même de justification !⁵²⁵ » Cette justification est inopérante, et de fait doit être écartée car si les lois pénales sont territoriales, la formule en elle-même est « vide de sens et ne prouve rien⁵²⁶ ».

b. Le caractère préalable de la compétence législative

327. L'argument du caractère préalable de la compétence législative ne soutient pas non plus l'analyse. Cependant, une des critiques apportées par le professeur Huet ne peut plus être de mise aujourd'hui. Celui-ci affirmait en effet qu'il « est inexact qu'en droit pénal international, la détermination de la loi précède toujours et nécessairement la détermination du juge. (...) La lecture du CPP donne plutôt l'impression que la compétence judiciaire influe sur la compétence législative : les articles 689 et suivants ont pour premier objet de fixer les conditions auxquelles

⁵²⁴ André HUET, op. cit. p. 628.

⁵²⁵ André HUET, *ibidem*. L'auteur conclut « en affirmant que les compétences judiciaire et législative coïncident parce que les lois pénales sont territoriales, on se borne donc à répondre à la question par la question ».

⁵²⁶ André HUET, op. cit. p. 630.

un prévenu « peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises » et ce n'est qu'ensuite que certains de ces textes ajoutent expressément « d'après les dispositions de la loi française »⁵²⁷. La réforme du code pénal change quelque peu les données, puisque sous les articles 113-2 à 113-7 et 113-10 à 113-12, il est précisé comme une litanie que « la loi pénale française est applicable.. ». Cette réforme va donc dans le sens de l'analyse du recteur Lombois qui se faisait le chantre du caractère préalable de la compétence législative.

Néanmoins, le CPP continue dans la même optique que précédemment tant et si bien qu' « il n'apparaît point d'ailleurs avec évidence si c'est la compétence judiciaire qui commande la compétence législative ou l'inverse, les textes attributifs de compétence désignant tantôt la loi pénale (NCP art 113-1 et s.), tantôt les juridictions françaises (CPP art. 689 et s. ancien)⁵²⁸ ». Mais là n'est pas le problème, du moins au niveau de la critique des fondements apportés au principe de solidarité des compétences.

328. Le fait d'affirmer le caractère préalable de la compétence législative n'est pas un élément tenant lieu de justificatif dans la mesure, où même s'il y a lieu et si c'est bien le cas, nous ne voyons pas pourquoi de fait, le juge français doit appliquer la loi pénale française.

D'ailleurs et pour aller plus loin, nous ne voyons pas ce qui empêcherait la loi française de préciser que dans telle ou telle hypothèse la loi pénale étrangère sera applicable. Le législateur peut parfaitement décider et s'assurer que tel comportement mérite d'être réprimé (ainsi par exemple, tout fait illicite au lieu de commission ce qui implique que la condition de double incrimination n'a pas à être remplie). La loi française l'affirme alors comme telle d'où le caractère préalable de la compétence législative, tout en précisant que la loi pénale étrangère doit être appliquée en l'espèce. Ce fait pourra donc être jugé par le juge français mais la loi à appliquer en

⁵²⁷ André HUET, op. cit. p. 631. Cependant rappelons que l'auteur exprime une opinion sous une chronique publiée en 1982, avant la réforme du code pénal.

⁵²⁸ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale., 1998, op. cit. n°4.

l'occurrence au niveau de la qualification et / ou du quantum sera la loi pénale étrangère car plus à même à considérer et à résoudre le rapport de droit en question. Rien n'interdit, mais rien n'oblige non plus, à ce que le juge pénal français applique une loi pénale étrangère et à ce que la loi pénale française vienne dire au juge d'appliquer une loi pénale étrangère. Aussi, « on ne voit pas en quoi le fait que la compétence législative aurait un caractère préalable par rapport à la compétence judiciaire appellerait immédiatement la coïncidence des deux compétences, c'est-à-dire l'application systématique de la loi pénale du for⁵²⁹ ».

c. La théorie de l'absence de conflits de lois

329. Enfin, la théorie de l'absence de conflits de lois en matière pénale est également sujette à caution. S'il est vrai qu'il n'existe pas de règles bilatérales de résolution des conflits, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas de conflits, ni de règles de conflits⁵³⁰. Ce n'est pas en effet parce qu'il n'y a pas de méthode pour régler un problème que le problème n'existe pas. Ainsi la justification passant par l'absence de conflits de lois en matière pénale est inopérante puisqu'elle « lie la notion de conflit de lois à l'une des méthodes de solution de ce conflit, à savoir la méthode de la règle de conflit bilatérale. (...) Il n'y aurait pas de conflit de lois lorsque la règle de conflits est unilatérale c'est-à-dire se borne à indiquer si la loi est ou non compétente⁵³¹ ».

Au demeurant, un conflit de lois existe bien chaque fois que dans une situation pénale donnée, se présente un élément d'extranéité car chacun des deux pays (au minimum) a vocation à appréhender et régler le problème en question. Ainsi pour une infraction commise en France par un étranger, la France a vocation à se saisir de cette infraction car elle est

⁵²⁹ André HUET, op. cit. p. 632.

⁵³⁰ Voir *supra* n°29s.

⁵³¹ André HUET, op. cit. p. 633 et d'ajouter p. 634 : « la règle unilatérale est un autre instrument de solution des conflits de lois » et « qu'un conflit de lois ne cesse pas d'exister au seul motif qu'il est résolu par une telle règle ».

territorialement compétente selon sa loi. Le pays étranger a lui aussi vocation à se saisir de cette infraction car il peut exercer sa compétence personnelle active au terme des prescriptions de sa loi. Deux lois sont donc en concours et il y a un conflit de lois. C'est « la réalité d'un problème éludé⁵³² » au nom d'une absence de méthode de résolution efficace de ce conflit de lois.

330. En matière pénale, la règle de conflit est unilatérale. Chaque pays précise le champ d'application de sa propre loi sans prendre en compte les possibilités d'interférence avec une loi étrangère. Le conflit existe alors et est d'autant plus vivace que nous éprouvons quelques difficultés à le résoudre : ces difficultés s'expriment par le biais notamment de la violation de *non bis in idem*. Le non-droit provient en partie de l'absence de règle bilatérale de conflits de lois. La règle unilatérale de conflit n'est efficace ni face aux conflits positifs de compétence, ni face aux conflits négatifs de compétence. Elle permet seulement de préciser si une juridiction est compétente ou non sachant que plusieurs peuvent l'être ou au contraire qu'aucune n'est à même de se saisir du litige en question. Pour autant, le dogme de la solidarité des compétences n'est pas justifié. Il relève de la pétition de principe. C'est insuffisant pour ce qui est l'une des règles de base du droit pénal international.

331. Cependant, ce n'est pas parce que ce principe ne trouve aucune justification qu'il n'est pas un bon principe et qu'il faut alors à tout prix désolidariser les compétences judiciaire et législative. Pour savoir s'il faut pérenniser ou non ce dogme, ou s'il ne faut le mettre en œuvre que dans des hypothèses précises, il nous faut nous interroger sur le but de la loi pénale, celle-là même qui édicte notre sphère de compétence. Or « le but des règles pénales d'un Etat est de protéger cet Etat contre les troubles qui ont atteint son ordre public, mais il n'est pas de sauvegarder un ordre

⁵³² Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., 1998, n° 1.

De la même façon : « l'élément d'extranéité qui se trouve dans l'infraction (..), peut appeler l'intérêt d'un système répressif étranger. De là viendra parfois, une concurrence des lois pénales qu'on prend le parti d'ignorer, au nom du caractère unilatéral des règles de la compétence répressive internationale », Claude LOMBOIS, *Droit pénal international.*, 1^{ère} éd. 1971, n°349.

public étranger⁵³³ ». Cette protection n'est possible que par l'intermédiaire des tribunaux français qui ont pour mission et pour mission unique de réprimer les troubles portés à l'ordre public français.

Donc pour savoir s'il y a toujours lieu de solidariser les compétences judiciaire et législative, il faut examiner au cas par cas si chaque compétence édictée par notre loi a vocation à protéger notre ordre public, ou si au contraire, c'est un ordre public étranger qui est protégé par l'édition de telle ou telle compétence. C'est dans cette hypothèse seulement qu'il faut envisager la séparation des compétences judiciaire et législative et prôner l'application par le juge français de la loi pénale étrangère.

§ 2. L'APPLICATION DU PRINCIPE EN FONCTION DU BUT DE LA LOI PENALE

332. Les tribunaux français appliquent la loi pénale française lorsque celle-ci a vocation à protéger l'ordre public français. A défaut, l'application de la loi pénale étrangère par les juges français doit être envisagée. Il nous faut donc examiner dans quels cas la loi pénale française a été édictée dans le but de protéger l'ordre public français et dans quels autres cas, c'est l'ordre public étranger et sa protection qui est visée.

Pour répondre à cette question, il nous faut examiner au cas par cas les différents types de compétence française édictés par la loi et distinguer selon que l'infraction a été commise en France (A) ou à l'étranger (B), la territorialité de la loi pénale étant un principe fondateur du droit pénal international et étant celui qui *a priori* a le plus vocation à protéger l'ordre public français.

⁵³³ André HUET, op. cit. p. 636.

A. INFRACTIONS COMMISES EN FRANCE

333. En cette hypothèse, nous devons envisager le cas de l'application de la loi nationale de l'auteur de l'infraction ou de la victime (1) pour mieux le réfuter, et donc légitimer l'application de la loi territoriale (2).

1. L'application de la loi nationale du délinquant ou de la victime

334. Il est bien évident que la question posée implique un élément d'extranéité et qu'en l'occurrence, puisque l'infraction a été commise en France, cet élément ne peut être que la nationalité de la victime ou de l'auteur. Ainsi donc, pour une infraction en France commise par un étranger ou au préjudice d'un étranger, doit-on appliquer une loi pénale étrangère, à savoir ici la loi nationale de l'auteur ou de la victime ?

Un éminent auteur, Donnedieu de Vabres, a suggéré d'appliquer la loi nationale de l'auteur quand bien même l'infraction aurait été commise sur le sol français, se fondant sur la distinction entre les lois de protection sociale « générales et territoriales⁵³⁴ » et les lois de garantie individuelle, qui protègent la personne et la suit dans tous ces déplacements. Parmi ces lois, citait-il pêle-mêle, comme promptes à écarter l'application de la *lex fori*, qui en l'occurrence est surtout ici la *lex loci delicti*, les lois qui précisent les conditions préalables de l'infraction⁵³⁵, celles qui fixent l'âge de la majorité pénale⁵³⁶ et celles qui fixent le régime des mesures de

⁵³⁴ DONNEDIEU de VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international.*, p. 174, n° 185 et s.

En droit international privé, PILLET avait lui aussi distingué les lois de « protection de l'individu » et les lois de « garantie de l'ordre et de la paix publique ». Selon lui, eu égard à la règle du moindre sacrifice, « dans le premier cas (NDLR : les lois de protection de l'individu) , le caractère qui importe le plus à la réalisation de son but est la permanence. (..) On sacrifiera donc sa généralité en soumettant les étrangers à leur loi nationale sur ce point. (..) Autrement dit, il faut dans chaque cas consentir un moindre sacrifice : si la généralité est sacrifiée, la loi est extraterritoriale, si c'est la permanence qui cède, la loi est territoriale. », BATTIFOL et LAGARDE, op. cit. n°233, voir aussi *supra* note 43 sous n° 27 et note 283 sous n°183.

⁵³⁵ « Lois qui établissent des incriminations », DONNEDIEU de VABRES , op. cit. p. 193.

⁵³⁶ DONNEDIEU de VABRES , op. cit. p. 197.

sûreté⁵³⁷. Ainsi, pour lui, dans toutes les hypothèses où ce type de lois a vocation à s'appliquer, la *lex fori* doit être écartée au profit d'une loi pénale étrangère eu égard à la nature particulière des infractions en cause, la mise en application de lois de garantie individuelle primant de fait la *lex fori* qui est ici aussi la *lex loci delicti*.

Le concept n'est pas critiquable en soi car il est assorti de louables intentions et d'intentions tout aussi louables que celles qui font prévaloir systématiquement la *lex loci delicti*⁵³⁸. Le problème résulte du fait que la distinction entre les lois de protection sociale et les lois de garantie individuelle⁵³⁹ est bien complexe à mettre en œuvre car elle ne recouvre pas la réalité du droit pénal. « Toutes les lois pénales participent, en effet, des deux catégories à des degrés variés. Le législateur n'aurait, à l'évidence, pas incriminé certains actes s'il n'avait voulu assurer une protection sociale en punissant la violation de ses directives⁵⁴⁰ ». Ainsi, la mise en œuvre du concept est critiquable et critiquée. La distinction ne résiste pas à l'analyse⁵⁴¹, l'opinion professée ne peut donc être retenue.

335. De fait, en ce qui concerne les conditions préalables, force est de constater que la loi étrangère en question est une loi civile étrangère et non une loi pénale étrangère. Elle n'entre donc pas dans le thème de notre étude qui est d'examiner une éventuelle application de la loi pénale étrangère par le juge français. Cette première justification apportée par Donnedieu de Vabres doit être écartée d'autant que l'auteur invoquait, à l'appui de son raisonnement, une jurisprudence fondée sur le droit de la famille (bigamie..) et que « même dans le domaine des infractions contre la famille, les lois pénales demeurent des lois de protection sociale : c'est

⁵³⁷ « Lois qui soumettent la rigueur de la peine et les effets de la condamnation à certaines modalités, en tenant compte de la personnalité dangereuse du délinquant », DONNEDIEU de VABRES, op. cit. p. 204.

⁵³⁸ Pour une application systématique de la *lex loci delicti*, il faut une raison valable et une raison supérieure à tous les autres systèmes proposés.

⁵³⁹ La distinction opérée par DONNEDIEU de VABRES a été empruntée à PILLET, *Principes de droit international privé.*, 1903, p. 285 et s.

⁵⁴⁰ Jacques LE CALVEZ, RSC 1980. 337., op. cit. p. 342.

⁵⁴¹ André HUET, op. cit. p. 638 : « cette thèse s'est heurtée, à juste titre, aux plus vives critiques ».

à la loi de la société lésée de les définir et de les sanctionner pénalement⁵⁴²». Ainsi, « la disposition relative au statut personnel est prise en considération dans une optique tout à fait particulière. Elle sert à définir les comportements contraires à l'intérêt général, intérêt matériel ou moral, et perd en quelque sorte une part de son contenu individuel. (..) Il ne s'agit nullement d'une manifestation du nationalisme (..) mais d'une solution commandée par le but de la règle répressive⁵⁴³ ».

336. Quant aux lois qui fixent l'âge de la majorité pénale⁵⁴⁴, outre le fait qu'admettre une distinction heurte le principe de non discrimination entre nationaux et étrangers⁵⁴⁵, ici encore « les règles qui fixent la majorité pénale tendent à établir, par des moyens appropriés, la sécurité du groupe social ; elles sont donc elles aussi des lois de protection sociale⁵⁴⁶ ».

337. Enfin, quant aux lois qui régissent le régime des mesures de sûreté, il faut convenir qu'elles ont pour but de remédier à un état dangereux et de faciliter le relèvement du délinquant, c'est donc pour mieux assurer la protection du groupe social qu'elles sont mises en œuvre, même si en

⁵⁴² André HUET, *ibid.* p. 640.

⁵⁴³ Jean STOUFFLET, RIDP. 1960. 515., *op. cit.* p. 519.

⁵⁴⁴ Sur la question de l'application de la loi personnelle de la victime eu égard à sa minorité (solution préconisée par Donnedieu de Vabres), ce serait oublier là aussi que cette appréciation doit se faire en fonction de la loi française car c'est la société française qui a été troublée. Et si certains auteurs émettent un avis opposé, ils se réfèrent à la minorité civile, ce qui n'est pas notre domaine (LEVASSEUR et DECOCQ, Rép. international, V^o Conflits de lois en matière pénale., 1^{ère} éd., 1968, n^o17).

Contra : BOUZAT et BREDIN, *op. cit.* p. 511 : « on conçoit encore que l'on applique la loi personnelle de la victime lorsque pour incriminer un fait, la loi pénale prend en considération l'âge de la victime ». Cet avis est motivé semble-t-il par le fait qu'il « serait déraisonnable et injuste de maintenir strictement la condition d'âge ou de minorité, quelle que soit la nationalité de la victime ». Il n'en demeure pas moins que la question est aussi un problème de protection sociale, plus que de garantie individuelle, car la victime, en se rendant sur le sol français, a accepté de ne plus être soumise aux dispositions de sa loi d'où alors une protection seulement (si c'est le cas) égale à celle que l'on accordera à un national.

⁵⁴⁵ « Il serait à l'évidence, choquant de soumettre deux délinquants de nationalité différente à des régimes juridiques distincts alors que leurs agissements ont été totalement identiques », Jacques LE CALVEZ, p.354.

⁵⁴⁶ André HUET, p. 640.

Pour la même opinion, BOUZAT et BREDIN, RIDP 1980. 496., *op. cit.* p. 512 : « autant et plus, elle a pour objet la protection de la société. Nous estimons donc avec la majorité des auteurs, que la loi fixant la majorité pénale est territoriale ».

l'occurrence, « la défense de la société s'identifie avec l'amélioration de l'individu⁵⁴⁷ ».

Nous pouvons donc en conclure que si « la loi nationale pourrait recevoir application dans le cas où la loi est principalement préoccupée par la personne du délinquant ou de sa victime (...) ce ne sont là que de rares hypothèses: la grande majorité des lois pénales a pour objet principal, sinon exclusif la protection sociale et à ce titre la territorialité des lois pénales doit demeurer le principe⁵⁴⁸ ».

2. Application de la loi territoriale

338. Un autre argument plaide en la faveur de l'application unique de la *lex loci delicti*: la volonté de ne pas laisser la répression d'une infraction dépendre d'un élément aléatoire, lui-même incompatible avec une certaine version du principe de légalité des délits et des peines. La loi applicable doit être connue à l'avance par le futur auteur d'une infraction et ne doit pas pouvoir en quelque sorte être « choisie » par un délinquant. Ainsi, soit un Etat X sur le sol duquel un individu de nationalité Z commet une infraction au préjudice d'une victime de nationalité T. Selon que l'auteur de l'infraction reste en X, se rende en Z ou aille en T, il devra répondre de son geste en fonction de trois lois distinctes qui auront vocation à s'appliquer plus ou moins exclusivement par rapport à la législation de l'Etat X, lieu de l'infraction, mais dans toutes les hypothèses de façon différente que la loi de l'Etat X. Or c'est l'ordre public de ce territoire qui a été violé et seulement à une moindre mesure celui de Z ou de T. De plus, dans ce schéma classique de solidarité des compétences, où l'on ne recherche pas quel est le but de la loi pénale, on peut constater

⁵⁴⁷ André HUET, op. cit. p. 642.

Même opinion pour BOUZAT et BREDIN, p. 514. Ces mesures sont imposées par « la défense du groupe social. Or seule, la loi territoriale nous paraît compétente pour en décider et ce nous paraît même son domaine d'élection ».

⁵⁴⁸ BOUZAT et BREDIN, p. 514.

que l'auteur de l'infraction a le choix entre trois lois et peut donc chercher activement à se rendre dans le pays où la sanction est la moindre.

339. Si à ce moment là, la répression n'est pas aléatoire pour l'auteur de l'infraction, elle est bien pire car elle procède d'un calcul des forces en présence et d'une utilisation positive des égoïsmes étatiques. Dans l'hypothèse où l'auteur de l'infraction n'est pas aussi rusé, la répression dépend d'un aléa : la rapidité d'un pays quelconque à appréhender le délinquant en question.

Donc le dogme de la solidarité des compétences ne permet pas l'uniformisation de la répression et laisse place à des disparités en fonction des différentes lois. L'application unique de la loi pénale du lieu de l'infraction, car c'est à cet endroit que l'ordre public a été troublé le plus gravement, permet cette uniformisation, écarte l'aléa et signifie que le dogme de la solidarité des compétences est contraire au principe d'une bonne justice.

Ainsi, si pour une infraction commise en France, on peut refuser d'appliquer la loi pénale étrangère, ce n'est pas par fidélité à un dogme suranné mais par une analyse rigoureuse du but de la loi pénale, analyse qui implique l'application de la loi pénale étrangère pour une infraction commise à l'étranger.

340. Il nous reste à étudier un cas d'application limite. Si pour le professeur Fournier, une infraction entièrement localisée sur le territoire d'un seul Etat « se voit naturellement soumise à la loi locale du lieu de commission, ce n'est plus en tant que *lex fori* ni par effet réflexe⁵⁴⁹ ». La *lex loci delicti* apparaît « comme la loi naturelle⁵⁵⁰ ». Cependant l'auteur soulève immédiatement le problème, sans en apporter de solution, de la

⁵⁴⁹ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., 1998, op. cit. n°17.

⁵⁵⁰ Alain FOURNIER, *ibidem*.

localisation partielle⁵⁵¹ tout en argumentant pour le rejet de la solidarité des compétences judiciaire et législative⁵⁵².

Une solution semble envisageable en l'application de la loi de l'enracinement social défendue par le professeur Renée Koering-Joulin. Dans sa thèse, cet auteur critique vigoureusement la théorie de l'ubiquité et suggère que ne soit localisée en France que l'infraction dont l'acte matériel a été accompli, à l'exclusion de l'infraction dont le seul résultat s'est manifesté en France. Cependant, « l'auteur estime qu'il convient de corriger ce « territorialisme étroit » ou cette « localisation abstraite » en réintégrant le résultat dans le raisonnement⁵⁵³ ». C'est alors qu'il faut prendre en compte les données sociales ou sociologiques de l'infraction et donc « l'enracinement social ».

« Comment un tel enracinement sociologique peut-il se concevoir ? Comme la coïncidence du lieu de production des dommages et de la loi personnelle des parties (voire de l'une d'elles à certaines conditions). Dans la mesure où le lieu de manifestation d'un comportement délictueux apparaîtra comme le théâtre accidentel de la commission de l'infraction, il importera d'examiner si le lieu où survient le résultat n'est pas l'expression privilégiée de la « matérialité adéquate » de cette infraction. Il appartiendra alors au juge de faire loyalement application de cette loi.. (même si) elle est une loi étrangère⁵⁵⁴ ». Pour l'auteur, la loi de l'enracinement social ne doit trouver à s'appliquer qu'à la condition que « le lieu de l'action apparaisse comme le théâtre accidentel de la commission du délit⁵⁵⁵ ».

⁵⁵¹ Alain FOURNIER, op. cit. n°19 : « d'une législation à l'autre en effet, la définition légale de l'infraction sera plus ou moins sujette à variation, de sorte qu'un délit considéré comme entièrement localisé dans un Etat d'après la loi de cet Etat peut être tenu pour situé partiellement seulement dans ce même Etat en fonction de la loi d'un autre Etat ».

⁵⁵² Alain FOURNIER, op. cit. n°25 : « quel que soit le juge saisi, il semble que la détermination de la loi applicable n'ait plus à coïncider avec celle du for ».

⁵⁵³ André HUET, *Pour une application limitée de la loi pénale étrangère.*, op. cit. p. 644 en citant madame Renée KOERING-JOULIN.

⁵⁵⁴ Renée KOERING-JOULIN, thèse précitée, p. 350 et 357, 358.

⁵⁵⁵ Renée KOERING-JOULIN, op. cit. p. 394.

341. Mais pourquoi ne pas reprendre cette théorie pour régler le problème de la localisation partielle d'une infraction en France et choisir en fonction de l'enracinement social, la loi qui devra régir le système de répression ? Ainsi après avoir constaté qu'une infraction n'est localisée que partiellement sur un Etat et que donc plusieurs *lex loci delicti* sont en concours, nous pourrions étudier l'enracinement social de l'infraction et par exemple la nationalité de l'auteur pour trouver la loi qui doit régler le problème , sous-entendue la loi de l'auteur de l'infraction qui sera nécessairement aussi une *lex loci delicti*, mais peut-être pas la nôtre.

Selon nous, si par exemple, une infraction est partiellement localisée en France et partiellement localisée en Allemagne et si l'auteur de l'infraction est Allemand, la loi allemande aura vocation à se saisir de l'infraction et à être éventuellement appliquée par les juridictions françaises, ce qui ferait l'économie par exemple d'une coûteuse procédure d'extradition.

Ainsi en toute hypothèse, la loi appliquée par le juge pénal ne doit pas être la *lex fori* mais seulement la loi qui correspond au pays où le trouble à l'ordre public a été le plus important (c'est-à-dire la loi du lieu où l'infraction a été commise et en cas de concours en additionnant le critère de la nationalité de l'auteur de l'infraction par exemple à celui de la *lex loci delicti*, en s'appuyant de fait à titre subsidiaire sur l'enracinement social de l'infraction).

342. Dans la même optique, l'idée de loi la mieux adaptée au rapport de droit considéré a été défendue en doctrine⁵⁵⁶. C'est une autre terminologie pour un même concept : celui que la *lex fori* ne doit pas être utilisée en tant que telle et qu'il faut toujours rechercher la loi la mieux adaptée au rapport de droit considéré, en l'occurrence celle du lieu de l'infraction. Cela suppose une possible application de la loi pénale étrangère par le juge français lorsque l'infraction a été commise à l'étranger, ce système

⁵⁵⁶ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 340 et s.

étant concevable au nom de l'appartenance des différents Etats à la « même communauté éthique⁵⁵⁷ ».

En effet, « au sein d'une même communauté éthique d'Etats, un comportement donné constituera une infraction, quel que soit le système juridique dans lequel on se place. Dès lors, il n'existe plus aucun obstacle à l'application par le juge répressif d'une loi pénale étrangère⁵⁵⁸ ». Nous faisons nôtre cette analyse. Dès lors, il convient d'examiner quelle loi est la mieux adaptée au rapport de droit considéré lorsqu'une infraction a été commise à l'étranger.

Cette recherche passe par l'analyse du trouble à l'ordre public résultant de l'infraction commise. Il semble alors que le lieu de commission de l'infraction est quasiment toujours le critère prépondérant et implique séparation des compétences judiciaire et législative pour les infractions perpétrées à l'étranger.

B. INFRACTIONS COMMISES A L'ETRANGER

343. Le triptyque classique doit être envisagé. Il nous faut analyser quel est le but de la loi pénale lorsque nous mettons en œuvre notre compétence réelle (1), notre compétence universelle (2) ou notre compétence personnelle (3) et ainsi trouver quelle est la loi la mieux adaptée au rapport de droit considéré.

1. Compétence réelle

344. Il nous faut distinguer la compétence réelle *stricto sensu* (a) de la compétence réelle universalisée (b).

⁵⁵⁷ Jacques Le CALVEZ, *ibid.* p. 340 : « l'infraction apparaît comme portant avant tout préjudice à cette communauté éthique : la notion de l'intérêt de l'Etat à la répression peut s'estomper au profit de la recherche, selon la méthode préconisée par Savigny, de la loi la mieux adaptée au rapport de droit considéré ».

⁵⁵⁸ Jacques Le CALVEZ, *op. cit.* p. 354.

a. La compétence réelle *stricto sensu*

345. La compétence réelle est encore appelée « principe protecteur étatique ⁵⁵⁹ », elle a un fondement et des modalités d'application proches du principe territorial ⁵⁶⁰. Selon une doctrine unanime, il faut en la matière, et eu égard précisément à la particularité des enjeux en cause et de la nature des intérêts protégés, préserver le dogme de la solidarité des compétences. Il est nécessaire pour qu'un Etat puisse protéger ses intérêts fondamentaux, dans l'hypothèse justement où l'infraction aura été localisée matériellement en territoire étranger, qu'il le fasse selon ses lois et uniquement ses lois, car celles-ci sont seules à même de définir d'une part les intérêts fondamentaux en question et d'autre part, de trouver une répression appropriée.

A cet égard, la *lex fori* doit toujours trouver application, quand bien même il ne s'agit pas de la *lex loci delicti*, car elle est la réponse à un impératif : celui de la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat. Ainsi, on peut admettre que la loi de l'Etat victime de l'infraction commise à l'étranger ne soit pas choisie « en tant que *lex fori* mais en tant que loi normalement applicable au rapport juridique concerné ⁵⁶¹ ». Dès lors, pour résumer la pensée de M. Le Calvez, que nous faisons nôtre, seule l'exercice de la compétence réelle doit déroger au principe selon lequel la *lex loci delicti* doit toujours être appliquée car c'est la *lex fori*, en l'espèce, qui correspond le mieux au rapport de droit envisagé ⁵⁶².

⁵⁵⁹ Hans SCHULTZ, *Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger.*, RSC 1967. 305., op. cit. p. 320.

⁵⁶⁰ Voir analyse *supra* n°239.

⁵⁶¹ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 362.

⁵⁶² Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 363 : « au sein d'une communauté d'Etats protégeant les mêmes valeurs, il serait possible de rechercher la loi la mieux adaptée au rapport de droit dès que l'infraction présente un élément d'extranéité : la loi française ne devrait jamais pouvoir être appliquée en tant que *lex fori*, mais seulement soit en tant que loi territoriale, soit en tant que loi applicable par déclaration unilatérale de volonté du législateur, en cas de compétence réelle ».

346. Un autre argument a été avancé : celui selon lequel le principe protecteur doit être soumis à la loi nationale car la compétence législative se base « sur des considérations du droit matériel. Appliquer le droit pénal à ces faits, c'est faire exécuter les normes du droit en question et maintenir son autorité vis-à-vis des personnes récalcitrantes⁵⁶³ ».

347. Enfin, un autre argument a été avancé à juste titre : « l'idée de légitime défense qui domine le système de réalité de la répression ne saurait s'accommoder d'un quelconque emprunt à une législation étrangère. Il appartient donc à un Etat victime de se confectionner les armes nécessaires à sa survie et non de les importer de l'étranger⁵⁶⁴ ». Cependant, cet auteur explique également que « c'est par le fait d'un véritable effet réflexe que le juge de l'Etat victime fera application de sa propre loi en tant que *lex fori*⁵⁶⁵ ». Nous ne pouvons être d'accord avec cette seconde assertion puisque « l'effet réflexe » implique l'absence de réflexion, voire l'absence de fondement juridique de la solution, à l'instar par exemple de l'effet réflexe qui impose le principe de la solidarité des compétences judiciaire et législative .

Or c'est justement eu égard à la notion de légitime défense, à la nature des intérêts protégés, à l'analyse du rapport de droit considéré que l'on peut affirmer que seule la loi de l'Etat cherchant à protéger ses intérêts fondamentaux doit être appliquée : cette affirmation est basée sur des arguments juridiques et est donc justifiée. Elle ne peut subir l'opprobre de l'automaticité qu'implique le mot réflexe.

348. Une autre question s'impose : pourquoi le professeur Huet n'a-t-il pas évoqué le problème de la compétence réelle dans son article fondateur sur la recherche d'une éventuelle application de la loi pénale

⁵⁶³ Hans SCHULTZ, op. cit. p. 309 – 310. L'auteur oppose le droit matériel qui nécessite l'application de la loi nationale et le droit procédural, qui édicte une compétence subsidiaire, et où l'on doit appliquer la *lex loci delicti*. Cependant, cet auteur inclut dans le droit matériel (et l'application de la loi nationale) la personnalité active.

⁵⁶⁴ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., 1998, op. cit. n° 16.

⁵⁶⁵ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°15.

étrangère⁵⁶⁶ ? Ne peut-on pas se demander quel ordre public est troublé et quelle loi doit donc être appliquée en matière de compétence réelle ? La réponse provient peut-être du fait qu'une réponse claire et précise est impossible. En matière de compétence réelle, l'ordre public du lieu de commission de l'infraction est troublé car une infraction a été commise sur un territoire étranger et conformément à la problématique de la compétence territoriale, l'ordre public sur le territoire duquel une infraction est commise, est troublé. Cependant, en cas de compétence réelle, ce sont les intérêts fondamentaux d'un Etat différent que celui sur lequel l'infraction a été commise, qui ont subi une atteinte. Aussi l'ordre public du pays victime a été non moins troublé, et de façon grave, par la nature même de cette infraction.

La question est donc de savoir si ce trouble dans l'Etat victime est seulement aussi important que le trouble lié au lieu de commission ou s'il est plus important auquel cas la loi de l'Etat victime doit être appliquée, c'est-à-dire la loi française lorsque nous exerçons notre compétence réelle. Puisque un certain nombre d'auteurs se sont volontairement prononcés en faveur de l'application de la loi française, on peut supposer qu'ils estiment que le trouble à l'ordre public français est plus important que le trouble à l'ordre public du pays sur le sol duquel l'infraction a été commise. Le silence du professeur Huet laisse-t-il à penser que son analyse est différente ? Nous ne pourrions l'affirmer. Peut-être que tout simplement la question du degré du trouble à l'ordre public, ne se pose pas en ces termes pour la compétence particulière qu'est la compétence réelle.

349. En la matière, tous les arguments s'équilibrent et il est difficile de faire prévaloir un trouble à l'ordre public sur un autre puisque dans les deux cas, ils sont très importants. Il est difficile de préciser lequel prévaut

⁵⁶⁶ André HUET, *Pour une application limitée de la loi pénale étrangère.*, JDI 1982. 625. L'auteur, à titre liminaire, se contente d'indiquer qu'il est incontestable que les infractions visées dans le cadre de la réalité de la répression « violent directement les intérêts français », op. cit. p. 647. Mais il précise ensuite que « nombreux sont ceux qui suivent le même raisonnement au sujet des autres infractions commises à l'étranger » et démontre le caractère simpliste de cette assertion. Cependant, la démonstration se limite au cas de compétence personnelle et universelle.

sans que l'analyse soit incontestable. D'où certainement le silence du professeur Huet, silence qu'il nous faut partager. Il nous semble qu'effectivement la question du trouble à l'ordre public s'affirme avec une telle évidence que cette dernière ne peut être un critère eu égard à la nature des intérêts en cause. Seule la question alors de la nature des intérêts protégés est importante ici et vient se substituer au critère du trouble à l'ordre public, car en l'espèce, ce sont bien deux Etats qui ont subi ce trouble, de façon différente, mais d'une intensité certainement égale. Dans les deux cas, la répression est légitime, et légitimée par le trouble à l'ordre public.

Néanmoins, une réponse aussi affirmative ne vaut que pour la compétence réelle au sens strict.

b. La compétence réelle universalisée

350. Pour ce qui concerne la compétence réelle universalisée, la réponse inverse doit être apportée car cette compétence est influencée par le système universaliste et se prête aisément à une séparation des compétences judiciaire et législative. « La loi du juge saisi présente toutes les raisons d'être écartées au profit de la loi étrangère⁵⁶⁷ ». La justification apportée est la même que dans les autres hypothèses de dissociation des compétences, c'est également la raison qui pousse à appliquer strictement le principe de solidarité des compétences en matière réelle : pour ce qui concerne la compétence réelle universalisée, les infractions en cause « violent au premier chef un ordre juridique étranger⁵⁶⁸ ». D'autres raisons peuvent être avancées, notamment d'ordre « éthique » puisque « l'application par le juge saisi de sa propre loi apparaît déraisonnable, en ce qu'elle fait encourir le risque de frapper pénalement un fait que l'Etat

⁵⁶⁷ Alain FOURNIER, Rép. international Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°23.

⁵⁶⁸ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°121. Voir aussi JCL International fasc. n°403.20, 1995, n°65.

« victime » ne punit pas ou de prononcer des peines alourdies comparativement à celle qu'édicte l'Etat intéressé⁵⁶⁹ ».

De plus , la séparation des compétences est préconisée « même lorsque les infractions de nature réelle auront été commises en France. (..) le système de la réalité de la répression s'affranchit de toute idée de localisation⁵⁷⁰ ». C'est donc l'exception qui confirme la règle puisque dans cette hypothèse d'infraction localisée en France, le juge français devra écarter sa *lex fori*, qui est aussi la *lex loci delicti*, car le trouble à l'ordre public est le plus évident et donc le plus important, et cela sans qu'on puisse le contester, dans le pays victime de l'infraction réelle universalisée. C'est donc cette loi qui doit être appliquée car elle correspond le mieux au rapport juridique en cause et cela au sein d'Etats partageant la même « communauté éthique ». Nous devons ici nous affranchir du sacro-saint principe du territorialisme de la répression pour une analyse poussée des intérêts en cause et une exploitation stricte des données du problème sans s'appesantir à tout prix sur le caractère territorial de l'infraction.

351. Ainsi, la falsification et la contrefaçon de monnaies nationales ayant cours, ainsi que l'introduction en France de monnaies contrefaites quand bien même il s'agit de monnaies émises par des institutions étrangères⁵⁷¹ se prêtent aisément à l'application d'une loi étrangère « dans la mesure où un Etat étranger est protégé⁵⁷² ».

⁵⁶⁹ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°23.

⁵⁷⁰ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°24.

⁵⁷¹ Convention de GENEVE (20 avril 1929) prohibe toute discrimination en fonction de l'origine de la monnaie.

Remarquons que le passage à la monnaie unique au sein de l'Union européenne et la disparition corrélative des monnaies nationales pourraient servir de catalyseur pour la mise en place effective d'une compétence réelle universalisée (qui fasse de le jeu de la règle *non bis in idem*) en la matière. Oserions-nous concrètement conserver les dispositions de l'article 113-10 NCP telles quelles et réprimer en France, après une première condamnation à l'étranger, la falsification de l'euro à l'étranger en arguant de la nécessaire protection de nos intérêts fondamentaux ? Souhaitons qu'une prise de conscience, au moins à ce niveau, se fasse rapidement.

⁵⁷² Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International fasc. 403. 20, op. cit. n°69.

Aussi puisque derrière la notion de compétence réelle universalisée se cache l'idée de coopération internationale et d'entraide répressive, au nom desquelles la recherche de l'ordre public protégé et violé doit prévaloir et entraîne ainsi la séparation des compétences judiciaire et législative. La même solution *a fortiori* doit être appliquée pour la compétence universelle.

2. Compétence universelle

352. « Nombreux sont les auteurs qui, à juste titre, soulignent que le système de l'universalité de la répression implique une dissociation des compétences judiciaire et législative⁵⁷³ ». Il faut ainsi constater que l'ordre public français n'a pas été troublé par cette infraction et que la France peut être compétente juste parce qu'elle a procédé à l'arrestation du délinquant⁵⁷⁴. C'est ce que le professeur Huet appelle « le caractère accidentel de la *lex fori*⁵⁷⁵ ». Mais cette solution doit aussi être retenue au nom du principe de légalité des délits et des peines qui implique une certaine présupposition de la sanction. Or appliquer la loi du for, qui n'a bien souvent aucun rapport avec l'infraction, exclut ce caractère. Ainsi, « s'il est utile qu'un délinquant arrêté en France puisse être poursuivi devant un tribunal français, il est inadmissible qu'il soit jugé en vertu de la loi pénale française dont l'application était pour lui imprévisible⁵⁷⁶ ».

Face à ces hypothèses où les solutions, ainsi que leur fondement, sont nettes et tranchées, faisant ainsi l'unanimité en doctrine, il nous faut envisager la question plus sensible de la compétence personnelle.

⁵⁷³ Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International fasc. 403-20, op. cit. n°89. Et de citer : DONNEDIEU de VABRES, op. cit. p. 122 et 162 ; André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit. p. 120 ; André HUET, *Pour une application limitée de la loi pénale étrangère.*, op. cit. p. 653 ; Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°34 et 35.

⁵⁷⁴ Hans SCHULTZ, op. cit. p. 310 : pour la compétence universelle, ce sont « des conditions d'ordre procédural » qui motivent cette compétence et donc il n'est pas « question de défendre l'autorité du droit national ».

⁵⁷⁵ André HUET, op. cit. p. 655.

⁵⁷⁶ André HUET, *ibidem*.

3. Compétence personnelle

353. Assurément⁵⁷⁷ en matière de compétence personnelle, l'ordre public de l'Etat où l'infraction a été commise, a été gravement troublé. Ainsi, au nom de la territorialité de la répression, l'Etat en question est parfaitement habilité à réprimer l'infraction. Il nous faut alors nous demander quel est le fondement de notre répression, fondement sur lequel s'appuie l'exercice de la compétence personnelle, active ou passive. Ce fondement, c'est la solidarité et « contrairement au point de vue souvent exprimé, les juridictions françaises ne se désintéressent pas de la situation et ne manifestent nul égoïsme à l'égard des infractions qui troublent une société étrangère⁵⁷⁸ ». En la matière, pour une infraction commise à l'étranger, soit par un Français, soit au préjudice d'un Français, l'ordre public français n'a pas été troublé.

L'infraction en tant que telle, viole l'ordre public du pays sur le sol duquel l'infraction a été commise car c'est à cet endroit que tous les éléments de l'infraction sont concentrés et que le plus souvent, le résultat se fait ressentir. « Dans ces conditions, et s'il est vrai que le but du droit pénal français est seulement de protéger les intérêts français, le dogme de l'indissociabilité des compétences judiciaire et législative est mis à bas⁵⁷⁹ ». La loi pénale française « doit être évincée au profit d'une loi pénale étrangère, seule apte à indiquer la façon dont l'ordre public étranger peut être défendu⁵⁸⁰ ».

⁵⁷⁷ Sous réserve que le fait soit constitutif d'une infraction au lieu de commission. Il est vrai que nous pouvons être amené à réprimer en France un fait licite au lieu de commission. La compétence personnelle aussi bien active que passive n'exige pas la condition de double incrimination au cas de crime. Il en va de même au cas de compétence personnelle passive pour les délits. Cf. voir *supra* n° 296.

⁵⁷⁸ André HUET, *op. cit.* p. 651.

⁵⁷⁹ André HUET, *ibidem*.

⁵⁸⁰ André HUET, *ibidem*. Pour la même opinion, voir Alain FOURNIER, *Rép. International Dalloz*, V° Conflits de lois., *op. cit.* n°28 et s. : « le système personnaliste s'accompagne volontiers d'un abandon de la solidarité des compétences judiciaire et législative ».

354. Le caractère subsidiaire de la compétence personnelle, et le jeu de la règle *non bis in idem*, sont les meilleures preuves que le législateur français est bien conscient du fait que son ordre public n'a pas été troublé par l'infraction en cause. « Cette disposition démontre que la loi française n'est pas considérée comme normalement applicable au rapport de droit litigieux mais qu'elle intervient en tant que *lex fori* : la loi normalement applicable est, en effet, la loi étrangère⁵⁸¹ ». Les mêmes conséquences doivent être tirées de la constatation selon laquelle la France exige la double incrimination pour punir un délit commis par un Français à l'étranger. Il faut donc en déduire qu'en cas de compétence personnelle, la loi la mieux adaptée au rapport en question est bien la loi étrangère, et il semble que le législateur français, en admettant la subsidiarité de la compétence personnelle, en ait quelque peu conscience. Il est regrettable que toutes les conséquences ne soient pas tirées de ce demi-aveu⁵⁸².

355. Il reste à évoquer avant de conclure une opinion dissidente qu'il convient d'étudier. Pour le professeur Fournier, en cas de double rattachement personnel (actif et passif) pour une infraction intentionnelle commise à l'étranger, il convient d'exclure la loi pénale étrangère au profit de la *lex fori* en tant que loi personnelle⁵⁸³. La *lex loci delicti* doit dans cette hypothèse, se faire supplanter par la *lex fori*. « En cas de délit intentionnel et de crime, le double rattachement personnel ne justifierait-il

⁵⁸¹ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 362. Cet auteur argue également du fait, pour justifier son point de vue, que la France est compétente (au nom de la compétence personnelle active) car elle n'extrade pas ses nationaux. Ainsi, « le législateur n'attribue compétence aux juridictions françaises qu'à titre subsidiaire lorsque la loi étrangère, reconnue comme normalement applicable, n'a pas pu pour des raisons de fait ou de droit recevoir son application intégrale ».

⁵⁸² Il est à noter qu'un auteur (Hans SCHULTZ) préconise une solution différente selon qu'il s'agisse de la compétence personnelle active ou passive. Pour la première, qui appartient au droit matériel, la loi nationale en tant que *lex fori* doit être appliquée. Pour la seconde, qui appartient au droit procédural, la *lex loci delicti* doit jouer et les compétences peuvent donc être dissociées. Cependant cet auteur n'avance aucune explication à ce *distinguo* et se contente d'énumérer ce qu'est pour lui le droit matériel et le droit procédural et d'en tirer les conséquences. Il note seulement que la compétence personnelle active « correspond aux intérêts propres du pays national » (Hans SCHULTZ, *Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger*, RSC 1967. 305, op. cit. p. 315). Sans plus d'arguments, il nous est impossible de se rallier à cette opinion.

⁵⁸³ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°51.

pas un abandon de la loi pénale étrangère de l'Etat du lieu de commission pour un retour à la loi du juge saisi qui s'appliquerait non point en tant que *lex fori*, mais à titre de loi personnelle commune ? Il y aurait là, semble-t-il, raison de faire appel à la théorie de « l'enracinement social »⁵⁸⁴.

Il nous semble que la référence à la théorie de l'enracinement social, défendue et préconisée par le professeur Renée Koering-Joulin, est ici abusive et inopportune car cette théorie a été pensée et envisagée uniquement pour les infractions commises en France en tant que réponse à la critique de la théorie de l'ubiquité. Or ici par hypothèse, nous évoquons des infractions commises à l'étranger.

Cependant cette théorie est transposable et il ressort évidemment de la solution préconisée par le professeur Fournier que le choix de la loi pénale française se fait uniquement par référence au double rattachement personnel et non eu égard au dogme de la solidarité des compétences. Il y a donc ici le même regard et la même volonté d'analyser la situation, en oubliant les schémas préconçus. Il ne s'agit cependant pas de la théorie *stricto sensu* de l'enracinement social. D'ailleurs, le professeur Fournier évoque fort à propos « le centre de gravité⁵⁸⁵ » de l'infraction qui est situé dans le pays où victime et auteur sont ressortissants : c'est donc une nouvelle théorie qu'il défend, celle peut-être du « centre de gravité » dont l'esprit est analogue à celle de l'enracinement social.

356. Quant au fond, nous restons sceptique. Même dans l'hypothèse évoquée, c'est l'ordre public étranger qui a été troublé par l'infraction commise sur ce territoire. C'est donc la loi pénale étrangère qui doit être utilisée pour réprimer l'infraction, en tenant compte par exemple du déplacement intentionnel du lieu de commission de l'infraction vers l'étranger pour frauder la loi française. Cependant, là encore, le professeur Fournier évoque une idée originale qu'il faut envisager : selon lui, la loi personnelle doit s'appliquer indépendamment de toute idée de double

⁵⁸⁴ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°52.

⁵⁸⁵ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., *ibid.*

incrimination. « De cette sorte, le fait intentionnel impunissable dans l'Etat où il fut perpétré mais qui transgresserait la loi commune à auteur et victime demeurerait punissable⁵⁸⁶ ». La solution est logique, elle a pour mérite d'éviter les conflits négatifs de compétence. Mais est-elle opportune ? L'ordre public étranger n'a pas été troublé. Est-il normal de réprimer cette « infraction » accomplie en toute légalité dans le pays en question ? Il nous semble que non, l'impunité est ici pour nous légitime.

357. Cependant, là encore, l'auteur évoque l'idée du « guet-apens⁵⁸⁷ », c'est-à-dire lorsque le délinquant utilise la frontière pour commettre un délit pensé en France au détriment d'un Français qu'il arrive à attirer à l'étranger. Si l'idée est séduisante et permettrait d'appuyer le bien-fondé de la théorie, il nous faut l'écarter car ce cas limite ne peut s'envisager raisonnablement et ne peut se présenter que fortuitement au sein d'Etats partageant la « même communauté éthique ». C'est par définition parce que les Etats partagent les mêmes valeurs, c'est parce qu'ils font partie de la même communauté éthique que l'application de la loi pénale étrangère est envisageable.

Or au sein de ces Etats, tous les comportements illicites sont prohibés plus ou moins de la même façon et il ne peut se présenter qu'accidentellement des hypothèses où un fait est licite dans un pays et illicite dans un autre (toujours sous réserve que les Etats appartiennent à la même communauté éthique, sachant que si ces hypothèses se présentent, elles ne peuvent se pérenniser car l'appartenance à la même communauté éthique impliquera une nécessaire harmonisation des incriminations pénales nationales pour les différences minimales qui malgré tout auraient pu exister). Nous écartons donc fermement cette hypothèse et maintenons notre opinion initiale : en cas d'infraction commise à

⁵⁸⁶ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°53.

⁵⁸⁷ Alain FOURNIER, *ibid* : « toute idée de fraude n'est point ici exclue : ce que réprime le droit national peut-il impunément se commettre en territoire étranger, où l'auteur aura pu attirer sa victime au moyen d'un guet-apens ». L'auteur réserve cette hypothèse aux infractions intentionnelles.

l'étranger, la loi pénale étrangère doit s'appliquer en tant que *lex loci delicti* et parce que c'est l'ordre public étranger qui a été violé.

Enfin, à tout le moins et pour répondre à l'hypothèse étudiée, nous pourrions envisager la création en France d'une incrimination pénale *ad hoc* de fraude à la loi qui reprendrait précisément l'hypothèse envisagée. Serait une infraction localisée en France, et donc punissable par la loi française au titre de la compétence territoriale, toute volonté « d'utiliser » un autre Etat en tant que lieu de commission d'une infraction pour se soustraire à une punition en France ou pour amoindrir la sanction par rapport à ce que la France prévoit si cette infraction avait été commise sur le sol français.

358. Il nous faut donc conclure en remarquant que dans un certain nombre d'hypothèses, la loi pénale étrangère devrait être appliquée par nos juridictions car les infractions en cause ont troublé, et cela au premier chef, l'ordre public étranger. Pourquoi alors maintenir notre compétence si l'on mène ce raisonnement à son terme ? Pourquoi alors ne pas tout simplement maintenir en France qu'une compétence territoriale et une compétence réelle ? Parce que tout simplement, les autres compétences répondent à une exigence de coopération internationale et que la multiplication des compétences permet un maillage serré ayant pour but de diminuer les conflits négatifs de compétence et l'impunité corrélative. Le dogme de la solidarité des compétences est donc battu en brèche . Il serait de bonne pratique d'appliquer une loi pénale étrangère en France . Voyons de quelle façon cette révolution pourrait être menée.

SECTION 2. L'APPLICATION CONCRETE D'UNE LOI PENALE ETRANGERE

359. Eu égard au but de la loi pénale et en considérant le rapport de droit soumis à l'analyse, il apparaît clairement que la loi pénale étrangère a

vocation à être appliquée par nos magistrats⁵⁸⁸. Cependant, ceux-ci doivent également faire face à notre ordonnancement juridique interne et aux règles édictées par le NCP et le CPP pour le même rapport de droit. Il importe donc de savoir comment résoudre l'inévitable conflit qui va surgir, entre les dispositions des codes français et l'application de la loi étrangère. Dans bien des cas, et c'est tout l'intérêt de la mise en œuvre de la loi pénale étrangère, des divergences vont apparaître. Que doit alors faire le juge face à des solutions différentes, voire antinomiques ?

360. La question est importante car le véritable enjeu est de savoir dans quelle mesure concrète la loi pénale étrangère pourrait être appliquée en France, ce qui pourrait être fait et ce qui ne doit pas être fait, eu égard notamment au principe de légalité des délits et des peines, principe qui doit être appliqué quel que soit le lieu de l'infraction et quel que soit l'élément d'extranéité. Aussi pour mettre en œuvre ce principe, il importe de se demander si la *lex fori* doit être complètement évincée au profit de la loi pénale étrangère, ou si une application cumulative des deux lois doit être envisagée (§ 1). La réponse ne peut être apportée que dans l'optique d'une application la plus juste du principe de légalité des délits et des peines, principe directeur en la matière, qui va devoir servir de fil conducteur tout au long de l'analyse.

Par ailleurs, le problème de l'application ou non de la loi pénale étrangère ainsi que les modalités de mise en œuvre ne doit pas nous faire oublier la problématique du non-droit et la gestion des conflits de compétences. Il est alors temps de nous demander, puisque nous avons conclu à une nécessaire application de la loi pénale étrangère, si celle-ci aura une incidence ou non sur les conflits de compétence et si elle permet de les éviter ou de les amoindrir (§ 2).

Nous envisagerons donc successivement la question de l'exclusion de la *lex fori* en cas de concours avec la loi pénale étrangère, puis celle de

⁵⁸⁸ La question n'est donc pas ici celle de la simple prise en compte de la loi étrangère. En l'occurrence, pour M. SCHULTZ « si l'application de la *lex loci delicti* commisi au fait commis à l'étranger n'est pas prévue comme telle, il faudrait – la compétence selon le principe protecteur étatique exceptée - tout au moins tenir compte de la loi étrangère si elle est plus favorable à l'inculpé », op. cit. p. 329.

l'incidence de l'application de la loi pénale étrangère sur les conflits de compétences judiciaires.

§ 1. L'EXCLUSION DE LA LEX FORI ?

361. Le principe de légalité des délits et des peines doit gouverner la prise de décision en ce qui concerne l'exclusion ou non de la *lex fori*. La doctrine se prononce toujours en faveur de la projection de ce principe (A). Dès lors, cette projection pour une doctrine majoritaire entraîne la prise en compte de la *lex fori* quand bien même il y a application de la loi pénale étrangère, au nom d'une bonne application du principe de légalité des délits et des peines.

Cependant, nous ne partageons pas cette analyse et nous nous prononçons pour une exclusion systématique de la *lex fori* (B), exclusion qui se conjugue cependant avec le respect strict du principe de légalité. Nous étudierons donc la position de la doctrine majoritaire, puis nous en dresserons une critique circonstanciée.

A. LA « PROJECTION⁵⁸⁹ » DU PRINCIPE DE LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES

362. C'est « l'idée de prévisibilité qui se trouve à la base du principe de légalité⁵⁹⁰ », or c'est précisément parce qu'une infraction a été commise à l'étranger (par hypothèse) que la loi pénale étrangère a vocation à s'appliquer, puisque la prévision légitime et naturelle de l'auteur est que cette infraction est soumise à la loi du pays sur le sol duquel elle a été commise. La territorialité de la répression a en effet une valeur universellement connue et unanimement admise. La loi territoriale répond donc à cette exigence de prévisibilité.

⁵⁸⁹ Alain FOURNIER, Rép. international Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°37.

⁵⁹⁰ STOUFFLET, op. cit. p. 516.

Aussi l'affirmation soutenue selon laquelle « un tel système serait contraire au principe de légalité des délits et des peines⁵⁹¹ » doit être écartée. « Lorsque la compétence des juridictions provient de la nationalité de l'agent, la loi qui lui aurait été normalement appliquée est la loi étrangère, en tant que loi territoriale : dans ces conditions, il n'est nullement contraire au principe de légalité de faire application de cette loi pénale étrangère. L'agent savait, en effet, qu'au lieu où il les a perpétrés, ses comportements étaient prohibés. De même, c'est à la loi territoriale qu'il convient de se référer pour préciser les agissements commis à l'étranger, à l'encontre d'une victime de nationalité française, constituant l'infraction pénale justiciable des juridictions françaises. Dans l'un et l'autre cas, la sanction indiquée par la loi étrangère était beaucoup plus prévisible car la compétence des juridictions françaises n'est que fortuite ; l'application de la loi française apparaît ainsi imprévisible et contraire au principe de légalité⁵⁹² ».

363. La projection en droit pénal international du principe de légalité conduit pour la plupart des auteurs à la mise en relation de deux lois contradictoires pour trouver celle qui va s'appliquer tout en respectant les prescriptions de l'autre. Ainsi, pour le professeur Fournier, « il ne semble guère concevable de transposer en droit pénal international les solutions traditionnelles du droit international privé en faisant appel à des règles de conflits de lois bilatérales attributives de compétence soit à une loi étrangère, soit à la loi du for, mais toujours à une seule loi⁵⁹³ ». Selon cet auteur, le conflit de lois se résout « par l'amalgame inévitable de deux lois⁵⁹⁴ » ou encore « la mise en œuvre cumulative de deux lois pénales⁵⁹⁵ ».

⁵⁹¹ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 364.

Réf. : « Rapport B. Jofé au 2^e congrès international de droit pénal. Bucarest 1929., Ed. Godde, 1930, p.187 et s., op. cit. p. 188 et s. »

⁵⁹² Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 365.

⁵⁹³ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V^o Conflits de lois., op. cit. n^o38.

⁵⁹⁴ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V^o Conflits de lois., op. cit. n^o40.

⁵⁹⁵ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V^o Conflits de lois., op. cit. n^o57.

La raison avancée est le « rôle prépondérant de la notion d'ordre public dans le domaine répressif⁵⁹⁶ », ce que l'on ne conteste pas tout en remarquant qu'il n'y a pas plus de précision et que la référence à l'ordre public est bien commode. Il nous semble que cela mériterait néanmoins davantage d'explications. De cet inévitable amalgame, deux conséquences concrètes sont à déduire quant à l'application de la loi pénale étrangère : doit être remplie la condition de double incrimination (1) donc que la *lex fori* incrimine également le fait délictueux commis à l'étranger ; et doit être aménagée application prioritaire de la loi pénale la plus douce, c'est-à-dire celle de la *lex fori* ou de la *lex loci delicti* qui prévoit la sanction la moindre (2).

1. La double incrimination

364. La condition de double incrimination, « garde-fou du principe de légalité en droit pénal international⁵⁹⁷ », conduit à une application cumulative de deux lois ce qui équivaut pour une doctrine unanime « à privilégier la plus restrictive des deux lois : celle qui interdit la répression prévaut sur l'autre⁵⁹⁸ ». Il convient d'expliquer cette assertion aussitôt que l'on expose qu'il ne s'agit pas « d'un *a priori* qui consisterait à transposer, dans le domaine des conflits de lois dans l'espace les solutions consacrées en matière de conflits de lois dans le temps et à privilégier la loi pénale la plus douce⁵⁹⁹ ». Or l'explication ici encore nous laisse insatisfaite : il semble que la solution provienne de la coexistence des deux lois pénales dont les sphères d'application se recourent⁶⁰⁰. Il n'en demeure pas moins que rien n'interdirait qu'une loi précise qu'elle n'est

⁵⁹⁶ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., *ibidem*. L'auteur ajoute que la désignation exclusive d'une loi unique conduirait aux « plus graves iniquités ».

⁵⁹⁷ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°49.

⁵⁹⁸ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°41.

⁵⁹⁹ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°42.

⁶⁰⁰ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°43.

pas applicable si la loi pénale étrangère a vocation à s'appliquer pour tel fait répréhensible, lorsque par exemple l'infraction a été commise à l'étranger. Ainsi, affirmer que « la condition de double incrimination constitue dès lors une exigence propre à ce type de conflit⁶⁰¹ » est une pétition de principe, qui n'a rien d'une explication, tout comme le fait d'écrire qu'il « n'est point concevable que le juge saisi puisse punir au nom d'une loi étrangère ce que son droit national considère comme licite⁶⁰² ».

365. D'autres auteurs se sont également prononcés pour l'exigence de la double incrimination. Ainsi pour M. Le Calvez, en justifiant sa position par une référence à l'ordre public, « il est nécessaire de maintenir une réciprocité d'incrimination car aucun juge ne doit pouvoir, par application de la loi étrangère, sanctionner un comportement licite selon sa législation bien qu'il soit prohibé par la loi normalement applicable à la situation juridique⁶⁰³ ». C'est également derrière l'ordre public qu'il se retranche lorsqu'il pose le principe, à l'instar d'une doctrine unanime, de la non application de « normes de répression qui seraient plus sévères que les normes nationales⁶⁰⁴ ».

Le professeur Huet semble plus nuancé, même s'il se range finalement du côté de l'exigence de double incrimination. Ainsi, après avoir, à juste titre, indiqué que « l'infraction commise à l'étranger par ou contre un national ayant porté atteinte à l'ordre social étranger et à lui seul, la loi pénale étrangère devrait être exclusivement compétente, serait-elle plus sévère que la loi du juge saisi⁶⁰⁵ », il se range derrière l'opinion dominante, mais avec quelques précautions, et peut-être à contrecœur, en affirmant « tout au plus (c'est nous qui soulignons) pourrait-on l'écarter, au nom de l'ordre public international - au sens du droit pénal international –

⁶⁰¹ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., *ibidem*.

⁶⁰² Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°44.

⁶⁰³ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p.371.

⁶⁰⁴ Jacques LE CALVEZ, *ibidem*.

⁶⁰⁵ André HUET, op. cit. p. 652.

si l'incrimination qu'elle édicte est totalement ignorée de la loi du for ou si la peine qu'elle inflige heurte les conceptions fondamentales du for à raison de son caractère « barbare », voire de son taux manifestement excessif⁶⁰⁶ ».

2. Le quantum de la peine

366. Nous l'observons, la question du quantum de la peine est envisagée de la même façon que celle de la double incrimination et les raisons avancées sont identiques. Ainsi, « il est difficilement concevable que le juge répressif soit amené à faire application d'une norme de répression plus sévère que sa norme nationale⁶⁰⁷ ». Cette affirmation se veut expliquée par la nécessaire distinction à établir entre la norme de comportement et la norme de répression qui coexistent toutes deux et qui définissent la loi pénale : pour l'auteur, « si la norme de répression ne peut être que la loi nationale, il est tout à fait possible que la norme de comportement soit recherchée dans la législation étrangère⁶⁰⁸ ». C'est là encore plus une affirmation qu'une explication.

Il semble d'ailleurs que l'auteur en soit conscient puisqu'il explique que « nul argument rationnel ne peut expliquer que la loi la plus sévère soit écartée au profit de celle qui n'était pas normalement applicable⁶⁰⁹ ». Toute l'argumentation repose alors sur le fait que « toutefois cette solution s'impose raisonnablement⁶¹⁰ ».

367. Il nous semble qu'une solution raisonnable n'est pas une justification pour telle application de la règle de droit mais qu'au contraire, il faut fournir un raisonnement juridique, seul capable de justifier une solution. Aussi

⁶⁰⁶ André HUET, op. cit. p. 653.

⁶⁰⁷ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 364.

⁶⁰⁸ Jacques LE CALVEZ, *ibidem*.

⁶⁰⁹ Jacques LE CALVEZ, *ibidem*.

⁶¹⁰ Jacques LE CALVEZ, *ibidem*.

donc, nous ne sommes pas mieux satisfaite lorsque le professeur Fournier affirme que « pas plus que le for saisi ne saurait punir ce que sa propre loi considère licite, pas davantage il ne saurait lui être imposé de prononcer une peine supérieure au maximum encouru selon sa loi⁶¹¹ ». La justification avancée est que « l'application de la loi pénale la plus douce semble s'imposer pour des raisons ici spécifiques⁶¹² ». Il est symptomatique de noter que l'auteur n'utilise que le verbe « sembler », nous laissant entrevoir un possible changement d'opinion.

Quant à nous, et eu égard à l'absence de justification concrète du principe de l'amalgame des deux lois pénales, nous nous prononçons pour l'exclusion de la *lex fori* et cela conformément au principe de la légalité des délits et des peines.

B. POUR L'EXCLUSION DE LA LEX FORI

368. Il nous faut justifier du bien-fondé de cette solution (1), mais aussi la limiter aux Etats partageant la même communauté éthique (2).

1. Le bien-fondé de la solution

369. Nous nous prononçons pour l'application stricte de la loi pénale étrangère telle qu'elle a été édictée dans le pays du lieu de commission de l'infraction pour différents types de raisons.

Tout d'abord, et il faut revenir à l'origine de la discussion, nous nous sommes prononcée pour l'application de la loi pénale étrangère en France après avoir constaté que l'infraction avait troublé l'ordre public étranger et uniquement celui-ci. Puisque l'ordre public français n'a pas été troublé par l'infraction en question, nous ne voyons pas pourquoi la loi française devrait pondérer ou infléchir ce que prévoit la loi pénale étrangère, seule habilitée à déterminer la sanction adéquate.

⁶¹¹ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°55.

⁶¹² Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°56.

Par ailleurs, constatons seulement que si la personne, auteur des faits reprochés, était restée sur le sol du territoire, lieu de l'infraction, suffisamment longtemps pour y être arrêtée par les autorités locales, elle aurait été jugée et punie par rapport à la loi pénale étrangère sans que l'on tienne compte de sa nationalité française. La loi pénale étrangère aurait été appliquée dans toute sa globalité. Or admettre une pondération par la loi française, parce que l'auteur a eu la chance de revenir dans son pays d'origine, équivaut à accorder une prime à la vitesse de réaction du délinquant et à sanctionner l'inefficacité des autorités policières en place. Ce serait favoriser indirectement la commission de comportement criminel à l'étranger en vue justement, au cas de condamnation, d'une sanction moindre par rapport à celle qui aurait été prononcée au lieu de commission, nonobstant toute idée de fraude. A l'évidence, cela n'est pas souhaitable.

De même, pour justifier la prise en compte de la *lex fori* lorsque le juge doit appliquer la loi pénale étrangère, il est souvent argué du fait que « l'application de la loi étrangère n'interviendra que d'ordre du législateur national : l'on concevrait, dès lors, mal qu'il ordonne de punir un comportement au seul motif qu'il s'est produit à l'étranger⁶¹³ ». Pour autant, nous le concevons : il serait possible que le législateur prévoit expressément, par un texte qu'il faudrait appliquer, que dans telle ou telle situation (à savoir lorsque l'infraction a été commise à l'étranger par ou contre un Français, ou lorsque nous pouvons mettre en œuvre notre compétence universelle), le juge pénal français applique loyalement, c'est-à-dire comme le ferait le juge du territoire sur le sol duquel l'infraction a été commise, la loi pénale étrangère, sans référence aucune à la *lex fori*, ainsi qu'à la jurisprudence eu égard aux infractions commises en France..

370. Le juge devrait alors agir en tant que représentant du juge étranger. Il statuerait selon la loi étrangère et utiliserait toutes ses compétences

⁶¹³ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 371.

Dans la même optique : Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°44 : « le juge saisi ne saurait infliger une sanction pénale sans en avoir reçu autorisation de son législateur ».

juridiques , tout son savoir-faire juridique pour l'application d'une loi pénale étrangère parce que cette idée est conforme au principe de coopération étatique , parce que la loi pénale étrangère , dans toute son amplitude est celle qui correspond le mieux au principe de légalité des délits et des peines, parce qu'il a la compétence intellectuelle pour appliquer une règle de droit à laquelle il n'est point accoutumé et parce que le législateur lui en aurait intimé l'ordre.

Ainsi, si le législateur ordonne au juge d'appliquer une loi pénale étrangère, ce que le législateur peut et doit faire, on ne peut plus avancer qu'une « loi pénale qui incriminerait ce que le droit du for saisi considère comme licite serait attentatoire à l'ordre public de ce dernier⁶¹⁴ ». Le juge français aurait alors une sorte de compétence par représentation⁶¹⁵ : il prêterait son savoir faire juridique, sa capacité à analyser des normes de droit (aidé même en cela par le juge du lieu de l'infraction puisque les nombreuses méthodes de communication moderne permettent d'accélérer le traitement des informations) à la mise en œuvre d'une coopération internationale au niveau le plus abouti, c'est-à-dire celui qui requiert abnégation (le juge ne travaille alors pas pour la sauvegarde de son ordre public) mais aussi celui mettant en œuvre le principe de légalité des délits et des peines dans ce qu'il a de plus pur, à savoir en faisant une totale abstraction de la notion de frontière.

2. Une solution limitée aux Etats partageant la même communauté éthique

371. Enfin le dernier argument souvent avancé en faveur de la prise en compte de la *lex fori* est celui de l'impossibilité en France de mettre en œuvre des peines telles que des châtiments inhumains ou la peine de

⁶¹⁴ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°39.

⁶¹⁵ La compétence par représentation est un substitut à l'extradition et intervient lorsqu'un Etat ne peut obtenir l'extradition, mais souhaite et demande que le délinquant soit jugé selon ses propres lois. Cela impose notamment qu'aucune des autres compétences de droit pénal international ne puisse intervenir (ce qui n'est pas le cas dans notre hypothèse) et cela présuppose la double punissabilité, ce que là nous excluons dans notre démonstration.

Voir SCHULTZ, op. cit. p. 325 et s.

La compétence par représentation (classique) est donc différente de celle que nous esquissons.

mort. Cette remarque est juste : « il existe à l'évidence des limites naturelles : ne sauraient être infligés ni peine de mort, ni châtement corporel, ni plus généralement aucune mesure dégradante ou humiliante. La peine de mort encourue selon la loi de l'Etat requérant en matière d'extradition constitue traditionnellement un motif à refus d'extradition. A *fortiori*, son prononcé par le juge de l'Etat où cette peine est abolie ne saurait être envisagé. L'atteinte à l'ordre public du for saisi en serait telle qu'il ne faut ni punir à un tel degré, ni livrer à cette fin⁶¹⁶ ». On ne saurait même imaginer, voire concevoir une exécution en France dont le seul but serait de préserver la coopération internationale. Cependant, cette remarque ne doit en aucune façon nous conduire à prendre en compte la *lex fori* car elle est inopérante : en effet, au sein d'Etats partageant une même communauté éthique, condition *sine qua non* pour l'application en France d'une loi pénale étrangère, on ne saurait trouver ni même admettre des Etats prescrivant ce type de châtement. Ainsi, l'abolition de ce type de peine pourrait même être un critère de sélection⁶¹⁷ quant à savoir si tel ou tel Etat appartient à la même communauté, fondée sur l'éthique, que nous.

372. Doit donc être écartée, comme encore trop généreuse, la remarque de M. Le Calvez indiquant : « en droit pénal international, l'exception d'ordre public sera amenée à jouer plus rarement (c'est nous qui soulignons) car les règles de conflits précisément dégagées ne seront applicables que par les Etats appartenant à une même communauté éthique. Dès lors, en aucun cas, les dispositions législatives de l'un de ces Etats ne devront prévoir de sanction contraire aux principes fondamentaux des autres Etats⁶¹⁸ ». Admettre, même rarement, l'exception d'ordre public est encore excessif : si un pays possède parmi son arsenal répressif la

⁶¹⁶ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois., op. cit. n°60.

⁶¹⁷ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 37 : « la nature voisine des incriminations et des sanctions constitue, à l'évidence, une condition préalable à l'appartenance à cette communauté éthique ».

⁶¹⁸ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p.371 et d'ajouter « l'exception d'ordre public ne sera, à l'évidence, amenée à jouer que dans des hypothèses très rares ».

peine de mort, ou tout autre châtement corporel (lapidation, mutilation..), il ne partage pas nos valeurs, nos juges ne peuvent donc pas appliquer la loi pénale étrangère.

Ainsi, par exemple, tous les pays de l'Union européenne partagent la même communauté éthique et il est clairement établi que pour faire partie de cette Union européenne, il faut avoir proscrit la peine de mort. Ainsi, la Turquie, qui aspire à intégrer le cadre de l'Union européenne, se voit pour l'instant opposer un refus en raison notamment de la peine de mort qui est toujours en vigueur dans ce pays, quand bien même il n'y aurait plus d'exécution depuis fort longtemps.

373. Une incursion dans le cadre extra européen se révèle possible. Force est de constater que nous ne partageons pas les mêmes valeurs que certains Etats des Etats-Unis qui se font un devoir de montrer le plus souvent possible que la peine de mort n'est pas réduite chez eux au rang de simple concept. Aussi, la France ne pourrait pas, et ne devrait pas appliquer la loi pénale de certains Etats américains, quand bien même la France a déjà accordé une extradition vers le Texas, sous réserve et avec l'assurance que la peine de mort ne serait pas appliquée.

Nous devons donc constater qu'aucun argument ne résiste à l'analyse et que la *lex loci delicti* pourrait et devrait parfaitement être appliquée en France par nos magistrats sans que l'on exige une double incrimination⁶¹⁹ ou que l'on plafonne, par référence à la *lex fori*, le quantum de la peine. Ce serait une application pure de la loi pénale étrangère conformément au principe de légalité des délits et des peines et à l'idée de prévisibilité qui le gouverne. Ce serait la projection de la loi pénale étrangère dans le *corpus* juridique français, projection pour les besoins de la cause, projection sans référence à la *lex fori*.

⁶¹⁹ Seule une doctrine minoritaire s'est prononcée pour le refus de l'exigence de double incrimination : BOUZAT et BREDIN, op. cit. p. 502 : sous réserve que « la loi étrangère heurte un principe essentiel de notre droit ou risque de compromettre un intérêt vital de l'Etat qui juge », (or nous avons exclu par hypothèse l'application de la loi étrangère en ce cas) « la loi étrangère peut recevoir application et cette application s'étend hors du cadre restreint d'une simple concordance des solutions qui priverait d'efficacité la référence à la loi étrangère ».

Reste à savoir si l'application de la loi pénale étrangère a une influence et une bonne influence sur le non-droit en tant que conséquence de certains concours de lois pénales.

§ 2. L'INCIDENCE SUR LES CONCOURS DE LOIS PENALES

374. La mise à mal du dogme de la solidarité des compétences ne s'est pas effectuée sans arrière-pensée. Après avoir étudié la possibilité d'une application par le juge français de la loi pénale étrangère, il nous faut nous interroger sur les conséquences que cela ne manquerait pas d'engendrer au niveau de la zone de non-droit.

Force sera pour nous de constater que l'application de la loi pénale étrangère est une réponse au non-droit (A), mais aussi que cette réponse ne met pas un terme final à la notion de non-droit. Ce n'est que dans certains cas précis que la loi pénale étrangère sera une solution efficace. Dans bien d'autres hypothèses, quand bien même il serait juste et équitable d'appliquer la loi pénale étrangère, les concours de lois pénales ne trouveront pas de solution à ce niveau, et le non-droit, conséquence de certains conflits, resurgit alors. La loi pénale étrangère est donc une réponse au non-droit, mais aussi une réponse nécessairement limitée (B).

A. UNE REPONSE AU NON-DROIT

375. L'application de la loi pénale étrangère par le juge français est une réponse efficace dans certaines hypothèses de conflits positifs et de conflits négatifs. Il en va ainsi en cas de compétence réelle universalisée (1), mais aussi si l'on veut bien songer à une application de la théorie de la représentation (2).

1. En cas de compétence réelle universalisée

376. En matière de compétence réelle universalisée, il s'agit d'une excellente réponse au problème de conflits positifs de compétence qui

peut y prendre naissance. Tout d'abord, il faut constater que la compétence réelle universalisée est une compétence qui au premier chef devrait admettre l'application de la loi pénale étrangère eu égard à la nature même de cette compétence qui prend en compte la violation des intérêts publics des Etats étrangers, la contrefaçon de monnaies étrangères ayant cours (NCP art. 442-1) ainsi que les atteintes à la sûreté de certains Etats étrangers (NCP art. 414-8). « Or il est évident que de telles infractions violent directement, non l'ordre juridique français, mais un ordre public étranger que les tribunaux français sont chargés de défendre. Il serait donc logique de leur appliquer une loi pénale étrangère, car c'est à la loi de l'Etat lésé qu'il appartient d'indiquer la façon dont son ordre public doit être sauvegardé⁶²⁰ ».

Par ailleurs, la compétence réelle universalisée n'est qu'une création de la doctrine, le père de ce concept étant le recteur Lombois . Or ce titre de compétence n'a pas été entériné par la pratique. Il correspond donc dans les faits à une sous catégorie (conceptuelle) de la compétence réelle édictée à l'article 113-10 NCP, compétence réelle qui n'admet pas le jeu de la règle *non bis in idem* et qui est donc hautement susceptible de faire naître le non-droit à travers les conflits positifs nés du concours entre plusieurs lois pénales .

377. Pour la doctrine unanime, le jeu de la règle *non bis in idem* devrait être réservé au cas de compétence réelle universalisée. La réforme du code pénal n'a en rien induit un tel changement et les auteurs appellent toujours de leurs vœux « une disposition spécifique à ces infractions pour lesquelles la compétence de la loi française paraît davantage fondée sur l'idée de compétence universelle⁶²¹ » d'autant justement que « l'assimilation effectuée par l'article 113-10 (..) est contestable [et a] pour

⁶²⁰ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°121. Ils constatent, un rien désabusés, « pourtant , l'article 113-10 énonce que « la loi pénale française s'applique.. » ».

⁶²¹ DESPORTES et LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, *Droit pénal général.*, 6^e éd., 1999, op. cit. n°406 .

conséquence d'exclure le jeu de la règle *non bis in idem* pour des infractions commises à l'étranger, par un étranger⁶²² », tout ceci alors que l'atteinte n'a été portée qu'à des intérêts fondamentaux étrangers. Ainsi, il est « fâcheux que cette compétence réelle assimilée continue de s'affirmer exclusive de compétence étrangère, y compris face à l'authentique compétence réelle de l'Etat victime ⁶²³».

Ainsi donc, puisque *non bis in idem* ne peut jouer en la matière et que pour l'instant, la seule possibilité est de critiquer cet état de fait et d'insister pour l'application de ce grand principe en la matière, nous pouvons suggérer une autre solution : celle de l'application de la loi pénale étrangère qui de fait va s'ériger en obstacle à la naissance du non-droit car à une situation donnée ne pourrait plus alors être appliquée qu'une seule loi pénale, évitant par là même la possibilité d'un concours entre plusieurs lois pénales (il se produirait là le même effet que si l'on admettait la règle de l'autorité de la chose jugée) . Cette solution serait aussi plus conforme au principe de légalité des délits et des peines, et donc à une justice plus équitable et plus humaine.

378. En effet, si pour une infraction attentatoire à la sûreté de l'Etat étranger, ou en cas de contrefaçon de monnaie étrangère commise à l'étranger, nous appliquons la loi pénale de l'Etat en question, c'est-à-dire de l'Etat victime de l'agissement, le retour dans le pays en question de l'auteur de l'infraction ne l'exposera pas à une seconde sanction, car ce pays aura déjà sanctionné l'auteur par l'intermédiaire du juge français qui aura en quelque sorte représenté l'Etat étranger : la loi pénale du pays victime aura déjà été appliquée, le trouble aura donc cessé car une juste sanction aura déjà été prononcée.

⁶²² DESPORTES et LE GUNHEC , *ibidem* : « il est regrettable que la réforme du CP n'ait été l'occasion de redresser cette anomalie ».

⁶²³ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale., 1998, op. cit. n°64. Mais cet auteur dans une autre publication avait pris soin de relever l'existence d'un arrêt qui avait reconnu l'autorité d'un jugement étranger de condamnation d'un belge, coupable de faits de trahison en Belgique au préjudice de cet Etat allié de la France : cass. Crim., 28 avril 1955, JCP 1955. II. 8748 in Alain FOURNIER, Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale., 1996, op. cit. n°116. Il semble que cela soit une jurisprudence tout à fait isolée intervenue sous l'empire du code d'instruction criminelle.

De plus, l'application par le juge français de la loi pénale étrangère pour ce fait interdira à ce même juge de rejuger le fait en faisant application de la loi pénale française car la règle de l'autorité de la chose jugée s'applique de façon absolue sur notre territoire : un juge français ne peut condamner deux fois à raison du même fait quand bien même il aurait appliqué la première fois une loi pénale étrangère. Cela serait contraire à nos principes les plus fondamentaux car le juge ne pourrait se cacher derrière l'éventuelle ignorance de la sanction intervenue à l'étranger. Le simple fait que la sanction ait été prononcée en France doit entraîner l'application de la règle *non bis in idem* en France. S'interroger sur le point de savoir quelle loi a été utilisée pour trouver la sanction adéquate est inopportun, d'autant plus qu'à l'origine, seul l'ordre public étranger a été troublé.

Ainsi donc en cas de compétence réelle universalisée , l'application de la loi pénale étrangère serait une réponse efficace et parfaitement adaptée à la problématique du non-droit.

2. La *lex loci delicti* et la théorie de la représentation

379. La même réponse peut être apportée dans l'hypothèse où tous les pays, partageant la même communauté éthique, appliqueraient ce principe de l'application exclusive de la *lex loci delicti* à la condition qu'il n'y ait pas de problème de localisation partielle. Ainsi, pour une infraction accomplie en France par un étranger et non punie en France du fait d'un retour rapide dans le pays d'origine par l'auteur de l'infraction, l'Etat étranger pourrait , au lieu de réprimer l'infraction au nom de sa compétence personnelle active, appliquer la *lex loci delicti*, c'est-à-dire la loi française, (une loi pénale étrangère en ce qui le concerne), et on ne pourrait alors envisager en France une seconde condamnation, si cette personne déjà punie à l'étranger sur le fondement de notre loi pénale, revenait dans notre pays. En effet, l'application de notre loi pénale, même par des juges étrangers, fait obstacle à une seconde application de cette

loi en France pour les mêmes faits et cela conformément à la règle de l'autorité de la chose jugée.

380. Il s'agit là d'une procédure simplifiée par rapport à celle de l'extradition, dont il faut souligner le coût et les longs délais de mise en œuvre peu compatibles avec le concept de justice sereine et efficace, mais conforme à son esprit puisque l'article 9 de la Convention européenne fait le jeu du principe *non bis in idem* en prévoyant que « l'extradition ne sera pas accordée lorsque l'individu réclamé a été définitivement jugé par les autorités compétentes de la partie requise pour le ou les faits à raison desquels l'extradition est demandée ».

Il s'agit là encore d'une hypothèse où l'application de la loi pénale étrangère, sous la forme d'une loi pénale française appliquée par des juges étrangers, serait un remède efficace à la naissance de conflits positifs. Il faut en effet bien se garder de n'examiner les solutions qu'à travers l'idée de l'application en France d'une loi pénale étrangère. Cette idée admise, la réciproque doit être vraie et les conséquences de cette application par une juridiction étrangère de la loi pénale française doivent être pleines et entières : le principe de l'autorité de la chose jugée doit jouer puisque dans cette hypothèse, le juge étranger nous aura représenté en appliquant notre loi pénale du fait de la violation de notre ordre public. Ce faisant, une seconde application en France de cette même loi pénale est à proscrire, le trouble ayant cessé, une juste sanction ayant été prononcée.

Soulignons au demeurant, que nous ne serions pas aussi affirmatifs, quant à cette conséquence, si l'application de la loi française par des juridictions étrangères avait été pondérée par la *lex fori*, c'est-à-dire la loi étrangère pour ce qui concerne le quantum de la peine ou la question de la double incrimination. Nous n'ignorons pas cependant que cette pondération pourrait être officieuse.

381. A l'opposé, mais toujours dans la même optique, l'application en France de la loi pénale étrangère met fin dans certains cas à une redoutable impunité et empêche l'apparition de conflits négatifs de

compétence. Ainsi, à la lecture du NCP et du CPP, nous constatons que la France ne punit pas au nom de notre compétence personnelle active les contraventions commises à l'étranger par des Français⁶²⁴. Or dans cette hypothèse, l'extradition est exclue, eu égard à la lourdeur de la procédure et à son coût exorbitant par rapport à la nature de l'infraction. L'impunité est donc assurée à un Français qui commet à l'étranger une contravention et revient en France. L'application de la loi pénale étrangère serait un remède efficace à l'impunité qui n'a pour cause que la présence d'une frontière et le cloisonnement de la répression. Cette application serait d'autant plus concevable que seul, dans cette hypothèse, l'ordre public étranger a été troublé. Le juge français agirait alors en tant que représentant du juge étranger, cela de façon absolue c'est-à-dire en utilisant la loi qui aurait été appliquée par le juge étranger, à savoir la *lex loci delicti*.

382. Une réponse similaire doit être apportée en cas de délits commis à l'étranger par un Français mais non puni en France : l'ordre public étranger a été troublé, l'impunité résulte du seul passage d'une frontière. La condition de double incrimination en France entraîne l'impunité de fait. L'application de la loi pénale étrangère par le juge français règle le problème et enrayer l'effet néfaste ici de l'exigence de double incrimination. Ainsi, le juge français, appliquant la loi pénale étrangère, résout le problème lié à un passage rapide de la frontière et à une insuffisance de nos textes répressifs. La loi pénale étrangère s'oppose donc à l'impunité dans une certaine mesure tout en favorisant une bonne application du principe de légalité des délits et des peines. C'est donc une réponse au non-droit. C'est toujours une réponse à la nécessaire exigence d'une

⁶²⁴ Sauf convention internationale contraire. Il en va ainsi de la Convention européenne de Strasbourg du 30 novembre 1964 pour la répression des infractions routières qui excède même l'hypothèse de compétence personnelle active car les contraventions commises à l'étranger peuvent être poursuivies en France si leur auteur a sa résidence sur le territoire français ; la nationalité française n'est donc même pas requise. De plus, les contraventions commises par un Français « membre des forces armées » françaises stationnant dans un Etat étranger sont également punissables en France : voir Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International fasc. 403-20, 1995, op. cit. n°41. De même, l'article 695 ancien CPP prévoyait la mise en œuvre d'une compétence personnelle active en cas de délits ou de contraventions en matière forestière, rurale, de pêche, de douanes ou de contributions indirectes commis par un Français sur le territoire de l'un des Etats limitrophes.

justice saine et équitable, conforme au respect des droits de la défense et à la nécessaire prévision par le délinquant de la peine encourue.

Cependant, c'est une réponse limitée au non-droit car elle ne peut régler les conflits positifs et les conflits négatifs de compétence que dans les cas déjà énoncés. Il en reste bien d'autres pour assurer encore la pérennité du non-droit, de façon moindre, certes.

B. UNE REPONSE NECESSAIREMENT LIMITEE

383. L'application de la loi pénale étrangère par le juge français permet assurément une juste et saine application du principe de légalité des délits et des peines. Mais il ne résout pas, loin s'en faut, le problème de la naissance de conflits, positifs ou négatifs, et le non-droit afférent.

Ainsi, par définition déjà, nous écartons de la solution de la loi pénale étrangère, tous les pays ne partageant pas la même communauté éthique que nous, c'est-à-dire à tout le moins, et ils sont nombreux, tous les Etats qui appliquent la peine de mort ou infligent des traitements barbares, inhumains ou cruels. Par cette assertion, nous limitons déjà sérieusement le champ d'application de la solution qu'est l'application de la loi pénale étrangère.

Par hypothèse aussi, l'application de la loi pénale étrangère ne doit être envisagée que pour des infractions commises à l'étranger car c'est l'ordre public étranger qui a été troublé et qu'une juste sanction ne peut émaner que de la loi pénale étrangère.

Nous avons donc démontré que la loi pénale étrangère doit seulement être appliquée lorsque l'ordre public étranger a été troublé, ce qui est le cas lorsque l'infraction a été commise à l'étranger. Or justement, dans ces hypothèses⁶²⁵, et sous réserve de la compétence réelle, le NCP et le CPP réservent déjà le jeu de la règle *non bis in idem*, ce qui exclut le non-droit dans cette hypothèse de conflits positifs. Appliquer la loi pénale étrangère n'apporte alors rien sur le plan du non-droit en tant qu'il est la violation de

⁶²⁵ Compétence personnelle active, compétence personnelle passive et compétence universelle.

non bis in idem, puisque la règle de l'autorité de la chose jugée existe déjà. Il est cependant vrai qu'en cas d'application de la loi pénale étrangère, le principe de légalité des délits et des peines est mieux respecté, ainsi que celui de prévisibilité de la peine et de la loi applicable.

384. Par ailleurs, l'application de la loi pénale étrangère entraîne souvent plus de justice comme par exemple dans l'hypothèse d'une pluralité de participants et de victimes de nationalités différentes. « Le recours à la compétence personnelle engendre alors une dispersion des poursuites en divers Etats, où chaque tribunal qui ferait prévaloir son propre droit ne manquerait pas de rompre l'unité de condition entre coparticipants. Au contraire, l'application de la loi du lieu du fait répréhensible conduit à traiter les uns et les autres selon une même loi unique⁶²⁶ ». Plus de justice donc, un meilleur respect du principe de légalité des délits et des peines, mais aucune incidence sur le non-droit au sens strict, tel est le bilan des conséquences qu'induirait l'application en France de la loi pénale étrangère.

Pareillement, mais dans l'hypothèse inverse, la réponse qu'est l'application de la loi pénale étrangère, ne comble pas le vide de la répression à l'échelle internationale, ne répond pas au problème de l'absence de textes incriminateurs, ainsi qu'à celui de l'insuffisance de moyens pour mettre en œuvre concrètement une coopération internationale au niveau judiciaire. Il faut réfléchir bien en amont au problème avant seulement de se poser la question quant au fait de savoir quelle loi il faut appliquer et s'il est opportun d'appliquer la loi pénale étrangère.

385. De même, ici encore et par définition, la loi pénale étrangère ne peut être appliquée en cas de mise en œuvre de la compétence réelle. Or celle-ci précisément exclut le jeu de la règle *non bis in idem* : le non-droit issu du conflit positif de compétence qui prend naissance est donc quasi

⁶²⁶ Alain FOURNIER, Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois, op. cit. n°33.

inélucltable quant à la mise en œuvre de cette compétence et la loi pénale étrangère n'est en rien une solution.

Ainsi, nous le constatons, il reste un certain nombre de domaines qui échappent à la solution qu'est l'application de la loi pénale étrangère, soit parce que le problème est à un autre niveau, soit parce que l'on ne peut appliquer cette solution.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

386. La loi pénale étrangère est donc une réponse limitée au non-droit, mais une solution à préconiser toujours car elle est éminemment juste, en dehors même des hypothèses de non-droit. Il nous reste donc à envisager d'autres types de solution afin de régler de façon plus ou moins complète les questions de conflits de compétence. Ces réponses ne gagneront rien à être autonomes. Elles devront au contraire se conjuguer efficacement avec l'application de la loi pénale étrangère, principe à préconiser sans réserve.

CHAPITRE II

LES ORIENTATIONS OPPORTUNES *DE LEGE FERENDA*

387. Le haut niveau d'intégration existant entre les Etats membres de l'Union européenne nous permet d'envisager l'application de la loi pénale étrangère par une juridiction nationale. Une fois ce principe admis, nous pouvons affiner l'analyse pour régler au plus près les problèmes faisant suite à la naissance de conflits positifs ou négatifs.

Une première façon serait d'agir afin qu'il n'existe plus de conflits ; dès lors aucun non-droit ne pourrait surgir. Or nous avons constaté qu'un certain nombre de conflits positifs sont issus du système hiérarchique d'organisation des compétences et de la multiplicité des titres de compétence dont dispose chaque Etat. Aussi , nous préconisons dans le cadre européen de n'instaurer qu'un critère unique de compétence (section 1) couplé avec l'application de la loi pénale étrangère. Ce faisant , il n'existera quasiment plus de conflits de compétence et donc de non-droit.

Par ailleurs, pour tous les conflits qui pourraient subsister à l'intérieur de l'espace européen, nous suggérons de mettre en place un tribunal pénal européen chargé de régler les conflits de compétence afin que les règles *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* soient respectées (section 2). L'ensemble formera un arsenal efficace face au non-droit et apportera une réponse adaptée au problème que la frontière peut représenter dans le domaine répressif.

SECTION 1. POUR UN CRITERE UNIQUE DE REPRESSION

388. La superposition des différents types de compétence, qui a pour vocation de créer un maillage serré et d'empêcher ainsi les conflits négatifs de compétence, se voit reprocher la naissance de conflits positifs de compétence et un certain non-droit. En effet, la subsidiarité absolue et totale d'une compétence par rapport à une autre n'est pas assurée puisque la compétence territoriale et la compétence réelle excluent le jeu de la règle *non bis in idem*. De plus, la conception extensive de la compétence territoriale aggrave le problème puisque par définition, une compétence territoriale ne s'effacera pas devant une autre. Enfin, le jeu des compétences personnelles entre elles (ou le concours entre compétence personnelle et compétence universelle) est source d'incertitude et de difficultés quant à la réponse à adopter même si toutes ménagent le respect de *non bis in idem*.

389. Par ailleurs, nous n'avons pas été sans constater que la superposition des différents types de compétence n'arrive pas à juguler totalement le problème des conflits négatifs de compétence, car le maillage en question, laisse des zones vierges de toute influence.

Aussi, nous nous prononçons pour l'instauration d'un critère unique de compétence dans une version à la fois généralisée (pour éviter les conflits négatifs) et assouplie afin de ne pas faire naître de conflits positifs (§ 1). Cette solution ne peut être envisagée que dans le cadre européen car elle impose un fort consensus, une adhésion mutuelle exempte de réserve que seule la communauté d'intérêts représentée par l'Union européenne est à même de mettre en œuvre.

Ce critère unique de répression devra être choisi avec soin et ne pas seulement résulter d'un arbitraire qui n'aurait que pour but d'éviter le non-droit. Ce critère devra ensuite répondre à certaines prescriptions : être une solution au non-droit (§ 2) en réglant simultanément les problèmes, résultant des conflits positifs et de l'impunité issue de la survenance de conflits négatifs. Il ne s'agit pas de résoudre le premier en favorisant l'essor du second.

§ 1. LE CHOIX DU CRITERE

390. Les deux principaux critères, qui sont à l'origine de compétences dérivées, doivent être étudiés. Le critère de la territorialité et le critère de la nationalité sont ainsi les deux pierres angulaires de la pyramide des compétences. Tous deux peuvent prétendre à un niveau ou à un autre devenir le critère unique de répression. Le choix devra 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.

Ainsi, les principes de justice équitable et de légalité des délits et des peines ne devront pas être occultés. Le critère unique de répression est un instrument au service du non-droit, mais aussi un précepte qui répond à des exigences supérieures. Nous examinerons donc successivement le critère de la territorialité (A), puis celui de la nationalité (B).

A. LE CRITERE DE LA TERRITORIALITE

391. Si nous avons pu constater que « la doctrine de nos jours reconnaît la prééminence de la *lex loci delicti* commisi et des jugements rendus au *forum delicti commissi*⁶²⁷ », nous allons plus loin en préconisant ici, c'est-à-dire au sein de l'Union européenne, l'application du critère unique de la territorialité.

A l'évidence, le critère de la territorialité est un bon critère de répression. On a pu qualifier cette compétence de « naturelle⁶²⁸ » car elle s'impose par la force des choses et peut même être appuyée par des considérations sociologiques. Surtout, et là est le plus important, il faut

⁶²⁷ Hans SCHULTZ, *Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger*, RSC 1967. 305, op. cit. p. 333 et d'ajouter « ceci n'est rien d'autre qu'une confirmation indirecte du principe de la territorialité et de sa prépondérance ».

⁶²⁸Hans SCHULTZ, *ibidem*.

remarquer que c'est au lieu de commission de l'infraction que celle-ci est le plus ressentie et c'est là que le trouble à l'ordre public est caractérisé. Le critère de la territorialité répond donc à l'exigence de justice équitable et est bien plus qu'un instrument au service du non-droit, c'est un choix de répression conforme à l'idée qui est derrière la notion de répression : la réparation du trouble causé par l'infraction.

Aussi, « hormis les hypothèses de compétence réelle, qui répondent à des préoccupations principalement politiques, la règle territoriale peut parfaitement devenir une règle destinée à trancher des conflits de compétence⁶²⁹ » et ainsi « aura pour principal objet de rendre toujours une juridiction compétente pour juger l'infraction⁶³⁰ ». Néanmoins, il serait selon nous opportun d'aller plus loin et de préconiser la disparition de la compétence réelle (1), des compétences personnelles et universelle (2) ainsi que le critère de complicité (3).

1. La disparition de la compétence réelle

392. Puisque nous nous sommes prononcée pour un critère unique de compétence, le critère territorial, nous allons plus loin que M. Le Calvez et suggérons également à l'instar (même si cela peut paraître de prime abord moins évident) de la compétence personnelle ou universelle, la suppression de la compétence réelle qui n'a selon nous plus aucune raison d'être au sein de l'Union européenne.

En effet, tous les Etats qui appartiennent à l'Union européenne sont soudés entre eux par des liens très forts caractérisant le très haut niveau d'intégration qui a pu être réalisé progressivement, au fil des années entre les différents Etats, qui ont peu à peu consenti à délaisser une quote-part de leur souveraineté au nom d'un intérêt commun nettement supérieur et profitable à tous. L'abandon partiel de souveraineté, tel par exemple le fait

⁶²⁹ Jacques LE CALVEZ, *Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (La remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale)*, RSC 1980. 337, op. cit. p. 363.

⁶³⁰ Jacques LE CALVEZ, *ibidem*.

de ne plus battre monnaie⁶³¹ et surtout de battre monnaie commune, est un exemple de ce phénomène, même s'il faut souligner que si cela a pu avoir lieu, c'est parce que cela correspondait à l'intérêt particulier de chaque Etat pris séparément. Ainsi, la contrepartie au niveau économique, sociologique.. est énorme et vaut le sacrifice. L'abandon partiel de souveraineté s'est réalisé sur l'autel de la prospérité économique.

393. Nous pouvons donc affirmer que les intérêts fondamentaux de tous ces pays se recoupent et sont les mêmes. Ainsi, si un Français commet en France une infraction qui porte atteinte à un intérêt fondamental de l'Etat allemand, l'Allemagne n'a pas de compétence réelle à mettre en œuvre, car la France réprimera tout aussi bien que l'Allemagne cette infraction pour la simple raison que l'intérêt fondamental allemand coïncide avec l'intérêt fondamental français : il suffit alors de faire valoir le critère simple de la territorialité.

En effet, à partir du moment où l'intégration entre Etats européens est à ce point achevée, les intérêts fondamentaux des différents Etats se confondent et disparaissent du seuil étatique : on ne peut plus parler d'intérêt fondamental français, allemand ou anglais. Il existe à la limite l'intérêt fondamental européen et à ce moment, le pays sur le sol duquel une infraction aura été commise sera compétent pour le juger car il protège aussi bien l'intérêt fondamental européen que son voisin de l'union : le retour au critère de la territorialité se réalise de façon évidente.

Par ailleurs, et puisque les intérêts fondamentaux se confondent, il n'y a pas de risque qu'un Etat fomente un complot à l'encontre d'un autre, (ce qui justifiait habituellement la mise en œuvre de la compétence réelle puisque la répression au nom de la territorialité serait par hypothèse partielle et incomplète), car cela reviendrait à nous mettre en danger nous-même.

Ainsi, la compétence réelle n'a plus lieu d'exister pour tout ce qui concerne les infractions commises au sein du territoire européen. Concrètement, une disposition législative qui exclurait le recours à l'article

⁶³¹ Attribut souverain du pouvoir régalien

113-10 NCP pour les infractions commises sur le sol européen serait suffisante pour mettre en œuvre cette solution.

2. La disparition des compétences personnelles et universelle

394. Aucune mention n'est à ajouter au cas de compétence personnelle active, passive ou universelle car ces titres de compétence tomberaient de fait en désuétude pour les infractions commises sur le sol européen. Assurément aucune remise en cause de ces compétences n'est envisageable au sein des relations qu'entretiennent les Etats membres de l'Union européenne avec des Etats tiers. Ayant l'intelligence de réserver le jeu de la règle *non bis in idem*, la territorialité de la répression deviendrait la seule règle et se conjuguerait avec l'application de la loi pénale étrangère.

Par exemple, pour une infraction commise sur le sol allemand, l'Allemagne serait compétente au nom de sa compétence territoriale et appliquerait sa loi pénale, mais si l'auteur s'est échappé et réfugié en France, la France serait compétente pour le juger, en tant que représentant de l'Allemagne et en appliquant la loi pénale allemande. Nous n'avons alors plus à faire la distinction selon que l'auteur est Français ou Allemand, s'il peut être extradé ou non et nous n'avons donc plus à utiliser notre compétence personnelle active. Par ailleurs, la procédure de l'extradition tomberait elle aussi par caducité puisque un jugement dans le pays d'arrestation serait plus rapide, moins coûteux et tout aussi efficace qu'un jugement au lieu de commission.

395. Le même raisonnement doit être poursuivi en cas d'infraction commise à l'étranger dont la victime serait française ou qui serait attentatoire à la communauté des intérêts universels, et dont l'auteur se trouve par hasard appréhendé sur notre sol.

Le critère de la territorialité associé à l'application systématique de la *lex loci delicti* et au rejet d'une application tout aussi systématique de la *lex fori* est une heureuse solution au non-droit, une solution possible à mettre en œuvre au sein de la communauté européenne.

3. La disparition du critère de complicité

396. Reste encore à éliminer, pour parfaire le critère de l'unicité, le critère spécial qui nous permet de réprimer tous les actes de complicité territoriale d'infraction extraterritoriale lorsque nous ne pouvons pas rattacher la répression de la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale à un critère préexistant : compétence personnelle passive, compétence universelle, compétence personnelle active, si l'auteur et le complice sont français. Nous le savons, le législateur a créé pour éviter une scandaleuse impunité un critère de compétence qui nous permette de juger le complice français en France d'une infraction extraterritoriale commise par un étranger : il n'y a en effet aucun rattachement à une compétence préexistante (pas de rattachement *in rem* ; pour un rattachement *in personam*, il faudrait que l'auteur de l'infraction soit français⁶³²) et l'extradition est impossible puisque nous n'extradons pas nos nationaux.

Dans l'optique d'un critère unique de répression et en admettant que celui ci soit le critère de la territorialité, nous ne pouvons admettre la mise en œuvre de cette compétence, qui au demeurant n'est ni d'essence, ni d'inspiration territorialiste⁶³³. De même admettre une entorse à la règle de l'unicité du critère de compétence serait à ce stade prématuré et remettrait en cause son efficacité. Dans le même temps, admettre l'impunité pour le complice en question n'est pas envisageable.

397. Cependant, la solution s'impose d'elle-même du moins en ce qui concerne les pays de l'Union européenne : supprimer la « pratique » de la non-extradition des nationaux qui n'est absolument pas justifiée au sein de cette communauté. Une brèche a été ouverte en ce sens par la convention du 10 mars 1995 relative à une procédure simplifiée

⁶³² Art. 690 ancien CPP et art. 113-5 NCP.

Pour un rattachement *in personam* indépendant de l'article 113-5 NCP, il faudrait qu'auteur et complice soient français. Or dans l'hypothèse énoncée, l'auteur de l'infraction est de nationalité étrangère (sous réserve de la controverse doctrinale, voir *supra* note 71 sous n° 46 et note 263 sous n°171).

⁶³³ Voir *supra* n°221s. et n°227 et suivants.

d'extradition pour les personnes qui y consentent puis de façon encore plus significative par la convention du 27 septembre 1996, établie sur la base de l'article K3 du traité d'Union européenne, relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne. Cette convention remet en cause le principe de non-extradition des nationaux en disposant que « l'extradition ne peut être refusée au motif que la personne qui fait l'objet de la demande d'extradition est un ressortissant de l'Etat membre (art. 7-1) ⁶³⁴ ». Néanmoins, cette disposition a été assortie de réserves et n'est donc pas intégrée à notre droit positif. Selon nous, ces réserves n'ont aucune raison d'être. « Les Etats membres ont un intérêt commun à assurer que les procédures d'extradition fonctionnent d'une manière efficace et rapide, dans la mesure où leurs systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques et où ils respectent les obligations fixées par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (Préambule) ⁶³⁵ ». De plus, le maintien de motifs de refus d'extradition est particulièrement inopportun puisqu'il « rentre en contradiction avec la confiance qui doit exister entre lesdits Etats membres et fait obstacle à la coopération judiciaire en matière pénale que prévoit le Traité de Maastricht ⁶³⁶ ». Enfin, soulignons que les Accords de Schengen définissent comme étranger « toute personne autre que les ressortissants

⁶³⁴ Denis RICHARD, *Une contribution européenne aux tendances du droit extraditionnel : la convention du 27 septembre 1996*, JCP 1997. I.3988, op. cit. n° 15.
Sur l'ensemble de la question, voir thèse Laurent DESESSARD, *L'extradition des nationaux*, thèse Poitiers, 1999.

⁶³⁵ Denis RICHARD, op. cit. n°3.

⁶³⁶ Denis RICHARD, op. cit. n°4 : la coopération en matière extraditionnelle est « d'intérêt commun » (art. K1).

« La non-extradition des nationaux est fondée sur la défiance à l'égard des étrangers, alors qu'à l'époque contemporaine et particulièrement en Europe, tout postule la confiance entre Etats membres d'une même communauté. Cette confiance est la base du développement de l'entraide répressive internationale, évolution particulièrement nécessaire à la lutte contre la criminalité qui s'est internationalisée. Elle se fonde sur la standardisation des garanties accordées au justiciable sous l'influence notamment de la CESDH » : Michel MASSE, *L'extradition des nationaux*., RSC 1994. 798., op. cit. n°7.

des Etats membres des communautés européennes⁶³⁷ ». Ainsi, naît une véritable citoyenneté européenne ayant des incidences juridiques, citoyenneté qui ne peut coexister avec une application dogmatique du principe de non-extradition des nationaux du moins à l'échelle européenne. Plus rien ne le justifie ici d'autant que dès lors qu'on a admis l'application de la loi pénale étrangère et l'application unique du critère de territorialité, on ne peut plus refuser d'extrader nos nationaux au profit d'Etats partenaires.

398. Il est en effet évident qu'il est beaucoup plus sensible et moins facile pour un Etat d'appliquer une loi pénale étrangère que d'extrader son national vers un pays de l'Union européenne. L'atteinte à la sacro-sainte notion de souveraineté est bien supérieure dans la première hypothèse.

Enfin , sur le plan constitutionnel, nul doute aujourd'hui que le Conseil constitutionnel ne puisse plus s'opposer à l'extradition des nationaux. Si le professeur Luchaire a pu affirmer que la non-extradition des nationaux est un des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁶³⁸ », il faut remarquer que la jurisprudence relative aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est peu développée⁶³⁹ et ce soi-disant principe « relève plus d'une pratique contingente que d'un principe fondamental⁶⁴⁰ ». Ce principe n'a en définitive rien de fondamental et « il ne manquerait pas d'argument en faveur de la constitutionnalité de l'extradition des nationaux⁶⁴¹ ».

Ainsi donc, l'abolition du critère de compétence particulière pour réprimer la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale est possible et recommandée car elle n'entraîne pas, en la combinant avec l'extradition

⁶³⁷ Art. 1 de la Convention d'application du 19 juin 1990. De même, le traité de l'Union européenne proclame maintenant « citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre » (art. 8 du Traité de Rome modifié).

⁶³⁸ LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés.*, Economica 1987, p. 366.

⁶³⁹ Michel MASSE, *L'extradition des nationaux*, RSC 1994. 798 op. cit. n°8.

⁶⁴⁰ Michel MASSE, op. cit. n°11.

⁶⁴¹ Michel MASSE, op. cit. n°22.

des nationaux, des zones d'impunité. Le critère de la territorialité, critère unique de répression, est un bon critère qui résiste à l'analyse. Il nous reste à le confronter avec le critère de la nationalité afin de déterminer le meilleur choix.

B. LE CRITERE DE LA NATIONALITE

399. Le second critère en France, après le dogme de la territorialité, est celui de la nationalité. Etudions le en tant que critère unique de compétence. Le critère unique doit être conforme au principe de légalité des délits et des peines et doit permettre la mise en œuvre d'une justice saine et équitable.

Ainsi, « la meilleure garantie d'un droit individuel ne serait-elle pas l'application d'une loi unique, fixée une fois pour toutes et qui ne soit pas susceptible de varier avec la détermination, souvent difficile, parfois arbitraire du lieu de l'infraction⁶⁴² » ? Il est ainsi vrai que le critère de la nationalité permet de suivre l'individu partout où il se rend. De plus, cet individu connaît nécessairement sa nationalité. Cet argument* est moins évident lorsque l'on applique le critère de la territorialité, qui peut faire naître, au demeurant, un certain nombre de difficultés en cas de localisation partielle de l'infraction dans un Etat.

Ainsi, lorsque pour justifier la mise en œuvre de la territorialité, on indique le fait que cette compétence est nécessairement connue de l'auteur de l'infraction, on utilise un argument qui « invoqué à l'appui de la loi territoriale justifierait davantage l'application de la loi personnelle⁶⁴³ ». Les défenseurs du critère de la nationalité mettent toujours en exergue la délicate question de la localisation partielle et les problèmes de répressions arbitraires qui s'ensuivent.

⁶⁴² BOUZAT et BREDIN, op. cit. n°14.

⁶⁴³ BOUZAT et BREDIN, *ibidem*.

400. Cependant, l'idée de certitude qui justifierait l'application du critère de nationalité, n'est pas absolue puisque le critère en question est lui aussi soumis à certaines vicissitudes. Les problèmes liés aux cas d'apatridie, aux personnes qui possèdent une double nationalité et à toutes celles qui ont changé de nationalité (puisque'il faut alors déterminer, et cela suppose une part d'arbitraire, quand prend effet la nouvelle nationalité) devront aussi trouver solution.

Par ailleurs, l'argument souvent avancé pour justifier de la nationalité de la répression prend la forme d'une critique de la territorialité de la répression adossée à la notion de prévisibilité. C'est ainsi que pour répondre à la prévision de la répression, argument de la territorialité⁶⁴⁴, on critique cette assertion car « d'une part, c'est une pétition de principe que d'affirmer que le délinquant a normalement prévu l'application de la *lex loci delicti*. C'est supposer la compétence de la loi territoriale connue et respectée comme un principe essentiel de droit, presque comme une vérité première, et la compétence territoriale ne peut, croyons-nous, se servir elle-même de justification. Ensuite, l'auteur de l'infraction peut ignorer, et en fait ignore fréquemment, la loi territoriale, tout autant que sa loi personnelle, sinon davantage⁶⁴⁵ ». Il est patent de constater qu'en doctrine, les tenants de la territorialité et les partisans de la nationalité utilisent le même argument, la nécessaire prévisibilité et donc l'idée du principe de légalité des délits et des peines, pour vanter les mérites du critère en question.

401. Il faut donc convenir que cet argument est inopérant. Si l'on ne peut valablement retenir la notion de prévisibilité pour choisir le critère de la nationalité, puisque finalement cette notion se conjugue à tous les temps, et si l'on ne peut arguer du fait que le critère de nationalité ne pose jamais aucune difficulté⁶⁴⁶, nous sommes enclins à l'écartier d'autant qu'il a un

⁶⁴⁴ DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée.*, p. 925 n°1630.

⁶⁴⁵ BOUZAT et BREDIN, op. cit. n°14.

⁶⁴⁶ Par ailleurs, on peut posséder une nationalité que l'on ignore, de par la complexité des règles attributives de nationalité. Cela est aussi source de difficultés et amoindrit plus encore

côté artificiel non conforme avec ce que doit être la répression d'une infraction.

En effet, lorsqu'une infraction a été commise, elle trouble au premier chef l'ordre public du pays en question et admettre seulement alors le critère de la nationalité, c'est-à-dire choisir la loi du délinquant pour réprimer cet acte, revient à nier le trouble à l'ordre public, en tant que conséquence de l'infraction. Certes, il y aura bien une répression mais elle aura un côté figé et trop éloigné de la réalité matérielle. Lorsqu'une infraction a été commise, la répression est nécessaire mais elle doit être juste c'est-à-dire avoir une fonction sociale, une fonction dissuasive et une fonction réparatrice. Seule l'application de la loi pénale du lieu de l'infraction peut procurer ce type de sanction.

Aussi dans la mesure où nous avons le choix entre deux critères, et quand bien même le critère unique de la nationalité pourrait être un bon instrument pour gérer à la fois les conflits positifs et les conflits négatifs, nous nous prononçons pour l'application du critère de la territorialité car il est plus qu'un instrument, c'est une réponse adaptée à la commission d'une infraction.

Ainsi, donc deux critères peuvent être mis en œuvre. L'un est préférable à l'autre selon nous. Mais tous deux auront d'heureuses conséquences sur le problème de la zone de non-droit. Etudions ces conséquences.

§ 2. LES CONSEQUENCES SUR LE NON-DROIT

402. La solution du critère unique de répression, solution envisageable uniquement au sein de l'Union européenne, vise à se défaire de cette zone de non-droit, de ces problèmes de double répression ou d'impunité qui surviennent parce qu'à un moment ou à un autre du cheminement d'une infraction, une frontière a été franchie et que les principes *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* ne sont pas respectés.

l'illégitimité de la solution tendant à prendre pour critère unique de compétence, la loi personnelle de l'auteur de l'infraction.

Le critère unique de répression va permettre d'éviter la naissance de conflits positifs de compétence en supprimant la problématique de la superposition des différents types de compétence, superposition qui n'est pas toujours respectueuse du principe de subsidiarité (A).

Le critère unique de compétence va également permettre de gérer les conflits négatifs de compétence en ayant vocation à être mis en œuvre de façon la plus large possible, sans laisser de zone d'ombre où aucune compétence ne pourrait s'exercer (B).

A. LA FIN DES CONFLITS POSITIFS

403. Le critère unique de répression permet d'éviter l'écueil des conflits positifs de compétence puisque l'unicité va empêcher que deux types de compétence soient en concours, alors même et surtout qu'elles ne font pas le jeu de la règle *non bis in idem*. Néanmoins, le critère unique de compétence peut se heurter à quelques difficultés de mise en œuvre qu'il nous faut résoudre puisqu'un concours entre deux Etats mettant en œuvre le même critère est possible.

404. Ainsi, en est-il si pour une même infraction, la France et l'Allemagne se déclarent compétentes toutes deux au titre de la territorialité de la répression, chacune estimant que l'infraction a été réalisée sur son territoire. Sachant que la compétence territoriale n'admet pas le jeu de la règle *non bis in idem*, le non-droit suite au conflit positif apparaît. Dans la même optique, la France et l'Allemagne peuvent toutes deux se déclarer compétentes au titre de la compétence personnelle active pour réprimer une infraction ayant été accomplie par un individu possédant la double nationalité franco-allemande. Le problème au demeurant est ici moins grave puisque la mise en œuvre de la compétence personnelle active admet le jeu de la règle *non bis in idem*.

Ce conflit interne, propre à l'exercice de la même compétence, traduit un problème de délimitation et de définition de la compétence. Il faudrait

ainsi arriver, pour éviter le conflit positif à ce qu'il n'y ait pas de zone de jonction. Pour cela plusieurs règles de conflit sont envisageables.

Ainsi, d'abord au niveau de la compétence territoriale, on pourrait admettre la règle de la subsidiarité puisque les Etats qui seront en conflit appartiennent par hypothèse à l'Union européenne, partagent les mêmes valeurs et ne peuvent être soupçonnés de partialité, d'intransigeance ou de non respect des droits de l'homme. Dès lors pour une infraction qui relève aussi bien de la compétence territoriale française ou allemande, peut-on admettre que le second se dessaisisse au profit du premier saisi et qu'il admette le jeu de la règle *non bis in idem* et l'autorité de la chose jugée à l'étranger. Ici encore, une fois admis l'application de la loi pénale étrangère par nos juges ou l'application de la loi pénale française par une juridiction étrangère, plus rien ne s'oppose à ce que l'on admette le jeu de la règle *non bis in idem* en cas de conflit entre compétences territoriales⁶⁴⁷.

Dans cette hypothèse, le trouble à l'ordre public est localisé dans deux pays et la répression du trouble par l'un fait cesser le trouble dans l'autre eu égard à la communauté d'intérêts qui lie les deux pays. Il ne s'agit rien de moins qu'une question de bon sens. C'est une façon aisée de résoudre le problème sans que l'on puisse arguer d'une contestation majeure car cette solution ne heurte aucun grand principe.

405. Cependant, il est toujours possible d'affiner la solution et de trouver un critère subsidiaire pour que le pays de répression soit celui qui ait le

⁶⁴⁷ Ainsi, mais il ne s'agit que d'un projet, une convention (« Convention entre la République française et la République Fédérale d'Allemagne pour la limitation et la prévention des pollutions transfrontières ») entre la France et la République fédérale allemande (en 1985, les deux Allemagnes n'étaient pas encore réunifiées) relative à la pollution transfrontière a vu le jour. Son article 32 conférerait précisément « l'effet extinctif de la chose jugée à une décision définitive sur le fond sans distinguer selon le titre de compétence de l'organe qui l'a prononcée : peu importe que cet organe ait été doté d'une compétence territoriale ou d'une compétence personnelle », André HUET, *Réflexions sur les dispositions « révolutionnaires » de droit pénal international d'un projet de convention relative à la pollution transfrontière.*, in Mélanges VITU, p. 249 et s., op. cit. p.256. Le principe *non bis in idem* est très largement entendu et possède, une fois n'est pas coutume, un effet absolu à l'égard de tous, quel que soit le titre de compétence dont s'est prévalu une juridiction pour trancher un litige. Il s'agit là au demeurant de dispositions « révolutionnaires », puisque dans le même esprit, ce projet de convention « rompt avec le principe de l'unité des compétences législative et juridictionnelle en prescrivant à l'organe compétent d'appliquer ou de prendre en considération une loi pénale étrangère », op. cit. p. 253.

plus de lien avec l'infraction si l'on admet que le trouble à l'ordre public est équivalent dans chacun des deux pays (à défaut, il faudrait mesurer le trouble de chaque pays et accorder le droit de réprimer à celui qui a le plus souffert, mais nous nous heurtons alors à une difficulté pratique : comment mesurer cela ?). Ce critère pourrait par exemple être celui de l'enracinement social développé par Mme. Renée Koering-Joulin dans sa thèse. Au demeurant, cet auteur avait développé cette idée suite à sa virulente critique de la théorie de l'ubiquité et après avoir prôné l'utilisation exclusive de la théorie de l'action ce qui revient à vouloir éviter la création de conflits positifs par une utilisation trop extensive de la notion de territorialité. Or lorsque nous proposons d'utiliser le critère unique de la territorialité, nous avons le même objectif sans pour autant vouloir voir naître des conflits négatifs de compétence⁶⁴⁸.

Si l'on projette dans notre dimension l'idée du critère de l'enracinement social, il faudrait donner compétence au pays du national auteur de l'infraction, pays où en même temps, l'infraction est partiellement localisée. C'est un critère qui permet de mieux ancrer la répression dans une réalité sociologique mais qui à notre avis, n'est pas obligatoire car dans les pays partageant la même communauté d'intérêts, la répression d'une infraction commise partiellement seulement sur le sol d'un Etat est une réponse tout à fait appropriée au trouble à l'ordre public ressenti dans ce pays mais également dans le pays qui n'aura pas pu exercer cette répression. Le critère subsidiaire n'est proposé que pour les esprits chagrins qui n'aimeraient pas « laisser » le soin d'une juste répression à la juridiction la première saisie.

406. Enfin, une autre solution possible en cas de concours entre compétences territoriales est de laisser le tribunal pénal européen se prononcer, en tant qu'arbitre des conflits⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Voir *infra* n°408 et suivants. Le professeur Renée KOERING-JOULIN avait présenté la théorie de l'enracinement social, comme un remède au « vide de la répression » que risquait de créer sa critique de la théorie de l'ubiquité (thèse précitée, p. 9 et 349).

⁶⁴⁹ Voir *infra* n°425 et suivants.

Par ailleurs, pour tout ce qui concerne les concours pour la mise en œuvre de la compétence personnelle active, si celui-ci est le critère unique de compétence, et au cas où un individu aurait une double nationalité, il y a lieu de préconiser les mêmes solutions, pour les mêmes raisons. Ainsi, on peut laisser le soin de réprimer l'infraction en question au tribunal premier saisi, ou choisir le tribunal où l'infraction serait la plus enracinée socialement en cumulant avec le critère subsidiaire de la territorialité. Enfin, on peut laisser le tribunal pénal européen trancher la question.

Ajoutons simplement qu'en cas de double nationalité si l'une de ces nationalités provient d'un pays n'appartenant pas à l'Union européenne, ces solutions ne peuvent plus être mises en œuvre. Le non-droit surgit donc dès lors qu'un élément extraeuropéen apparaît dans le conflit en question. C'est là une évidence qui tient au fait que si plus aucun problème ne se pose au sein de l'Union européenne, les problèmes passés resurgissent au niveau des frontières externes de l'Europe, quel que soit le motif.

Quoi qu'il en soit, et quelles que soient les petites difficultés qui peuvent se présenter, le critère unique de compétence a bien vocation à empêcher la naissance de conflits positifs de compétence, et donc le non-droit souvent afférent. Ce critère va aussi permettre de gérer la problématique des conflits négatifs de compétence.

B. LA GESTION DES CONFLITS NEGATIFS

407. Le critère unique de compétence ne doit pas faire naître de conflits négatifs de compétence. Il doit ainsi veiller à englober toutes les situations et ne laisser place à aucun espace vierge de toute souveraineté et de compétence. Examinons le critère territorial (1) et le critère personnaliste (2) à l'aune de ces recommandations .

1. Le critère territorial

408. Une fois admis la dissociation des compétences législative et judiciaire, « la règle territoriale, ainsi nouvellement définie, aura pour principal objet de rendre toujours une juridiction compétente pour juger l'infraction⁶⁵⁰ » car « dès lors que la confiance s'est instaurée entre certains Etats au point qu'ils accordent une protection identique à des valeurs similaires, il n'y a nul inconvénient à confier à n'importe quelle juridiction le jugement du délinquant. Il importe, en effet, qu'aucune infraction ne reste impunie à cause de susceptibilités étatiques dans la conception de la souveraineté⁶⁵¹ ». Il nous faut cependant nuancer cette assertion car il existe des zones vierges où ne s'exerce aucune souveraineté. De fait, « le système de la territorialité est loin d'être parfait et risque parfois d'entraîner des lacunes dans la répression. (..) Le délit a pu être commis en un lieu échappant à toute souveraineté territoriale (ex : piraterie, détérioration de câbles sous-marins et, un jour, de satellites terrestres)⁶⁵²».

Ainsi pour adopter le critère territorial de façon unique, il nous faut pallier cet inconvénient en créant une zone d'influence sur les espaces dépourvus de souveraineté afin qu'il n'existe plus aucun endroit où ne pourrait s'exercer une compétence territoriale. Au demeurant, la souveraineté d'un Etat s'exerce sur son territoire national, sur le domaine appelé mer territoriale c'est-à-dire une bande de 12 milles marins⁶⁵³ comprise entre la terre et une ligne imaginaire parallèle à la côte, et sur l'espace aérien situé au dessus de l'espace terrestre et de la mer territoriale.

⁶⁵⁰ Jacques LE CALVEZ, op. cit. p. 363.

⁶⁵¹ Jacques LE CALVEZ, *ibidem*.

⁶⁵² Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit. n°289.

⁶⁵³ Loi du 24 décembre 1971, JO 30 décembre 1971. Cette règle fut adoptée par la Convention de Montego Bay du 2 décembre 1982.

409. Donc, tout ce qui ressort de la haute mer et de l'espace interplanétaire est vierge de toute souveraineté. Nous suggérons que de façon conventionnelle, et afin d'éviter l'impunité et le vide de la répression, les Etats exercent une « compétence territoriale d'influence » sur ces espaces et qu'en quelque sorte ils repoussent les limites de la mer territoriale vers le large, ainsi que celles de l'espace aérien vers le haut. Cette extension pour la création d'une zone d'influence n'a pas d'autre vocation que d'empêcher l'impunité⁶⁵⁴. Elle vise à trouver un territoire compétent pour réprimer une infraction commise en haute mer ou dans l'espace interplanétaire. Ce n'est pas une atteinte au principe de la liberté des mers, ce principe étant regardé comme un « principe fondamental du droit international, parce qu'il est l'expression de l'idée que les mers servent à la communication entre les Etats et ne peuvent être l'objet d'une appropriation ⁶⁵⁵ ». L'avantage de cette zone d'influence au niveau aérien est qu'elle permet de répondre à la lancinante question qui est de savoir où est la limite entre l'espace aérien et l'espace interplanétaire⁶⁵⁶. Peu importe alors la réponse puisque quelle que soit la localisation de l'infraction, une compétence territoriale d'influence pourra s'exercer et la commission d'une infraction dans l'espace aérien ne pourra être source d'impunité.

410. En revanche, pour ce qui concerne la zone d'influence en haute mer, si l'on éloigne la limite de la bande territoriale vers la mer, on s'achemine vers une zone de jonction recoupant plusieurs zones d'influence. Ce serait par exemple le cas pour la ligne de la zone d'influence de la France qui

⁶⁵⁴ Ainsi, de façon conventionnelle, notre compétence territoriale s'étend déjà jusque 200 milles marins des côtes françaises en matière de rejet d'hydrocarbures ou d'autres substances nuisibles effectués à partir d'un navire ou d'une plate-forme étranger. Voir Renée KOERING-JOULIN et André HUET, JCL International fasc. 403-10, op. cit. n°37s.

⁶⁵⁵ Roger MERLE et André VITU, op. cit. n°294.

⁶⁵⁶ Roger MERLE et André VITU, op. cit. n° 295 note 3 : « la souveraineté de l'Etat n'englobe cependant pas l'espace interplanétaire situé dans le prolongement de l'espace aérien ; mais où fixer la limite entre les deux ? »

quelque part dans l'Atlantique rencontrera la limite de la mer territoriale bordant les Etats-Unis. Dans cette zone de jonction (qui se retrouve au niveau aérien puisque la zone de souveraineté aérienne se place au-dessus de la zone de souveraineté maritime), le conflit positif apparaîtra ! Pour le résoudre, on ne pourra utiliser les méthodes préconisées auparavant, qui ne sont applicables qu'en cas de conflits entre zone d'influence de pays appartenant à l'Union européenne, telle la règle du premier saisi, ou le choix de l'enracinement de l'infraction, ou encore la saisine du tribunal pénal européen. A l'évidence nous arrivons à la limite du système puisque nous entrons par cet exemple dans l'ordre mondial et que l'élément d'extranéité en cause n'appartiendra pas à l'Union européenne. Les solutions préconisées jusqu'alors ne pourront plus être mises en œuvre car elles supposent un consensus qui mondialement est une pure utopie à l'heure actuelle. Ainsi, dès que l'ordre mondial entre en scène, les réponses au non-droit deviennent moins évidentes et ne sont pas empreintes de la certitude liée à celles préconisées au sein de l'Union européenne.

Or justement, le critère unique de la territorialité n'était envisagé que sous l'angle européen et le non-droit peut donc réapparaître même si nous restons dans le cadre européen car ce dernier n'est qu'une entité limitée qui existe à côté d'autres entités avec lesquelles un conflit peut apparaître. Ainsi, donc éradiquer en totalité le non-droit, même au sein de l'Union européenne, apparaît impossible car l'Europe appartient à un ensemble plus large et cohabite avec d'autres Etats dans un ensemble plus vaste : il se pose donc à un moment ou à un autre un problème de frontière et donc de conflits positifs.

2. Le critère personnaliste

411. Par ailleurs, la mise en œuvre du critère unique de compétence, version critère personnaliste, doit aussi se faire en évitant toute zone d'impunité. Ici encore, une difficulté surgit si l'infraction a été commise par un apatride. Pour résoudre ce problème, les solutions classiques

s'imposent : on peut utiliser un critère subsidiaire d'enracinement tel le lieu de l'infraction ou encore élever le conflit et laisser le tribunal pénal européen statuer pour désigner l'Etat compétent. Les solutions sont simples, sous réserve de l'absence d'influence de l'ordre mondial. Or, il en est ainsi si une personne possède une double nationalité dont l'un des tenants est extra-européen.

412. Ce critère unique de compétence souffre donc des mêmes imperfections que le critère territorialiste. Ainsi même au sein de l'Union européenne, et parce que l'entité Europe n'est pas la seule existant sur cette planète, la disparition complète du non-droit est impossible et il faut donc s'orienter vers un constat d'échec.

Ce n'est pas pour autant qu'il faut renoncer à l'idée du tribunal pénal européen, qui en toute hypothèse, serait un bon instrument de régulation et serait adapté aux exigences de coopération internationale en matière pénale. C'est une des réponses au non-droit au sein de l'Union européenne.

SECTION 2. LE TRIBUNAL PENAL EUROPEEN

413. Le tribunal pénal européen pourrait être une réponse au non-droit au sein de l'Union européenne. Sa mise en œuvre nécessite une convention, mais l'avantage par rapport au réseau mondial est qu'il est nettement plus évident qu'une convention soit ratifiée sans réserve par tous les pays de l'Union européenne plutôt que par tous les pays de l'ordre mondial. Partageant la même communauté d'intérêts, les adhérents à l'Union européenne ont signé le traité de Maastricht précisant que, la coopération internationale est d'intérêt commun. Le tribunal pénal européen pourrait s'inscrire dans ce cadre et être l'instrument favorisant cette coopération internationale. Bien entendu, le concept ne suffit pas. Il faut des moyens pour le faire fonctionner, moyens en Hommes, en argent et en attributions. Il faut également que ce tribunal s'inscrive dans un ensemble plus grand et trouve sa place dans chaque ordre juridictionnel étatique, c'est-à-dire qu'il faut prévoir quelles seront les relations entre les juridictions étatiques et cette juridiction pénale européenne.

414. Assurément, la mise en place de ce tribunal implique une revalorisation de la coopération internationale, puisque de ce fait, elle prendra une ampleur considérable. Le tribunal pénal européen va indubitablement enlever une part de souveraineté aux Etats membres ce qui n'ira pas sans engendrer quelques difficultés⁶⁵⁷. Il faudra mettre en œuvre un Traité sachant que l'instauration d'un tribunal pénal européen, même avec des prérogatives limitées aux conflits de compétence, est un premier pas vers un système fédéraliste ou confédéraliste. Cependant, pour les plus réticents, nous pouvons parfaitement envisager, dans le cadre de l'Union européenne, de ne donner qu'une prérogative pénale à ce tribunal mais uniquement pour les besoins de la gestion des conflits de compétence, ce qui est tout de même minime par rapport à tout le contentieux pénal général. L'orientation vers le système fédéraliste n'est qu'une possibilité et en aucun cas une obligation pour la mise en place de ce tribunal pénal européen.

Examinons donc ce que pourrait être son fonctionnement (§I) , puis quelles seraient ses attributions (§II).

§ 1. SON FONCTIONNEMENT

415. Le tribunal pénal européen doit fonctionner de façon à répondre à son objectif qui est d'éradiquer le non-droit au sein de l'Union européenne. Pour cela, la mise en place d'une juridiction collégiale, nous semble-t-il est nécessaire. Cette juridiction devra suivre un certain nombre de procédures, inspirées de notre droit positif, pour trancher les conflits. Nous allons donc examiner le fonctionnement matériel (A) puis procédural (B) de ce que pourrait être le tribunal pénal européen.

⁶⁵⁷ Ces difficultés sont également celles que nous retrouverons avec l'avènement de juridictions pénales internationales. Voir *infra* n° 491 et suivants.

A. AU NIVEAU MATERIEL

416. Le tribunal pénal européen ne peut être mis en place qu'une fois qu'un traité européen ait été signé et ratifié par tous les pays de l'Union européenne. Il repose donc sur l'idée de consensualisme pour un but profitable à chacun des Etats membres pris séparément. Dans ce traité devra être envisagé le mode de fonctionnement matériel de ce tribunal, à savoir l'organisation de la juridiction de jugement (1) et le problème de la présence d'un procureur (2).

1. La juridiction de jugement

417. Nous estimons donc que la décision, prise par ce tribunal suite à un problème de conflits de compétence, que ce conflit soit positif ou négatif, doit être prise de façon collégiale à la majorité des voix. Pour cela, chaque Etat membre de l'Union européenne, (sachant que tous auront ratifié le traité pour la mise en place d'un tribunal pénal européen et que par la suite pour faire partie de l'Union européenne, la ratification de ce traité devient une condition *sine qua non*), doit désigner un magistrat titulaire et un magistrat suppléant pour siéger dans ce tribunal européen. Chaque Etat choisira donc ses deux magistrats parmi leur élite pour leur haut niveau de compétence et de technicité, pour leur souplesse d'esprit et pour leur imagination leur permettant de faire face, intellectuellement, à la multitude des systèmes juridictionnels que l'on peut trouver au sein de l'Union européenne.

418. Lorsqu'un conflit se présentera ou aura vocation à se présenter, c'est-à-dire chaque fois qu'une affaire pénale présente un élément d'extranéité, le tribunal pénal européen devra être saisi par une ou plusieurs juridictions nationales pour qu'il décide qui doit régler le litige. Pour cela, il faut que la juridiction soit permanente afin qu'elle puisse régler le problème avec un maximum de diligence, dans un souci

d'efficacité conforme au principe d'une bonne administration de la justice. Il ne faudrait pas en effet que l'instauration de ce tribunal, et le recours obligatoire à ce tribunal lorsque se présente un élément d'extranéité soient source de lenteur et accroissent encore inutilement le temps nécessaire à la justice pour statuer. Il nous semble que la décision doit être prise à la majorité des voix . Aussi en cas d'égalité, une voix doit être prépondérante: suggérons que cela soit celle du pays qui préside le conseil de l'Union européenne au jour de la décision ou si ce pays n'est pas représenté, que ce soit la voix du prochain pays devant assurer la présidence. En effet, l'égalité dans la délibération peut survenir du fait que le nombre de pays adhérant à l'Union européenne soit un nombre pair et la non représentation d'un pays est à envisager lorsque l'on statue en matière de conflits positifs. C'est ainsi qu'à cette occasion, nous suggérons que les pays en cause, c'est-à-dire les deux pays en concours (voire davantage), soient écartés des délibérations et du scrutin car ils ne sauraient être juge et partie.

419. Ainsi concrètement par exemple lorsqu'une affaire présente un élément d'extranéité et que deux pays ont vocation à juger cette affaire, la ou les juridictions nationales saisies doivent surseoir à statuer et demander au tribunal pénal européen quel pays est compétent et quelle loi devra donc être appliquée. Le tribunal pénal européen composé d'un juge de chaque Etat de l'Union européenne, exception faite des deux juges (voire davantage) des Etats en cause, se prononcera donc à la majorité et désignera alors l'Etat compétent. Cette décision s'impose à tous les Etats membres et surtout à celui ou à ceux à qui on a dénié le droit de se prévaloir de cette infraction, empêchant ainsi la naissance d'un conflit positif de compétence et assurant une justice digne et humaine. Il nous semble qu'il s'agisse là du plus haut échelon au niveau de la coopération internationale.

2. La présence d'un procureur

420. Cette juridiction, qui ne juge pas au fond, n'a pas besoin en l'état d'un procureur qui décide ou non d'engager des poursuites. Quand un élément d'extranéité se présente, la juridiction nationale sursoit à statuer et renvoie devant le tribunal pénal européen. Cependant, un procureur peut être utile pour la bonne gestion de la réponse à un autre type de problème : celui de l'absence d'incrimination pour toutes les « infractions » aux finances de l'Union européenne. Cette idée a été développée par un groupe de recherche chargé d'élaborer des propositions pour régler le problème de la protection des intérêts financiers de l'Union européenne⁶⁵⁸.

421. Ce procureur serait chargé de mettre en place les procédures, de diligenter les poursuites pour toutes les infractions de nature financière. Le *corpus* juridique prévoit donc auparavant et pour la première fois, une définition claire et précise, conforme au principe de légalité, de ces infractions. « Ainsi l'on a prévu les infractions de fraude au budget communautaire, de fraude en matière de passation de marchés, de corruption, d'abus de fonction, de malversation, de révélation de secrets de fonction, de blanchiment et de recel, et celle d'association de malfaiteurs⁶⁵⁹ ». « Pour ce qui est du ministère public, l'on propose plus précisément la création d'un parquet européen, indépendant tant à l'égard des autorités nationales qu'à l'égard des organes communautaires, et ayant compétence sur tout le territoire européen. (...) L'idée fondamentale est de concevoir des procureurs itinérants, les « procureurs européens délégués », ayant vocation à se déplacer d'un Etat membre à l'autre pour

⁶⁵⁸ Rapport final de cette étude rédigée par le professeur Mireille DELMAS –MARTY. Ce rapport préconise la création d'un *corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. (Economica, 1997, en version bilingue français, anglais).

La même idée a été évoquée par le procureur de Genève, Bernard BERTOSSA, (l'un des juges ayant signé l'appel de Genève), qui estime nécessaire l'instauration d'une autorité judiciaire européenne pour poursuivre sur tout l'espace continental européen (et non pas seulement de l'Union européenne) : voir compte-rendu du colloque d'Avignon du 16 octobre 1998, P. A. 6 novembre 1998, n°133.

⁶⁵⁹ Rosaria SICURELLA, *Vers un espace judiciaire européen : un corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'union européenne.*, RSC 1997. 633., op. cit. p. 634.

exercer la plénitude de leur fonction. Ceci permettrait de dépasser tous les problèmes liés aux commissions rogatoires internationales ⁶⁶⁰».

Lorsque ce procureur aura réuni les preuves et sera allé au terme de son investigation, commencera alors éventuellement une phase de jugement. Ce n'est pas le tribunal pénal européen qui doit être compétent mais bien une juridiction nationale. Le parquet décidera donc en fonction d'une bonne administration de la justice quel pays est le plus à même de juger en fonction de critères tels que le lieu où est concentré le maximum de preuves, l'Etat de résidence ou de nationalité de l'accusé, voire l'Etat où l'impact économique de l'infraction a été le plus important. L'uniformité pour l'interprétation des textes par les différents Etats est assurée par la Cour de Justice des communautés européennes.

Ainsi donc au niveau matériel, le tribunal pénal européen peut être efficacement mis en place à côté d'une institution telle que celle du parquet européen. Ces deux organes auront en charge la délicate mission d'éliminer le non-droit au sein de l'Union européenne. Examinons les procédures qui devront être suivies devant le tribunal pénal européen pour parvenir à ce résultat.

B. AU NIVEAU PROCEDURAL

422. Deux techniques procédurales, empruntées à notre droit positif interne, peuvent être mises en œuvre devant le tribunal pénal européen pour régler les conflits de compétence. Une certaine version de la technique du « règlement de juges » peut permettre de résoudre les conflits négatifs (1). Pour les conflits positifs, le tribunal pénal européen doit devenir une sorte de « tribunal des conflits » chargé de désigner une juridiction compétente, et en l'occurrence ici l'Etat compétent (2).

⁶⁶⁰ Rosaria SICURELLA, op. cit. p. 635.

1. Le règlement de juges à l'échelle européenne

423. « Le règlement de juges est une technique de résolution de conflits entre choses jugées que le Conseil d'Etat a, en l'absence de textes, emprunté à la procédure civile, tout en l'organisant selon des modalités très sensiblement différentes de celles que définissait le Code de procédure civile. (..) Les conflits en cause résultent de l'impossible coexistence de deux jugements, dont l'un est à la fois mal fondé et non susceptible de correction, ce dont résulte ce qu'on peut appeler, au sens large de l'expression, un « déni de justice »⁶⁶¹». Le règlement de juges est notamment pratiqué lorsqu'une juridiction s'est déclarée à tort incompétente et qu'aucun appel n'a été interjeté de cette décision qui est devenue définitive et que parallèlement, le requérant s'est tourné vers une autre juridiction qui s'est déclarée elle aussi incompétente, mais cette fois avec raison. Le déni de justice est alors acquis et le requérant ne trouve pas de juge pour régler son problème.

424. Au niveau du droit pénal international, en cas de conflits négatifs de compétence, il y a aussi deux Etats qui se déclarent incompétents pour régler le litige et donc une infraction impunie. Il s'agit là aussi d'une forme de déni de justice que le tribunal pénal européen, à l'instar du Conseil d'Etat, peut régler en désignant l'Etat compétent et en déclarant nul et non avenu un jugement de déclaration d'incompétence.

Au niveau européen, ce serait constitutif non pas d'un « règlement de juges » mais plutôt d'un « règlement d'ordres juridictionnels » puisqu'en l'espèce ce sont les ordres juridictionnels des Etats qui se déclarent incompétents, faute pour elles d'avoir une compétence préalablement établie sur ce point particulier. Il y avait donc bien une carence au niveau législatif. La mise en œuvre cumulative du critère unique de compétence, aménagé pour répondre aux problèmes de conflits de compétence, et l'instauration d'un tribunal pénal européen chargé de désigner un Etat

⁶⁶¹ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 5^e éd., n°884C p. 792.

compétent afin d'éviter le déni de justice permettent de régler le problème des conflits négatifs de compétence.

2. Le tribunal européen des conflits

425. Notre tribunal des conflits, arbitre des conflits de juridiction entre les deux ordres juridictionnels français (administratif et judiciaire), est lui aussi chargé de régler les conflits négatifs de compétence (ainsi que les conflits positifs de compétence) lorsque par exemple par des décisions définitives, chacun des ordres juridictionnels s'est déclaré incompétent. Il s'agit d'une procédure équivalente à celle du règlement de juges mais elle se situe à un autre niveau puisque le règlement de juges intervient au sein de chacun des deux ordres juridictionnels tant administratif que judiciaire, tandis que le tribunal des conflits intervient entre les deux ordres de juridiction administrative et judiciaire. Sous cet aspect, le tribunal des conflits ne nous intéresse guère car il n'apporte pas de solutions nouvelles que l'on pourrait transposer en droit pénal international. Plus intéressant est le fait que le tribunal des conflits règle également les conflits positifs de compétence qui surviennent lorsque sur un litige donné, l'ordre juridictionnel judiciaire est saisi et que le préfet estime que cette affaire devrait être du ressort de l'ordre juridictionnel administratif. Celui-ci peut élever le conflit par un arrêté de conflit suite au rejet par les juridictions judiciaires du déclinatoire de compétence envoyé précédemment par le préfet au procureur de la République. Le tribunal des conflits doit alors décider si la juridiction judiciaire était valablement compétente ou si au contraire l'affaire aurait dû être jugée par l'ordre administratif auquel cas le tribunal des conflits confirme l'arrêté de conflits et « déclare nul et non avenu le jugement ou l'arrêt de la juridiction judiciaire ayant rejeté le déclinatoire de compétence, ainsi que tous les actes de la procédure judiciaire⁶⁶² ».

⁶⁶² Serge PETIT, *Le tribunal des conflits.*, Que sais je ? , PUF, juin 1994, p. 93.

Le tribunal des conflits est également compétent en cas de contrariété de jugements c'est-à-dire lorsque deux jugements émanant des deux ordres de juridiction sont opposés au fond, et donc incompatibles et qu'ils entraînent un déni de justice. Le tribunal des conflits statue alors sur le fond⁶⁶³.

426. Transposé en droit pénal international, le tribunal pénal européen pourrait régler les conflits positifs de compétence, c'est-à-dire lorsque deux Etats se sont déclarés compétents quant au fond pour réprimer une même infraction et que cela entraîne une atteinte grave au principe *non bis in idem*, en désignant quel Etat est compétent et donc en annulant toute la procédure diligentée dans l'Etat incompetent. Le tribunal pénal européen n'a pas vocation à statuer au fond. Il ne fait que renvoyer vers la juridiction nationale compétente et régler les problèmes procéduraux liés à cette décision : l'annulation des autres procédures, voire des condamnations prononcées dans les Etats déclarés de fait incompetents.

Le tribunal pénal européen ne serait qu'un organe de gestion des conflits et ne pourrait en aucune manière régler au fond les litiges et se substituer aux juridictions nationales. Sa compétence serait limitée au but assigné : répartir les compétences afin que le non-droit ne soit qu'un souvenir au sein de l'Union européenne. En revanche, ces dispositions s'imposent aux juridictions nationales et le contrôle peut être assuré par exemple par la Cour de justice des communautés européennes, habilitée à prononcer des sanctions en cas de non respect. Le seul problème est de savoir si ces sanctions sont efficaces mais *a priori*, il n'y a aucune raison de s'en inquiéter puisqu'à l'origine, le tribunal pénal européen a été voulu par tous les Etats membres et correspond à une nécessité.

Examinons plus avant ses attributions quant au fond.

⁶⁶³ Conflit par contrariété de jugements.

§ 2. SES ATTRIBUTIONS

427. Créé pour régler le problème de la zone de non-droit, le tribunal pénal européen doit avoir deux attributions essentielles : désigner un Etat, et un seul, lorsqu'une affaire présente un élément d'extranéité pour la juger afin d'endiguer conflits positifs et conflits négatifs mais aussi plus en amont, impulser une réflexion afin de définir des normes de répression pour des « infractions » commises au sein de l'Union européenne, mais qui n'ont encore fait l'objet d'aucune incrimination. Un fait, délictuel en puissance, ne doit pouvoir s'absoudre par le passage ou la présence d'une frontière. A côté de ses attributions essentielles, le tribunal pénal européen pourrait avoir vocation à régler le non-droit issu de la période transitoire, c'est-à-dire celui qui existe de par le système actuel et qui ne pourrait plus exister en instaurant un critère unique de compétence cumulé à l'application de la loi pénale étrangère et l'arbitrage du tribunal pénal européen. Le problème en question est celui de l'imputation⁶⁶⁴.

428. La version édulcorée de *non bis in idem*, standard minimum à imposer en toute circonstance et pas seulement au sein de l'Union européenne, génère des problèmes de conversion liés aux différentes législations des Etats parties à l'affaire. Ces problèmes engendrent conflits positifs en ce sens qu'ici encore la présence d'une frontière fait que la punition d'une infraction est supérieure à ce qu'elle aurait été s'il n'y avait eu aucun élément d'extranéité. Aussi, le tribunal pénal européen pourrait avoir vocation à uniformiser les « tables de conversion » et à s'assurer que la mise en œuvre de la règle de l'imputation se fasse de la façon la plus juste sans que le quantum ne soit majoré en raison de cette nécessaire imputation. C'est ainsi que pour le transfèrement de personnes condamnées à l'étranger, le tribunal pénal européen pourrait être un organe régulateur, un arbitre qui tient les comptes et une autorité qui tranche les litiges en la matière en cas de contestation. Bien entendu, le tribunal pénal européen ne peut être compétent que si le transfèrement

⁶⁶⁴ Voir *supra* n° 158 et suivants.

intervient vers un pays de l'Union européenne ou entre deux pays de l'Union, puisque les pays non parties à cette Union ne se sont ni obligés, ni engagés à reconnaître l'autorité de ce tribunal et à s'y soumettre. Cependant, cette fonction d'organe régulateur sera limitée dans le temps, pour la gestion des affaires nées de l'existence du système actuel.

L'essentiel des prérogatives du tribunal pénal européen, prérogatives ayant vocation à se pérenniser, sont la désignation d'une juridiction nationale compétente (A) et l'impulsion pour la création de normes de répression *ad hoc* (B), une fois constatées les nombreuses carences en la matière. Examinons ces deux aspects.

A. DESIGNATION D'UNE JURIDICTION NATIONALE COMPETENTE

429. Cette désignation doit se faire en cas de conflits positifs (1), mais aussi dans l'hypothèse de conflits négatifs (2).

1. Conflits positifs

430. Arbitre des conflits, autorité indépendante de par son statut, autorité éclairée de par sa composition et le choix de ses membres, le tribunal pénal européen peut désigner un Etat et le seul compétent pour régler une affaire lorsqu'un élément d'extranéité se présente.

Si deux Etats, voire plusieurs se déclarent compétents pour attirer à eux une infraction au nom de la territorialité de la répression ou si eu égard à la pratique de la zone d'influence, un conflit positif vient pareillement à naître, le tribunal pénal européen va examiner l'affaire et désigner quel Etat doit être compétent pour une bonne administration de la justice et conformément au principe de légalité des délits et de peines. Le choix ne devra pas être arbitraire, mais au contraire causé par l'examen attentif des faits et la recherche de l'enracinement de l'infraction. Aussi, les décisions du tribunal pénal européen seront motivées en droit et en fait et pourront servir de base à l'élaboration d'une jurisprudence, avec ses forces et ses faiblesses. Le tribunal pénal européen statue sur une question préjudicielle de compétence et ses décisions ne sont pas

susceptibles de recours. Elles entraînent la saisine d'office de la juridiction nationale compétente désignée et dessaisissent dans le même temps celles qui se seraient imprudemment déclarées compétentes.

2. Conflits négatifs

431. Quant au problème des conflits négatifs de compétence, le tribunal pénal européen est chargé de fixer les limites (et de les faire respecter) de la zone d'influence de chaque Etat afin de déterminer pour une infraction commise en haute mer (ou au-delà de l'espace aérien) quel Etat est territorialement compétent. Ici encore, le problème de la zone d'influence ne peut être réglé qu'au niveau du tribunal pénal européen et ne peut en aucun cas être envisagé, voire appliqué par une juridiction nationale sans intervention préalable du tribunal pénal européen.

Responsables de cette nouvelle délimitation de la sphère de compétence territoriale de chaque Etat, les juges du tribunal pénal européen pourront utilement solliciter le concours de géographes et de cartographes quant au problème matériel de délimitation.

432. Dans la même optique, et toujours pour régler les conflits négatifs de compétence, le tribunal pénal européen doit se voir saisi des problèmes d'apatridie afin pareillement de ne laisser aucune prise au non-droit. Si le critère unique de compétence devait être la nationalité ou s'il se présentait le cas d'école souvent évoqué : l'infraction commise en haute mer par un apatride, le tribunal pénal européen devra étudier le dossier et le vécu de la personne en question afin de la rattacher au mieux à un Etat, Etat désigné ensuite comme compétent pour régler le litige. L'Etat désigné devra se soumettre et ne pourra refuser de juger l'individu, même si cet Etat avait préalablement retiré à cette personne le droit d'être son national. Cependant, le tribunal pénal européen prendra soin de désigner un Etat impartial, qui ne nourrirait aucune rancœur particulière envers cet apatride, qui détenait peut-être précédemment la nationalité en question.

Mais ici encore, au sein de l'Union européenne et compte tenu de la composition des Etats membres et de leur haute probité, il est peu vraisemblable que la question vienne à se poser. Ainsi, le tribunal pénal européen aura pour vocation essentielle de désigner, et de pouvoir désigner en chaque circonstance, un pays compétent lorsqu'une infraction présente un élément d'extranéité. Ce rôle d'arbitre lui permet d'être un maillon essentiel pour la résolution des conflits de compétence sans que le non-droit puisse faire son apparition.

433. Ce rôle n'est pas unique car les conflits négatifs peuvent naître, dans un sens beaucoup plus large il est vrai, de l'absence d'incrimination *ad hoc*. Or, la composition du tribunal pénal européen fait que celui-ci est éminemment bien placé pour être également un organe de réflexion en mesure de proposer à terme des réformes législatives et des incriminations nouvelles.

Magistrats chargés de régler les problèmes de conflits de compétence, juristes maîtrisant les arcanes du droit pénal international, les membres du tribunal pénal européen sont à même d'impulser la création de normes de répression *ad hoc*.

B. LA CREATION DE NORMES DE REPRESSION

434. La Cour de justice des communautés européennes affirme qu'en principe la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des Etats membres⁶⁶⁵. Ainsi, il est donc impossible à l'heure actuelle que le parlement européen édicte des lois créant des incriminations qui vaudraient sur tout le sol européen. Cependant, d'autres solutions, moins simplistes, peuvent être suggérées pour que les souhaits des magistrats, auteurs de l'appel de Genève,

⁶⁶⁵ Aff. *Casah*, 11 novembre 1981, n° 208/81, Rec. p. 2595.

soient exaucés , à savoir que « tous les pays incriminent la corruption des étrangers sur le territoire national ⁶⁶⁶».

« Ainsi donc, le droit communautaire qui ne devrait avoir aucune influence sur le droit pénal français fournit des principes ou des solutions par le biais d'un droit dit dérivé dont le respect s'impose tout autant que le droit communautaire direct⁶⁶⁷ ». De fait, puisqu'en France, une norme d'incrimination ne peut résulter que d'une disposition de droit interne, par le biais du droit communautaire cette norme devra obligatoirement être adoptée pour par exemple introduire une directive communautaire. Le parlement français sera ainsi obligé de se soumettre et devra créer la norme d'incrimination en question. « Mais ce sont aussi les règlements communautaires qui peuvent avoir une influence. Ces règlements élaborés par l'exécutif européen sont considérés comme directement applicables, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'une loi ou d'un décret pour leur introduction en droit français (...). Ces règlements sont assimilés à des décrets au regard de l'application des textes dans le temps et de ce fait ne sont pas soumis à la rétroactivité des lois pénales plus favorables⁶⁶⁸ ».

435. Divers outils sont donc à disposition du tribunal pénal européen pour que ces incriminations nouvelles deviennent réalité, bien que ces outils aient toujours à s'appuyer sur la coopération des Etats membres. « Puissant pour tuer ou infléchir les règles de notre droit pénal national⁶⁶⁹ grâce à une primauté communautaire qui n'épargne aucune branche du droit, le droit communautaire devient au contraire un colosse au pied d'argile, lorsqu'il s'agit pour lui d'assurer une sanction à la réglementation

⁶⁶⁶ Claude DUCOULOUX FAVARD, *Pour un espace judiciaire européen.*, Compte-rendu du colloque d'Avignon du 16 octobre 1998., P. A. 6 novembre 1998, n°133.

⁶⁶⁷ Bernard BOULOC, *Droit communautaire et droit pénal interne.*, in Problèmes actuels de science criminelle., tome VI, presses universitaires d'Aix Marseille, 1993, op. cit. p. 11.

⁶⁶⁸ Bernard BOULOC, op. cit. p. 12 et 13.

⁶⁶⁹ NDLR : la CJCE accepte d'empiéter sur le droit pénal des Etats membres au nom du principe posé par l'arrêt *Lotte* (21 mars 1972, aff. 82/71. Rec. p. 123) selon lequel : « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national ».

qu'il édicte. L'incompétence des autorités communautaires pour instituer une norme répressive, les oblige à faire appel à la coopération des Etats pour sanctionner pénalement leurs règlements, si elles ne veulent pas se limiter à des sanctions purement administratives⁶⁷⁰ ».

Ainsi donc, le tribunal pénal européen, organe de réflexion, sera en mesure de faire des propositions quant aux incriminations à créer au niveau européen pour précisément réprimer toutes les atteintes graves portées à l'Union européenne lesquelles ne faisaient jusqu'alors l'objet d'aucune incrimination. De plus, quant à la nécessaire harmonisation à mettre en œuvre au niveau de chaque Etat pour que telle ou telle infraction soit définie et réprimée de la même façon, le tribunal pénal européen pourra avoir recours à un ou plusieurs relais pour que ses propositions aboutissent de façon concrète.

436. Un premier relais pourrait être l'exécutif européen qui édicte des directives et des règlements à destination des Etats membres, à charge pour eux de les faire appliquer ou de les appliquer. Cependant, en l'état du traité de Maastricht, l'exécutif européen ne peut prendre ce type de mesure en l'application de l'article K du Traité qui vise la coopération judiciaire⁶⁷¹. En ce domaine, les institutions ne peuvent qu'adopter des positions communes ou des sanctions communes « qui se substituent aux résolutions, conclusions ou recommandations adoptées antérieurement par les représentants de gouvernements des Etats membres se réunissant dans le cadre de la coopération politique européenne pour les questions de politiques étrangères ou dans un cadre purement diplomatique pour les autres affaires de coopération⁶⁷² ». Il est clair que ces actes ne peuvent avoir d'effet direct dans les Etats membres et qu'ils ont un effet normatif

⁶⁷⁰ Jacques BORE, *La difficile rencontre de droit pénal français et du droit communautaire.*, Mélanges VITU, p. 25., op. cit. p. 40 n°44.

⁶⁷¹ Les directives et les règlements sont des normes édictées uniquement pour les besoins de la mise en place d'une communauté économique. Ce sont des normes prises pour la bonne application de principes tels que la libre circulation des marchandises, des capitaux, des personnes..

⁶⁷² Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'union et des communautés européennes.*, 2^e éd., LGDJ, 1996, op. cit. n°125.

nettement moindre par rapport aux outils traditionnels que sont les directives et les règlements.

Quant à la pratique en la matière, il a été constaté que « les instruments plus classiques tels que les recommandations et les résolutions ont été privilégiées, en édictant parfois des obligations à la charge des Etats sans offrir les garanties d'un instrument juridique⁶⁷³ ».

437. Aussi pour que les travaux du tribunal pénal européen et les propositions subséquentes aient un effet utile maximum, il faudra envisager par le biais d'un traité, et pourquoi pas le traité instituant le tribunal pénal européen, que la coopération internationale et judiciaire devienne une des bases de l'Union européenne au même titre que l'union économique, et que donc directives et règlements puissent être édictés en ce domaine. Le traité instituant le tribunal pénal européen aura donc pour effet de modifier sensiblement le traité de Maastricht et les prérogatives des différentes institutions afin de donner une nouvelle ampleur à l'article K de ce traité.

Enfin, une dernière solution extrême, mais séduisante sur le plan de la coopération internationale et de la résolution des conflits, consiste à proposer « de pourvoir la communauté d'une constitution de type fédéral ou confédéral, reconnaissant au parlement européen les pouvoirs réels d'un organe représentatif, habilité à voter les lois et à les sanctionner pénalement, quand cela est nécessaire. Le régime fédéral ou confédéral a l'avantage de ne pas raisonner en terme de primauté mais en terme de partage de compétence : il fixe le domaine de compétence respective de la loi interne et de la norme communautaire et les deux droits peuvent se développer dans la clarté et dans l'harmonie⁶⁷⁴ ».

Cependant nous quittons là le domaine de la prospective et de ce qui est envisageable pour entrer dans celui plus flou et totalement incertain de l'utopie.

⁶⁷³ Joël RIDEAU, op. cit. p. 128.

⁶⁷⁴ Jacques BORE, op. cit. n°67.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

438. En conclusion, et comme nous avons pu le constater, les solutions au non-droit dans le cadre européen existent et sont du domaine du possible sans pour autant que le non-droit soit anéanti. De fait, l'Union européenne s'intègre à un ensemble plus vaste et communique avec ces autres ensembles. C'est pourquoi des conflits et le non-droit afférent pourront à tout le moins resurgir à ce niveau. Les solutions spécifiques que sont l'instauration d'un critère unique de compétence et la mise en place d'un tribunal pénal européen constituent des atouts importants pour éradiquer le non-droit même si celui-ci continuera parfois de poindre aux confins des frontières de l'Union européenne.

Ces voies d'eau que l'on trouve à ce niveau aboutissent à ce que les solutions ne sont pas totalement imperméables au non-droit. Il s'agit seulement d'une couverture déjà efficace.

Toute autre sera la réponse si l'on envisage le non-droit sur le plan mondial. Cette autre réponse, en forme d'aveu d'impuissance, s'explique par la nécessaire distinction qu'il y avait à élaborer entre solutions européennes et solutions universelles, eu égard à la différence de nature des infractions en cause.

CONCLUSION DU TITRE I

439. Des solutions énergiques au niveau européen peuvent être mises en œuvre pour diminuer significativement le non-droit dans cet espace et aboutir à ce que les grands principes *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* retrouvent les places qui sont les leurs et soient effectivement appliqués.

Il est vrai que pour parvenir au respect des deux principes *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire*, les sacrifices sont importants. Cela est regrettable car des principes aussi fondamentaux devraient pouvoir facilement être appliqués par tout un chacun. Mais, en l'occurrence, lorsqu'il s'agit de droit pénal international, le dogme de la souveraineté de chaque Etat prend le dessus et complique quelque peu la situation. Or si l'on veut bien admettre qu'il est important qu'une justice soit assurée pour la commission de toute infraction et que cette justice ne se fasse pas au détriment du coupable qui a des droits, on pourra facilement pratiquer quelques entorses à la règle de la souveraineté pour que *non bis in idem* et *aut dedere, aut punire* se voient conférer la première place sur la scène européenne.

440. L'application de la loi pénale étrangère est une solution à préconiser en chaque hypothèse. Elle doit être suivie de l'instauration d'un critère unique de compétence pour les Etats européens chargés de réprimer une infraction comportant un élément d'extranéité et la mise en place d'un tribunal pénal européen, arbitre des conflits. Cet arsenal répressif, ciblé vers la résolution efficace des conflits de compétence est une réponse au non-droit. Cette réponse n'est vaine que lorsqu'un élément d'extranéité extra européen vient semer le trouble. Il sera alors fait retour aux solutions actuelles laissant prise au non-droit. Mais la proportion de celui-ci aura significativement régressé. Ces solutions ne peuvent être envisagées au niveau mondial pour des raisons évidentes d'absence de consensus autour d'une idée aussi importante qu'une justice juste et proportionnée.

Par ailleurs, quant aux infractions qui lèsent la communauté internationale et heurtent notre conscience universelle, le problème est

différent puisqu'il s'agit en premier lieu de mettre fin aux conflits négatifs de compétence et de s'assurer que les coupables soient punis. Pour y parvenir, les éléments de solution doivent être impérativement recherchés sur la scène internationale.

TITRE II

POUR DES ELEMENTS DE SOLUTION AU NIVEAU MONDIAL

441. Pour les infractions présentant un élément d'extranéité, les solutions précédemment énoncées ne peuvent être sérieusement envisagées au niveau mondial. Mais il est un domaine que seule la communauté internationale est à même d'appréhender : celui des crimes internationaux, ceux qui bouleversent cette communauté, la conscience universelle et qu'on ne peut décentement pas laisser impunis. Il est au demeurant exact que chaque Etat, conscient de ce problème, met en œuvre une compétence universelle pour pouvoir réprimer en son sein la commission de telles infractions. Ce mécanisme a été institué car il est apparu évident que les Etats du lieu de commission de ces infractions ne seraient pas aptes ou ne voudraient punir les auteurs de celles-ci. Le mécanisme de la compétence universelle permet de préserver quelque peu le respect de la règle *aut dedere, aut punire* puisqu'il prévoit la possibilité pour chaque Etat de réprimer des infractions extraterritoriales qui par leur nature sont contraires à la conscience universelle et lèsent la communauté internationale dans son ensemble. Mais outre le fait que tous les crimes internationaux ne sont pas couverts par une compétence universelle⁶⁷⁵, il faut aussi constater qu'il est malaisé de fournir une juste répression d'une infraction pour le seul motif que la personne a été appréhendée sur notre territoire. L'application de la loi pénale française en la matière est sujette à caution : il est difficile de réunir les preuves

⁶⁷⁵ Un génocide perpétré à l'étranger ne relève pas de notre sphère de compétence universelle. Seul le génocide commis en France est punissable au titre de la territorialité de la loi pénale. Or, il se révèle incontestable que le crime de génocide commis à l'étranger heurte la communauté internationale dans son ensemble et bafoue le droit humanitaire. Seule une action sous l'impulsion de l'ONU peut entraîner une condamnation par la communauté internationale de ces forfaits. Il en va ainsi lorsque l'ONU prévoit la mise en place de juridictions pénales internationales.

nécessaires à la condamnation du coupable et les bureaux des procureurs souvent encombrés par les affaires trouvent un intérêt moindre à résoudre ces problèmes puisque le trouble à l'ordre public en France est, pour eux semble-t-il, peu important dès lors que l'infraction, aussi grave soit-elle, a été commise à des milliers de kilomètres.

442. Ainsi, pour le bon respect du principe *aut dedere, aut punire*, pour assurer une juste répression pour les criminels de toutes espèces qui ont commis les crimes les plus graves, une justice internationale a été mise en œuvre, se voulant la réponse adaptée à la commission de ces infractions, se voulant être un pas décisif sur la scène internationale de façon à renforcer le dispositif coercitif.

Des tribunaux pénaux *ad hoc* ont été mis en place afin d'apporter une réponse ponctuelle à la commission de crimes internationaux (chapitre I). Cette nécessité a mis sous le feu de la rampe les carences du droit international en matière pénale. Aussi, il a fallu songer à mettre en place des solutions plus pérennes en la matière qui seraient toujours à même de répondre efficacement aux infractions heurtant la conscience universelle (chapitre II).

Examinons si ces éléments de solutions que nous offre la communauté internationale sont probants et s'ils sont à même de remplir la tâche assignée. Nous constaterons que la réponse apportée aux difficultés énoncées se révèle largement imparfaite.

CHAPITRE I : Les tribunaux *ad hoc*

CHAPITRE II : Les solutions pérennes

CHAPITRE I

LES TRIBUNAUX *AD HOC*

443. Les exactions commises en ex-Yougoslavie ces dernières années ainsi que les massacres perpétrés au Rwanda sont d'une telle ampleur qu'il ne semble pas possible qu'une justice sereine et efficace, dépourvue de passion, soit rendue par les autorités de ces deux pays. Pour que ces crimes ne restent pas impunis, il a été nécessaire que la communauté internationale utilise un certain droit d'ingérence pour pacifier les relations au sein de ces pays et pour rendre des sentences appropriées pour les coupables de ces crimes constitutifs de génocide et d'actes de barbarie. Le principe *aut dedere, aut punire* ne peut en effet se contenter d'une justice parcellaire prononcée dans un pays en guerre ou dans un pays où toute expression est empreinte du voile de la haine. Une justice impartiale, internationale a donc dû être mise en place sous la forme de l'instauration de tribunaux *ad hoc*.

444. Ces juridictions *ad hoc* ne sont pas les premières instituées sur la scène internationale. Aussi les tribunaux *ad hoc* de La Haye et d'Arusha ont-ils bénéficié de l'expérience passée à Nuremberg et à Tokyo (section 1). Une fois installées, le problème crucial provient de la nécessaire coexistence entre ces juridictions internationales *ad hoc* et les juridictions nationales de chaque Etat qui ont institué une compétence universelle pour pouvoir réprimer également les crimes internationaux commis à l'étranger lésant la communauté internationale. De l'étude de la compétence des juridictions internationales (section 2) et de l'exercice effectif de cette compétence, notamment quant au partage des compétences entre juridictions internationales et juridictions nationales,

dépendra le caractère pertinent ou non de la solution que sont les juridictions *ad hoc* face au problème du non-droit et de l'impunité des auteurs des crimes internationaux.

SECTION 1. L'INSTITUTION DES PREMIERES JURIDICTIONS PENALES INTERNATIONALES

445. Par le biais de la compétence universelle, les juridictions françaises peuvent dans toutes les hypothèses énoncées aux articles 689 et suivants du CPP se saisir d'infractions qui lèsent la communauté des intérêts universels, des infractions qui ne peuvent rester impunies car portant gravement atteinte à la dignité de l'espèce humaine. Cependant, la compétence universelle n'a pas vocation à résoudre tous les problèmes issus notamment de la commission d'infractions d'ampleur considérable car le plus souvent, le lien est ténu entre la saisine de la juridiction française sur le fondement de la compétence universelle et l'infraction en cause (puisque par exemple, l'arrestation en France d'un auteur d'une de ces infractions suffit pour rendre les juridictions françaises compétentes). La fonction répressive en France peut être donc sujette à caution.

Aussi dans certains cas, il a été jugé préférable d'instaurer de véritables juridictions pénales internationales qui auront vocation à se saisir d'infractions internationales lésant le droit des gens et heurtant la conscience universelle. Cependant, la création puis l'instauration de ces juridictions ne s'est pas réalisée de façon aisée. Le problème de la souveraineté nationale et des atteintes indiscutables qui allaient s'en-suivre, rendait la chose difficile.

446. En effet, créer des juridictions pénales internationales, c'est leur donner des compétences ce qui signifie pour les juridictions nationales soit un abandon, soit un partage de compétence, l'un et l'autre étant porteurs d'immenses difficultés. Néanmoins, l'objectif à atteindre, les progrès pour l'humanité, la justice universelle, et donc une diminution corrélative du non-droit a eu raison de ces entraves puisqu'à l'heure actuelle, des juridictions pénales internationales fonctionnent.

Si ces juridictions fonctionnent, c'est parce qu'elles ont eu des ancêtres qui ont également eu à se saisir d'infractions internationales lésant ce qui allait devenir la conscience universelle. Ce sont en effet les exactions nazies qui ont révélé l'ampleur de ce que pouvait être le crime au niveau

international et qui ont induit la naissance d'une certaine conscience universelle et d'un droit humanitaire.

Si les premiers tribunaux pénaux internationaux sont ceux de Nuremberg et de Tokyo, une seconde génération a vu le jour à la défaveur des crimes gravissimes commis cinquante années plus tard. Cette seconde génération de tribunaux *ad hoc* a su tirer partie de l'expérience passée, a su moderniser la pratique du droit humanitaire. Nous examinerons donc successivement les tribunaux de la première génération (§ 1), puis ceux ayant vu le jour à la veille du troisième millénaire (§ 2).

§ 1. LES TRIBUNAUX DE LA PREMIERE GENERATION

447. Deux conflits mondiaux ont secoué le vingtième siècle. A la fin de la première guerre mondiale, la répression s'est voulue systématique. « Le traité de Versailles du 28 juin 1919 a mis l'Empereur Guillaume II en accusation devant une juridiction internationale et les tribunaux militaires nationaux ont été autorisés à juger les allemands accusés de crime de guerre⁶⁷⁶ ». Le résultat fut un échec patent puisque les Pays-Bas ont refusé d'extrader l'Empereur, que l'Allemagne n'a pas livré ses ressortissants et que les rares procès se sont soldés par des acquittements. C'est pour éviter ce désastre que les puissances alliées décidèrent au cours du second conflit mondial de créer des tribunaux *ad hoc* en vue de juger les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Cette décision entraîna la naissance des premiers tribunaux internationaux, tribunaux *ad hoc*, que sont les juridictions de Nuremberg et de Tokyo . Mais la naissance de ces juridictions s'est faite sous le sceau de la précipitation puisqu'elles ont été créées dans l'urgence de l'après-guerre et ont été pensées alors que le conflit mondial était à son apogée. Aussi le problème de la légalité de l'institution du tribunal de Nuremberg ainsi que celui du jugement et des peines prononcées a été soulevé et

⁶⁷⁶ Jacques FRANCILLON, Crime de guerre, crime contre l'humanité., JCL International fasc. 410, 1993, op. cit. n°11.

doit être précisé. Il nous faut donc examiner l'avènement des juridictions de Nuremberg et de Tokyo (A) puis la légalité de ces juridictions (B).

A. LA MISE EN PLACE DES TRIBUNAUX DE NUREMBERG ET DE TOKYO

448. « Le droit peut souvent naître du pire⁶⁷⁷ ». Si l'auteur de cette phrase vise les exactions commises en ex-Yougoslavie et la création consécutive d'un tribunal pénal international *ad hoc*, nous pouvons remonter plus loin dans l'histoire pour évoquer de la même manière la naissance des deux premiers tribunaux *ad hoc* nés des atrocités commises au cours de la seconde guerre mondiale : le tribunal de Nuremberg (1) et le tribunal de Tokyo (2).

1. Le tribunal de Nuremberg

449. Le tribunal militaire international de Nuremberg a été créé par l'accord de Londres du 8 août 1945. Il a été introduit en droit interne, avec le statut qui lui est annexé, par un décret du gouvernement provisoire de la République du 6 octobre 1945. Cependant, dès 1941, « les puissances alliées ont averti solennellement les autorités ennemies de leur intention d'assurer le châtement effectif des crimes de guerre et d'autres atrocités⁶⁷⁸ ». Cet avertissement fut consacré formellement par la Déclaration de Moscou du 30 octobre 1943 prévoyant la création d'une juridiction internationale pour juger « les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe⁶⁷⁹ », les autres étant laissés au bon soin des

⁶⁷⁷ Pierre Marie MARTIN, *La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt Tadic, tribunal pénal international, chambre d'accusation, 20 octobre 1995)*, D. 1995 chr. 157.

⁶⁷⁸ Jacques FRANCILLON, JCL International fasc. 410, op. cit. n°12.

⁶⁷⁹ Art. 6 du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg.

tribunaux nationaux. L'ampleur de la tâche⁶⁸⁰ ne permettait pas au tribunal de Nuremberg de juger tous les criminels nazis.

Et si « la répression n'a frappé, en définitive qu'un nombre relativement restreint de criminels de guerre, pour des raisons d'ailleurs diverses⁶⁸¹ », la création du tribunal de Nuremberg a tout de même permis de dégager « une jurisprudence de portée générale qui a été systématisée par la Commission du droit international en 1950. On a pu y voir l'affirmation d'un droit pénal de l'ordre international⁶⁸² ».

« Tribunal de la conscience universelle⁶⁸³ », le tribunal de Nuremberg n'a pas su faire échec aux démons qui hantent inévitablement les prétoires des tribunaux des vainqueurs : les excès⁶⁸⁴. Cependant, et à ce niveau sans que l'on puisse parler de non-droit, comme le relevait Donnedieu de Vabres, magistrat de ce tribunal, « mieux vaut une justice imparfaite que la carence de la justice⁶⁸⁵ ».

2. Le tribunal de Tokyo

450. Contemporain du tribunal de Nuremberg, le tribunal de Tokyo institué par une proclamation du 19 janvier 1946, et devant qui 28 personnes ont comparu entre 1946 et 1948 pour les crimes commis en Extrême-

⁶⁸⁰ Danièle MAYER, *Leçons à tirer des quelques rares expériences de fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux.*, D. 1999 chr. 215., op. cit. p. 216 : « l'une des raisons d'être des juridictions internationales est l'ampleur, l'énormité des entreprises criminelles à juger ».

⁶⁸¹ Jacques FRANCILLON, JCL International, op. cit. n°13.

⁶⁸² Bruno GENEVOIS, *Le conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n° 98. 408 du 22 janvier 99.*, RFDA n°2 mars- avril 99, p. 285, op. cit. p. 287.

⁶⁸³ Introduction au colloque de Bruxelles, 1987, sur le procès de Nuremberg. In Michel MASSE, *Du procès de Nuremberg à celui de P. Touvier, en passant par l'affaire Barbie.*, RSC 1989. 798.

⁶⁸⁴ Pierre Marie MARTIN, *La cour pénale internationale : quel avenir pour une illusion ?*, D. 1998 chr. 337 : « les malices de la chronologie font que les accords de Londres établissant le tribunal de Nuremberg ont été signés le 8 août 45, deux jours après que les américains eurent utilisé la première arme atomique sur Hiroshima et la veille de l'emploi d'une seconde bombe contre Nagasaki ».

⁶⁸⁵ Cité par GENEVOIS, op. cit. p. 288.

Orient⁶⁸⁶, n'a pas pu dégager les conséquences de certaines maladroites. Gageons que les tribunaux *ad hoc* de la seconde génération ont su tirer le meilleur profit des expériences passées. Gageons également que le problème de la légalité de ces institutions a été mieux négocié pour les tribunaux de La Haye et d'Arusha que pour ceux de Nuremberg et de Tokyo.

Ainsi, si l'on a pu écrire au sujet du TPIY (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie) que « le juste désir de juger (comme à Nuremberg) se double désormais du désir de juger juste⁶⁸⁷ », c'est bien parce qu'à Nuremberg, et même si le tribunal a fonctionné effectivement, la question de la légalité de cette institution s'est sérieusement posée.

B. LA LEGALITE DE CES JURIDICTIONS

451. Deux principes fondamentaux doivent être respectés par toutes les juridictions : *nullum crimen, sine lege* (1) et *nulle poena, sine lege* (2). Examinons si les premières juridictions pénales internationales les ont appliqués rigoureusement.

1. *Nullum crimen, sine lege*

452. S'il est un grand principe en notre droit pénal, et même plus généralement en droit pénal général, c'est celui de « *nullum crimen, sine lege* » qui emporte comme corollaire le principe de non-rétroactivité de la loi pénale. Or, au sujet du tribunal de Nuremberg, mais la question reste tout aussi pertinente à propos du tribunal de Tokyo car ces deux tribunaux ont fonctionné dans un même trait de temps, il faut se demander si l'application du statut de Nuremberg à des faits antérieurs au 8 août 1945 (date de l'accord de Londres qui établit un tribunal militaire international pour juger les grands criminels de guerre) a méconnu le principe de non-rétroactivité de la loi pénale.

⁶⁸⁶ Pierre Marie MARTIN, op. cit. p.340.

⁶⁸⁷ Pierre Marie MARTIN, op. cit. p. 339.

En effet, au terme de l'article 6 du tribunal de Nuremberg et de l'article 5 de la charte du tribunal de Tokyo, trois catégories d'actes sont soumis à la juridiction du tribunal : crime contre la paix, crime de guerre et crime contre l'humanité. Ces incriminations sont-elles préexistantes aux statuts en question auquel cas le principe de non-rétroactivité de la loi pénale est respecté, ou au contraire ne prennent-elles naissance que du fait de ces chartes et donc leur application par un tribunal à des faits antérieurs à ces naissances est-elle contraire au principe de non-rétroactivité ?

453. La doctrine est fortement divisée à ce sujet ce qui laisse entendre qu'il y a au moins un sérieux doute quant à la question de la légalité de ces institutions que sont les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo.

Au demeurant, pour le tribunal de Nuremberg, il y a bel et bien non-respect de ce principe, mais un non-respect justifié. Au sujet des crimes de guerre, le tribunal a considéré que le statut est déclaratif d'un droit préexistant et non créateur d'un droit nouveau. De plus, pour les crimes contre la paix, le tribunal a estimé que les Etats souverains, puisqu'ils avaient signé des traités solennels, en agressant d'autres Etats et donc en violation des traités, violaient « en pleine connaissance de cause » le droit international. Plus délicate est la justification pour l'incrimination de crime contre l'humanité. Aussi la charte a-t-elle pris le soin de définir ce crime en exigeant un lien de connexité avec le crime de guerre ou le crime contre la paix (le tribunal n'a donc pas retenu le crime contre l'humanité pour des faits antérieurs au premier septembre 1939 vidant ainsi selon certains « de sa substance⁶⁸⁸ » la notion même de crime contre l'humanité).

A terme, la double qualification de crime de guerre et de crime contre l'humanité a été retenue pour 14 accusés et « en fin de compte, deux accusés seulement (..) ont été punis du seul chef de crime contre l'humanité : Von Schirah, en raison de ses actes contre les juifs de Vienne, et Streicher, en raison de son étroite spécialisation dans la propagande antisémite⁶⁸⁹ ». Aussi au moins pour ces deux personnes,

⁶⁸⁸ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°19. Pour ces auteurs, la notion de crime contre l'humanité s'est « volatilisée » (*ibidem*).

⁶⁸⁹ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *ibidem*.

peut-on estimer que la règle de la non-rétroactivité a été bafouée, certes pour une répression qui se voulait juste, mais par une répression illégale néanmoins.

454. Il nous faut ainsi nous demander si une répression pour des faits dépassant l'entendement peut se faire en employant tous les moyens et en bafouant au besoin les grands principes de notre droit ou si au contraire, la répression ne peut être faite que dans le strict respect du principe de légalité, ce qui induit de fait la pérennisation de comportements inacceptables et qu'on ne pourra pas punir. La fertilité de l'esprit humain est telle que l'apparition de nouveaux comportements, qui ne sont que par essence criminels, se fera avant que le législateur n'intervienne.

Enfin, dans l'hypothèse plus particulière de crime contre l'humanité, et uniquement dans celle-ci car elle atteint le comble de ce que l'on puisse imaginer et parce qu'il n'y a pas besoin d'incrimination spécifique pour que tout un chacun, en conscience, sache que ces comportements sont nécessairement criminels, ne peut-on pas faire une exception ou au moins entendre au sens large ces principes que l'on veut traditionnellement d'interprétation stricte ?

455. Cette analyse partagée par Donnedieu de Vabres qui a été juge au tribunal de Nuremberg, sera également la nôtre. L'exclusion du principe de la légalité dans les rapports internationaux apparaissait pour Donnedieu de Vabres « d'emblée comme inadmissible car il y a au fond de la règle *nullum crimen*, une vérité générale et permanente⁶⁹⁰ ». Ce faisant, il répond à l'analyse de Glaser qui estimait que le principe de non-rétroactivité n'avait pas été méconnu à Nuremberg car « dans le droit international actuel, il n'y a pas de place pour le principe *nullum*

⁶⁹⁰ DONNEDIEU de VABRES, *Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines.*, Rev. droit pénal et criminel 1946- 1947, 813.

*crimen*⁶⁹¹». Au contraire nous semble-t-il, c'est justement au moment où règne le plus grand chaos et où n'existe aucune codification, aucune réglementation écrite, qu'il faut revenir aux grands principes du droit pénal qui doivent toujours servir de guide quant à la conduite à tenir et quant à la manière d'appréhender une situation pour régler par exemple ce qui ne relevait alors que de l'inimaginable. Face à un désastre de cette ampleur, la seule solution était de se raccrocher aux grands principes préexistants tout en les aménageant s'il y avait lieu, et en les adaptant à la situation nouvelle.

Ainsi pour Donnedieu de Vabres, « il n'est pas vrai non plus de prétendre que cette règle a une valeur absolue⁶⁹² », son application ne doit pas être rigide et « il est normal que cette souplesse se rencontre à un plus haut degré dans l'évolution du droit pénal international [étant donné que] l'exigence d'incriminations précises et de sanctions nettement définies s'adapte mal aux aspects changeants de la vie et de la délictuosité internationale⁶⁹³». Donc pour Donnedieu de Vabres, le principe *nullum crimen* n'a pas été violé par le tribunal de Nuremberg pour les crimes de guerre et les crimes contre la paix préexistants, ceux-ci étant soit prohibés par le droit international, soit même par les droits nationaux pour un certain nombre de crimes de guerre. Pour les crimes contre l'humanité, Donnedieu de Vabres était plus réservé, mais il estimait en définitive que « comme tous les faits que le tribunal a réprimés de ce chef sont en même temps des crimes de guerre (..) la règle *nullum crimen sine lege* est pratiquement inviolée⁶⁹⁴ (c'est nous qui soulignons)».

Il nous faut ainsi remarquer que l'apport essentiel de cette juridiction, et sans contestation possible, est d'avoir incriminé le crime contre l'humanité. Cette œuvre de codification sera précieuse pour l'avenir, notamment pour les juridictions françaises qui auront à juger Klaus Barbie, Paul Touvier et

⁶⁹¹ GLASER, *Le principe de la légalité des délits et des peines et le procès des criminels de guerre.*, Rev. droit pénal et criminel 1947- 1948, 230.

⁶⁹² DONNEDIEU de VABRES, *ibidem* (en évoquant la règle *nullum crimen*).

⁶⁹³ DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* p. 816.

⁶⁹⁴ DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* p. 827.

Maurice Papon , ainsi que pour la rédaction des statuts prévoyant la création des tribunaux *ad hoc* de la seconde génération (La Haye et Arusha).

456. Enfin une dernière partie de la doctrine est encore plus catégorique puisqu'elle affirme qu'il y a bien eu violation à Nuremberg du principe de non-rétroactivité sans se prononcer sur le point de savoir si la morale, l'équité ou la conscience universelle n'exigeait pas une exclusion de ce principe. Ainsi, pour les professeurs Koering-Joulin et Huet : « certes le droit international antérieur au statut de Nuremberg prohibait déjà les guerres d'agression et les crimes de guerre ; certes, de multiples déclarations faites par les alliés pendant la seconde guerre mondiale avaient dénoncé les atrocités allemandes et proclamé leur intention de traduire en justice les criminels de guerre (...). Mais ni le droit international, ni ces déclarations n'avaient édicté la moindre sanction pénale. L'incrimination proprement dite ne date que du 8 août 1945 et la charte du tribunal de Nuremberg d'où elle découle fut bien appliquée rétroactivement⁶⁹⁵ ». Aussi, on peut affirmer sans se tromper que le principe *nullum crimen, sine lege* a bien été violé à Nuremberg sans pour autant que nous trouvions cela hautement condamnable.

2. *Nulle poena, sine lege*

457. Plus problématique est que corrélativement le principe *nulle poena sine lege* a aussi été violé puisqu'il va sans dire que si les incriminations en question n'étaient pas préexistantes, le quantum des peines non plus. Or dans l'hypothèse particulière de Nuremberg (et de Tokyo), un certain nombre de peines de mort ont été prononcées et mises à exécution. Or si ces peines faisaient bien partie des peines prononçables par les Etats parties au tribunal de Nuremberg à l'époque des faits, il est condamnable

⁶⁹⁵ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international.*, op. cit. n°23. Même position pour Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit. n°152 et 154.

selon nous d'avoir prononcé de telles peines alors même qu'il y avait un sérieux doute quant à l'existence d'une incrimination préalable. Si l'on doit accepter de prononcer des peines capitales, encore faut-il que toutes les précautions aient été prises pour que cela se fasse dans la plus stricte légalité sans qu'aucune contorsion juridique ne puisse pallier à cela et sans que les libertés prises avec l'incrimination de crime contre l'humanité ne puissent avoir de conséquences au niveau de la peine prononcée. Selon nous, cette attitude est condamnable et s'apparente au non-droit même si certains peuvent trouver excessif d'évoquer le droit pour des personnes coupables des pires atrocités. Il nous semble que nous n'aurions pas dû franchir cette limite. Ce faisant elle entache sérieusement le travail accompli par le tribunal de Nuremberg. Il s'agit, nous l'espérons, à tout le moins d'un exemple qui devra ne pas être suivi. Aussi, alors que la peine de mort était une peine en vigueur en France à l'époque de Nuremberg, ne pouvons-nous pas accepter l'analyse selon laquelle, pour les crimes contre l'humanité et eu égard à toutes les dérogations procédurales que ce crime impose, « une peine de mort spéciale serait concevable alors même que cette sanction a disparu dans l'échelle des peines pour les infractions au droit pénal interne⁶⁹⁶ ».

458. De plus, le problème de la légalité a encore été soulevé à propos des tribunaux *ad hoc* de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda mais puisque « la justice pénale internationale a bénéficié d'une évolution générale défavorable à la peine de mort⁶⁹⁷ », cette indétermination est moins gênante en ce sens que la peine de mort est expressément exclue, et que l'on peut toujours se référer à l'échelle des peines de la législation interne territoriale.

Ainsi, la création des tribunaux *ad hoc* de Nuremberg et de Tokyo a été une avancée certaine pour ne pas laisser exister le non-droit et l'impunité pour les crimes les plus abjects, mais cette création a un prix, celui de la

⁶⁹⁶ George DESOUS, *Réflexions sur le régime juridique de crimes contre l'humanité (à propos des arrêts Barbie)*, RSC 1984. 659, op. cit. p. 682.

⁶⁹⁷ Danièle MAYER, op. cit. p. 216.
La peine de mort est écartée par les statuts de La Haye et d'Arusha.

légalité. Ce prix a certes été facile à payer lorsque l'on prend en compte la nature des crimes poursuivis, ce prix laisse cependant un certain goût d'amertume. Ces imperfections résultent de l'immatunité et de l'inexpérience. Aucune excuse de ce type ne pourra donc être trouvée, s'il y avait lieu, pour les tribunaux *ad hoc* de la seconde génération.

§ 2. LES TRIBUNAUX AD HOC A LA VEILLE DU TROISIEME MILLENAIRE

459. La punition qui suivit les massacres commis lors de la seconde guerre mondiale pour un certain nombre de responsables, n'a pas empêché et n'empêchera pas que de tels crimes soient à nouveau commis. La fin de ce second millénaire est ainsi le théâtre du renouveau de cette violence qui engendre morts et mutilations par millions au nom de contingences ethniques, raciales ou religieuses. Face à ces actes qui relèvent des incriminations de crime contre l'humanité, génocide et torture, deux tribunaux *ad hoc* en ex-Yougoslavie (A) et au Rwanda (B) ont été institués à l'initiative du conseil de sécurité de l'ONU et sous la pression de l'opinion publique. Ces tribunaux visent à empêcher l'impunité des auteurs et des responsables de ces actes et à prononcer une juste sanction, à la hauteur de la gravité des crimes poursuivis.

A. LE TRIBUNAL DE LA HAYE

460. « 50 années séparent deux décisions : l'unique jugement rendu à Nuremberg par le tribunal militaire international ; et le premier arrêt rendu à La Haye, par le tribunal pénal sur l'ex-Yougoslavie. En 1946 : le jugement de Nuremberg. En 1996 : le premier arrêt sur le fond rendu par le tribunal de La Haye sur l'ex-Yougoslavie, crée en 1993 par le Conseil de sécurité. 1996 marque aussi le début des activités du tribunal pénal

d'Arusha, créé en 1994 pour juger les actes de génocide au Rwanda. (..) 50 années ! deux générations⁶⁹⁸ ».

Par sa résolution 808 du 22 février 1993, le Conseil de sécurité des Nations Unies a décidé « la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ». A peine plus de trois mois plus tard, par sa résolution 927 du 25 mai 1993, il le dotait d'un statut et, les juges ayant été élus le 17 septembre, le tribunal a pu se réunir à La Haye le 17 novembre 1993. Ainsi, en l'espace de huit mois, on a pu voir la création effective d'un tribunal pénal international. C'est une véritable prouesse technique. Cependant, « la célérité de cette création témoigne de l'urgence qu'elle revêtait aux yeux du Conseil et de ses membres⁶⁹⁹ ».

En effet, le conflit existant en ex-Yougoslavie depuis 1991, et face auquel les interventions extérieures en vue de ramener la paix demeurèrent vaines, a dégénéré en une sauvagerie digne des « meilleures heures » du régime nazi. Ainsi, le Conseil de sécurité lui-même a relevé dans sa résolution 827 « des violations flagrantes et généralisées du droit humanitaire international » consistant notamment en « tueries massives, détentions et viols massifs organisés et systématiques des femmes et la poursuite de la pratique du « nettoyage ethnique » pour acquérir et conserver un territoire ».

461. La notion de rapidité, qui a entouré la création du TPIY, est toujours présente maintenant que ce tribunal fonctionne. Celui-ci a rendu son premier jugement le 10 août 1995, un appel a été interjeté contre cette première décision et la chambre d'appel a rendu son premier arrêt le 2 octobre 1995 (arrêt Tadic)⁷⁰⁰. Le TPIY « commence à trouver un « certain

⁶⁹⁸ Pierre Marie MARTIN, *La Cour pénale internationale : quel avenir pour une illusion ?*, op. cit. p. 337.

⁶⁹⁹ Alain PELLET, *Le tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive ?*, RGDipubl 1994. 7, op. cit. p. 9.

⁷⁰⁰ Pierre Marie MARTIN, *ibid* : « le premier arrêt d'une juridiction est toujours important. Il peut se révéler déterminant pour fournir les assises d'une construction jurisprudentielle ».

rythme de croisière » après quelques péripéties procédurales qui ont quelque peu entaché sa crédibilité⁷⁰¹ ». Ainsi, les 9 et 10 juillet 1998, le tribunal a clos la révision en profondeur de sa procédure judiciaire⁷⁰². En effet, l'article 15 du statut du tribunal prévoit que celui-ci adopte son règlement, ce qui fut primitivement rapidement réalisé puisqu'il a été adopté le 11 février 1994 et est entré en vigueur le 4 mars. Cependant cette rapidité a été néfaste d'autant qu'il s'agissait là « du premier code de procédure pénale internationale, ce qui le rendait novateur mais également soumis au banc d'essai de la pratique. Or cette pratique va révéler des imperfections que la prédominance du droit anglo-saxon (les deux procureurs successifs en sont les représentants), l'inadaptation des juges « internistes » aux réalités internationales ou l'absence d'équilibre entre une procédure inquisitoire et accusatoire, vont encore accentuer. (..) Bref, le tribunal a su assumer le rôle ingrat de « brouillon » d'une procédure jusqu'alors inconnue au niveau international⁷⁰³ ». Ainsi par exemple, désormais, les phases du procès sont regroupées dans un jugement unique puisque auparavant si l'inculpé était reconnu coupable, le prononcé de la culpabilité et le prononcé de la peine faisaient l'objet de deux jugements séparés (par exemple, Tadic fut reconnu coupable le 7 mai 1997 avant de connaître sa peine par un jugement du 14 juillet suivant).

462. Célérité toujours, mais cette fois en ce qui concerne les autorités françaises puisque la mise en place d'un tribunal *ad hoc* implique des compétences complémentaires ou concurrentes avec les juridictions françaises. Il importe en outre que les juridictions françaises puissent intervenir en France sur le fondement de la compétence universelle, une loi étant nécessaire. C'est ce que réalise la loi du 2 janvier 1995 pour ce

⁷⁰¹ Hélène RUIZ FABRI et Jean-Marc SOREL, *Les juridictions pénales internationales*, Chronique de contentieux international, Revue générale des procédures, p. 756, 1998.

⁷⁰² Bruno GENEVOIS, op. cit. p. 288 : « on a pu relever la très grande latitude laissée à ce tribunal dans l'élaboration de son règlement de procédure et les très nombreuses modifications dont il a fait l'objet ».

⁷⁰³ Hélène RUIZ FABRI et Jean-Marc SOREL, *ibidem*.

qui concerne les violations graves du droit international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie.

463. Enfin, il nous reste à préciser qu'il ne se pose assurément aucun problème quant au respect du principe de légalité des délits et des peines. « Par effet de la pratique suivie au sortir de la seconde guerre mondiale et de l'*opinio juris* qu'atteste l'Accord de Londres du 8 août 1945, la résolution 95 (I) de l'assemblée générale des Nations Unies confirmant « les principes de droit international reconnus par la Cour de Nuremberg » et les conventions déclaratives ultérieures, les principes généraux de 1945 sont devenus d'incontestables règles coutumières⁷⁰⁴ » et servent ainsi d'assises légales pour la répression des crimes commis en ex-Yougoslavie.

Aussi la création du TPIY est un pas fondamental pour la répression des crimes internationaux. C'est un moyen pour lutter contre le non-droit dans ce qu'il a de plus abject, moyen vierge de tout soupçon ce qui lui confère une légitimité certaine, et cela parce que l'on a su tirer profit des errements passés. Voyons ce qu'il en est pour l'alter ego du TPIY : le tribunal *ad hoc* d'Arusha.

B. LE TRIBUNAL D'ARUSHA

464. Entre avril et juillet 1994, la situation au Rwanda a été caractérisée par une violente guerre inter ethnique à forte connotation politique entre les Hutus et les Tutsis. Cette guerre, subitement renforcée par l'attentat contre l'avion de l'ancien président du Rwanda, Juvénal Habyarimana, et sa mort, comporta des massacres de Tutsis et de Hutus opposés à l'ancien régime, perpétrés pas des éléments extrémistes hutus, la garde présidentielle des militaires et des miliciens. Elle s'est soldée d'après diverses sources concordantes, par plus d'un demi million de morts, soulevant une forte émotion dans la communauté internationale.

⁷⁰⁴ Alain PELLET, *op. cit.* n°25.

« Conforté par l'expérience de l'ex-Yougoslavie, le Conseil de sécurité de l'ONU n'est pas resté bras croisés devant les atrocités commises au Rwanda. Il a, en effet, adopté la résolution 955 du 8 novembre 1994 créant le tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'Etats voisins ⁷⁰⁵». Ici encore, une loi a été nécessaire en France pour adapter notre législation à la résolution de l'ONU et pour que l'on puisse exercer une compétence concurrente par rapport au tribunal d'Arusha en vue de réprimer les infractions commises au Rwanda : c'est l'œuvre de la loi d'adaptation du 22 mai 1996.

465. Quant à l'institution du tribunal pour le Rwanda, il faut d'emblée souligner que c'est à la demande du gouvernement rwandais lui-même que le processus de création a été déclenché. Cependant, très vite des points d'achoppement entre le gouvernement et le Conseil de sécurité sont apparus notamment quant à la composition du tribunal, le siège de celui-ci (le gouvernement rwandais désirait qu'il soit à Kigali, nous le constatons, ce désir n'a pas été exaucé puisque ce tribunal pénal international siège à Arusha en Tanzanie) et la peine applicable aux personnes reconnues coupables. En fait, le Rwanda exigeait l'application de la peine de mort pour les personnes reconnues coupables de génocide, « poussé par l'opinion publique largement acquise à l'application de la peine capitale aux « génocisseurs » ⁷⁰⁶», puisque cette peine fait partie de l'arsenal répressif rwandais et puisque ce dernier n'a pas signé la convention abolissant la peine de mort. Ici encore, le souhait émis n'a pas été suivi par le Conseil de sécurité. Le Rwanda a donc voté contre la résolution 955 du Conseil de sécurité, en tant que membre non permanent de ce conseil. Mais il a ensuite accepté de coopérer avec le

⁷⁰⁵ Mutoy MUBIALA, *Le tribunal international pour le Rwanda : vraie ou fausse copie du TPIY.*, RGDIPubl. 1995. 929, op. cit. p. 931.

⁷⁰⁶ Mutoy MUBIALA, op. cit. p. 934.

tribunal international. « Cet aspect est important dans la recherche d'un équilibre entre les objectifs de la justice pénale internationale et le respect de la souveraineté des Etats, surtout si l'on considère que les crimes à poursuivre ont été commis dans le cadre d'un conflit interne⁷⁰⁷ ».

466. Sur un plan plus pratique, on constate que la création du tribunal pour le Rwanda a été plus laborieuse, quoique moins longue que pour le TPIY. Cela s'explique sans doute par le fait que le tribunal pour le Rwanda a bénéficié de la formation du TPIY au niveau de l'élaboration normative ou de la politique législative. Ainsi, « le tribunal pour l'ex-Yougoslavie a servi comme organe transitoire pour l'établissement matériel du tribunal pour le Rwanda. En effet, le personnel initial et les documents appartenant à ce dernier ont été gérés provisoirement par le greffe du tribunal pour l'ex-Yougoslavie. Il en est de même en matière de recrutement. Enfin, les deux juridictions *ad hoc* semblent avoir souffert des mêmes difficultés, dues à la lenteur de leur mise sur pied et à l'insuffisance des ressources financières, qui a un impact considérable sur celle du personnel⁷⁰⁸ ».

Malgré tout, le tribunal *ad hoc* d'Arusha fonctionne. Il vient de rendre ses premières sentences, le 4 septembre et le 2 octobre 1998, en condamnant à la réclusion criminelle à perpétuité l'ancien premier ministre rwandais, Jean Kambanda, et l'ancien maire de Taba, JP Akayesu, pour leur rôle au cours du génocide. Ces affaires ne sont pas closes puisque les deux accusés ont fait appel.

467. Ainsi donc, la création du tribunal *ad hoc* d'Arusha, et plus généralement la création de tribunaux *ad hoc* répond bien à une impérieuse nécessité de juger les crimes les plus atroces. La nature de ces tribunaux, *ad hoc*, est en soi le signe d'une carence mondiale, mais c'est aussi le symbole d'une réponse mondiale à la commission de l'horreur.

⁷⁰⁷ Mutoy MUBIALA, op. cit. p. 935.

⁷⁰⁸ Mutoy MUBIALA, op. cit. p. 937.

Il s'agit donc véritablement d'un pas en direction de l'amointrissement du non-droit, mais encore faut-il que ce pas soit efficace c'est-à-dire que ces tribunaux aient les compétences nécessaires pour réprimer les infractions au droit humanitaire, mais aussi qu'ils aient les moyens d'assurer l'exercice de ces compétences⁷⁰⁹. Il nous faut donc examiner le problème de la compétence de ces juridictions et c'est seulement au terme de cette analyse que nous pourrions conclure quant à savoir si les juridictions *ad hoc* sont des réponses efficaces au non-droit.

SECTION 2. LA COMPETENCE DE CES JURIDICTIONS

468. Les tribunaux *ad hoc* ont été mis en place pour réprimer les infractions les plus graves au droit des gens commises en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Pour ce faire, on les a dotés d'un certain nombre de compétences, mais face à l'ampleur du phénomène, on a aussi su dès l'instauration des tribunaux *ad hoc* qu'ils ne pourraient juger tous les coupables.

Aussi les juridictions nationales, et notamment la France, se sont également dotées de compétences concurrentes. Il nous faut donc examiner comment se fait ou devrait se faire le partage des compétences entre juridictions internationales et juridictions étatiques.

Cependant, cette étude peut n'être que théorique si l'on n'aborde pas le problème de l'effectivité de l'exercice des compétences par les juridictions internationales. Il nous faut nous demander si ces juridictions ont effectivement les moyens d'exercer leur pouvoir et de punir les coupables. A défaut, leur instauration est inutile, voire même dangereuse puisqu'elle favorise l'impunité en ce sens, et nous le remarquerons, qu'à partir du moment où une juridiction internationale a quelques compétences, les juridictions nationales ont tendance à se défausser et à

⁷⁰⁹ Très évocateur à cet égard se révèle le témoignage de Pierre HAZAN, *La justice face à la guerre. De Nuremberg à La Haye*, Editions Stock, 2000.

ne plus exercer des compétences qu'elles possèdent mais qu'elles estiment, à tort, inutiles de par l'existence des juridictions *ad hoc*.

Ainsi nous serons conduits à constater que l'effectivité de l'exercice des compétences par les tribunaux *ad hoc* est source de bien des difficultés et laisse planer un grand nombre de doutes. La conclusion s'impose alors, selon laquelle cette tentative de solution en vue d'amoindrir le non-droit est aussi mauvaise que l'abstention pure et simple. Les personnes à blâmer ne sont pas les juridictions internationales, ni même ceux qui en sont les instigateurs, mais bien les juridictions nationales qui réagissent de façon irresponsable. Nous examinerons donc successivement le partage des compétences (§I), puis l'effectivité de l'exercice de ces compétences (§II).

§ 1. LE PARTAGE DES COMPETENCES

469. Dans un colloque organisé à Bruxelles en septembre 1996 sur les développements et les problèmes de la justice pénale internationale depuis le procès de Nuremberg, le sénateur Destexhe s'interrogeait sur les fonctions possibles des tribunaux internationaux : « briser le cercle vicieux de l'impunité, (..), assurer une dissuasion crédible⁷¹⁰ » tout en n'omettant pas de bien préciser que « la mise en place des tribunaux internationaux ne dispense pas les Etats de leur responsabilité nationale ⁷¹¹ ». Nous estimons que le mot dispenser est bien faible puisque dans bien des hypothèses la compétence de droit commun, pour les infractions lésant les droits de l'homme dans leur globalité, appartient aux juridictions nationales.

Il s'ensuit nécessairement puisque coexistent désormais deux types de juridictions ayant vocation à se saisir du droit humanitaire, une certaine complémentarité dans le partage des attributions. Cependant, la complémentarité se dédouble souvent d'une certaine primauté des

⁷¹⁰ Pierre MOUTIN, *Justice internationale. De Nuremberg à La Haye et Arusha.*, RSC 1998. 654.

⁷¹¹ Pierre MOUTIN, *ibidem*.

juridictions répressives internationales et donc d'une subsidiarité des juridictions nationales.

Nous étudierons ce partage des différents types de compétence en nous attachant à examiner successivement la compétence des juridictions internationales (A) puis celle des juridictions nationales (B).

A. LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

470. Devront être examinées les compétences *ratione temporis* et *ratione materiae* (1), mais aussi la répartition des compétences concurrentes (2).

1. Les compétences *ratione temporis* et *ratione materiae*

471. L'une des principales caractéristiques de la compétence des juridictions *ad hoc* par rapport à celle de la cour pénale internationale est que celle-ci est à la fois limitée dans le temps et dans l'espace.

Ainsi, par exemple, le tribunal pénal international d'Arusha a une compétence extrêmement limitée puisque son mandat ne porte que sur les événements ayant eu lieu en 1994. Aussi, il n'a donc pas compétence pour juger les crimes commis depuis lors, ce qui est une grave carence et met en exergue les limites inéluctables liées à l'institution de tribunaux *ad hoc* : en 1997, des milliers de réfugiés du conflit ethnique en cours au Rwanda ont été massacrés sans que les auteurs de ces crimes puissent relever de la compétence du tribunal d'Arusha.

A l'inverse, le TPIY a une compétence beaucoup plus large dans le temps puisqu'il peut être saisi pour juger « les personnes présumées responsables des violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie entre le premier janvier 1991 et une date que déterminera le conseil après la restauration de la paix ». (résolution 827) Aussi l'article 8 du statut précise que « la compétence *ratione temporis* du tribunal international s'étend à la période commençant le 1^{er} janvier 1991 ». Il en résulte que les crimes

humanitaires commis au Kosovo en 1998 pourront être réprimés par le TPIY et ressortent de sa compétence.

472. La compétence *ratione materiae* des deux tribunaux *ad hoc* est le droit humanitaire international : crime contre l'humanité (l'article 5 du statut du TPIY précise « commis au cours d'un conflit armé ». « Peu importe qu'il s'agisse d'un conflit de caractère international ou interne ⁷¹²»), le génocide.. Par ailleurs, l'article 2 du statut du tribunal évoque les infractions graves aux conventions de Genève de 1949 ce qui a été sujet à critiques : « la mention des conventions de 1949 dans le texte de l'article du statut était inutile, elle est également dangereuse et constitue une régression par rapport à l'accord de Londres de 1945 et à la proclamation de Tokyo de 1946 qui, eux, ne faisaient référence à aucun texte particulier. Certes, en visant telle ou telle convention, on peut sembler renforcer la légitimité de la sanction, mais on affaiblit par là même le caractère universel de l'incrimination (..). Le droit humanitaire international existe indépendamment des conventions qui le constatent⁷¹³ ». L'ensemble de ces incriminations se trouve également dans notre CPP. Il nous faut donc examiner la façon dont va se faire la répartition des compétences concurrentes et si cette répartition s'élabore au détriment du principe *non bis in idem*.

2. La répartition des compétences concurrentes

473. Deux schémas directeurs peuvent être envisagés : la complémentarité (a) ou la primauté (b).

⁷¹² Danièle MAYER, *Leçons à tirer des quelques rares expériences de fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux*, D. 1999. 215.

⁷¹³ Alain PELLET, *Le tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive ?*, RGDIPubl. 1994. 7.

a. La tentation de la complémentarité

474. Il serait fâcheux que la création de juridictions internationales en vue de diminuer le non-droit et l'impunité entraîne la naissance de conflits positifs de compétence ne se résolvant pas par le respect de la règle *non bis in idem*. Or nous l'avons déjà constaté⁷¹⁴, souvent une gestion optimale des conflits négatifs de compétence, et la volonté forte de les amoindrir, se fait au détriment de la règle *non bis in idem* et donc par la création de conflits positifs de compétence.

Face à l'institution des tribunaux *ad hoc*, il aurait pu être envisagé une répartition des compétences sur le fondement de la complémentarité entre juridictions nationales et juridictions internationales, chacune ayant une sphère de compétence spécifique ne se chevauchant pas et ne pouvant donc faire naître aucun conflit positif de compétence (mais alors l'hypothèse de conflits négatifs peut resurgir s'il se trouve un problème de délimitation des compétences). C'est ce qui a été pratiqué dans les faits à Nuremberg : « en 1945, les accords de Londres avaient prévu que les criminels de guerre seraient jugés sur les lieux de leurs forfaits, c'est-à-dire par les Etats. Ce fut le cas pour la plupart des criminels : ainsi, Klaus Barbie a été jugé en 1985 par la Cour d'assises de Lyon. Le tribunal de Nuremberg quant à lui, n'a jugé que les grands criminels, c'est-à-dire ceux dont les crimes ne pouvaient pas être localisés géographiquement⁷¹⁵ ».

⁷¹⁴ Voir *supra* n° 148s. et 247s.

⁷¹⁵ Pierre Marie MARTIN, *La compétence de la compétence.*, op. cit. note n° 23. Ainsi pour aller en avant, le principe de primauté est édicté en faveur des juridictions nationales. « La déclaration de Londres du 8 août 1945 pose d'abord le principe de compétence des juridictions territoriales internes pour ensuite seulement envisager « le cas des grands criminels dont les crimes sont sans localisation géographique précise », pour lesquels elle institue le tribunal militaire international de Nuremberg » : Danièle MAYER, op. cit. p. 216. Sans doute le changement d'optique et la consécration actuelle de la primauté des tribunaux *ad hoc* de la seconde génération sont-ils dus au fait que ces tribunaux bénéficiaient des expériences passées et qu'il eut été prématuré à Nuremberg de consacrer le principe de primauté de cette juridiction, celle-ci devant déjà faire face à tous les problèmes et toutes les questions liées à son caractère éminemment novateur.

b. Le choix de la primauté

475. Le concept de la complémentarité n'a pas été retenu pour les tribunaux *ad hoc* de la seconde génération. Le partage des compétences s'opère ici de façon concurrente c'est-à-dire que les juridictions nationales et les juridictions internationales ont vocation à se saisir du même litige. Mais la compétence concurrente des deux types de juridictions ne se réalise pas à égalité puisqu'une juridiction va primer sur l'autre. Et si l'on s'est donné la peine d'instaurer des juridictions pénales internationales, c'est pour que celles-ci soient bénéficiaires du principe de primauté sur les juridictions nationales.

Cependant, cette primauté des juridictions pénales internationales n'empêche pas de rappeler, à bon escient, que la compétence de droit commun appartient aux juridictions nationales, les juridictions pénales internationales n'étant que des juridictions d'exception, d'autant plus que les tribunaux *ad hoc* ont une durée de vie et des compétences délimitées de façon précise, eu égard à un conflit déterminé. « Après tout c'est aux Etats qu'il appartient, au premier chef, de faire respecter le droit international et les juridictions nationales sont les juges de droit commun du droit des gens⁷¹⁶ ». Ainsi donc, « l'article 9 du statut du TPIY énonce que celui-ci et les juridictions nationales sont concurremment compétentes pour juger les personnes présumées responsables des violations graves du droit humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Mais il ajoute aussitôt que le tribunal a la primauté sur les juridictions nationales et qu'à tout stade de la procédure, il peut demander officiellement à celles-ci de se dessaisir en sa faveur⁷¹⁷ ». Ce dessaisissement est le symbole de la primauté du TPIY mais il soulève aussi des questions importantes concernant le jeu de la règle *non bis in idem*.

⁷¹⁶ Alain PELLET, op. cit. n°9 et d'ajouter in n° 29 : « la compétence de droit commun appartient en la matière aux tribunaux nationaux. Il n'y a aucune raison de les en priver au prétexte que l'on institue une juridiction internationale investie de la même compétence, ne fut-ce que pour des motifs d'efficacité ».

⁷¹⁷ Pierre Marie MARTIN, op. cit. p. 160.

476. Les articles 9 et 10 du statut du TPIY reconnaissent et prévoient le jeu de la règle *non bis in idem*. Ainsi du fait de la primauté du TPIY sur les juridictions nationales, les tribunaux nationaux ne peuvent se prononcer sur des crimes dont le tribunal a déjà eu à connaître et le TPIY ne peut « poursuivre une personne si elle a déjà été jugée par une juridiction nationale sauf si le droit applicable a été tourné⁷¹⁸ ». C'est derrière cette réserve que pourra se trouver une atteinte à la règle *non bis in idem* car il faut définir avec rigueur et exactitude ce que signifie l'expression « le droit applicable a été tourné ». En effet, des auteurs évoquent déjà les « entorses à la règle *non bis in idem*, lorsque la juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale et indépendante⁷¹⁹ ». Si au sens strict, il faut reconnaître des entorses à *non bis in idem*, ces entorses sont souhaitables si elles ont pour but d'éviter une injuste impunité. C'est parce qu'il « ne serait pas admissible qu'un Etat puisse contourner les principes applicables en jugeant rapidement un criminel présumé de façon à le « blanchir » ou à le condamner à une faible peine aux seules fins d'éviter une condamnation plus lourde par le tribunal international⁷²⁰ ». A l'inverse une autre interprétation plus large serait à proscrire car portant gravement atteinte à ce grand principe, ce qui n'est jamais acceptable, même lorsqu'il s'agit de crime contre l'humanité. Ainsi, devons-nous fermement condamner cette assertion qui semble légitimer tous les excès : « en tout état de cause, en droit strict, le principe *non bis in idem* n'interdit les doubles condamnations pour un même fait que dans le cas des personnes jugées dans un Etat donné »⁷²¹ ».

Ainsi, sous réserve de cette discussion, il semble bien que le principe de primauté, assorti de la règle *non bis in idem*, conduit à éviter les conflits positifs de compétence puisque les compétences concurrentes

⁷¹⁸ Alain PELLET, op. cit. n°29.

⁷¹⁹ Danièle MAYER, op. cit. p. 217.

⁷²⁰ Alain PELLET, op. cit. n°29.

⁷²¹ Alain PELLET, *ibidem*.

s'exercent l'une au détriment de l'autre. De cette façon, le principe de primauté endigue les excès du principe de complémentarité, source de conflits négatifs. Il y a donc tout lieu de s'en réjouir puisque cette organisation pyramidale permet de gérer les conflits positifs sans favoriser la naissance de conflits négatifs.

477. Mieux encore, le principe de l'opportunité des poursuites, en vigueur dans le statut du TPIY est adossé au principe de primauté, pour permettre d'endiguer les conflits négatifs de compétence en déléguant aux juridictions nationales, ce que le TPIY ne peut matériellement pas examiner. Ainsi, « le principe de l'opportunité des poursuites, s'il est judicieusement mis en œuvre par le procureur, permettra d'adapter le nombre de celles-ci aux moyens effectifs dont disposera le tribunal sans qu'il en résulte nécessairement une impunité inacceptable : les Etats restent compétents pour punir les coupables, concurremment, avec le tribunal international et l'un des éléments à prendre en considération pour décider l'engagement ou non de poursuites pourra être la probabilité que l'accusé soit traduit devant une juridiction nationale⁷²² ».

Il nous faut donc conclure que le principe de primauté se révèle un autre bon principe quant au problème du partage des compétences entre juridictions nationales et juridictions internationales. Cela étant il nous faut nous demander dans quelle mesure effective les juridictions nationales continueront à être présentes et si l'instauration de juridictions internationales n'a pas d'effets pervers au niveau des jugements et des décisions prononcés par les juridictions nationales, créant ainsi de fait un autre non-droit devant être éradiqué par les juridictions internationales (ce qui est impossible compte tenu du nombre d'affaires que ces juridictions doivent déjà juger), alors que l'absence de ces juridictions n'aurait pas induit de conflits positifs ou négatifs à ce niveau.

⁷²² Alain PELLET, *op. cit.* n°31.

B. LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES

478. Par rapport aux crimes lésant la communauté internationale qui relèvent de la compétence des juridictions internationales, il faut noter qu'un certain nombre d'entre eux relèvent également de la compétence des juridictions étatiques, les deux compétences (internationales et étatiques) étant alors concurrentes. Il en va ainsi pour les crimes contre l'humanité, pour le génocide mais qui n'est édicté par aucune règle de compétence universelle (la France n'est donc compétente que pour les crimes de génocide accomplis sur son territoire sauf lois particulières telles que celles portant adaptation à la loi française des dispositions régissant l'instauration des tribunaux *ad hoc* en ex-Yougoslavie et au Rwanda), pour le crime de torture suite à la convention de New York du 10 décembre 1984 (et qui relève explicitement de notre compétence universelle) ainsi que pour les crimes de guerre tels qu'édictés par les quatre conventions de Genève, ratifiées par la France.

Cependant, pour cette dernière catégorie, on ne trouve pas de textes spécifiques dans le CPP et la question se pose de savoir s'il s'agit ou non d'une compétence universelle. Il a en effet été soutenu que les conventions internationales ne sont pas d'application directe et qu'il faut une loi française pour mettre en application le droit de Genève. Ainsi le CPP (art. 689-2 à -5 à partir de 1985, refondus dans les nouveaux articles 689-1 à 7 depuis la loi d'adaptation du 1er décembre 1992) énumère les conventions qui fondent la compétence universelle des juges français. Celles de Genève n'y figurent pas. Mais c'est oublier une disposition de compétence, issue de la loi du 16 décembre 1992 applicable le premier mars 1994 : le nouvel article 689 du CPP donne compétence aux juridictions pénales françaises, lorsque la loi française est compétente en vertu du CP et « lorsqu'une convention donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction. Aussi si l'on ne conçoit pas qu'un traité sur la compétence soit « self executing »⁷²³, on ne peut que

⁷²³ « Il est clair que les incriminations dépendent d'une obligation de légiférer, alors que la compétence résulte d'une adhésion à la convention. Et c'est tout simplement, parce qu'une incrimination sans énonciation d'éléments constitutifs et de pénalités est impraticable. Alors que,

désormais constater que « l'article 689 vise une convention internationale (quelconque) non pas « une des conventions énoncées ci-après »⁷²⁴». Il nous semble donc que le droit de Genève doit bien relever de notre compétence universelle⁷²⁵.

479. Aussi, face à cette concurrence possible dans un domaine aussi étendu, il faut rappeler que la compétence de droit commun en la matière appartient aux juridictions étatiques et que c'est d'abord à elles en premier ressort de tenter de réprimer les crimes internationaux en exerçant leur compétence universelle (ou en ayant recours à l'extradition).

Voyons si concrètement ces principes sont appliqués et si depuis l'instauration de juridictions pénales internationales, cette assertion est toujours vérifiée et trouve une réponse positive en la pratique. Il nous faut constater que les juridictions (surtout celles du fond, mais un arrêt seulement de la Cour de cassation en la matière est insuffisant pour conclure fermement que celle-ci a une volonté nette et affirmée de faire jouer effectivement, par nos juridictions étatiques, les règles de la compétence universelle⁷²⁶) ont tendance à se vêtir de la robe de l'attentisme et surtout à réduire à la portion congrue ce qui pourrait être une juste répression en France, et à tout le moins l'exercice de notre compétence universelle, telle qu'elle est édictée par le CPP, conformément à nos engagements internationaux.

pour être compétent, il suffit d'avoir accepté de l'être » Claude LOMBOIS, *De la compassion territoriale.*, RSC 1995. 399 op. cit. p. 401.

⁷²⁴Claude LOMBOIS, *ibidem*.

⁷²⁵ Pour une opinion contraire : « la Cour de cassation (arrêt *Javor*, 26 mars 1996, RGDI publ. 1996. 1083, NDLR) n'a donc pas voulu revenir sur le raisonnement de la Chambre d'accusation qui écarte l'application de ces conventions et du même coup une compétence universelle non territorialisée pour le juge pénal. Elle a estimé, répondant provisoirement à l'interrogation du professeur Massé (M. MASSE, *La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal.*, RSC 1995. P. 861), que la liste des conventions énumérées dans les articles 689-1 et suivants du CPP imposant une compétence universelle est limitative », Michel SASTRE, RGDI publ 1996. P. 1090.

⁷²⁶ Cass. Crim. 6 janvier 1998, JCP 1998. II. 10158 note Jean François MOUTOT. Voir *infra* n°484.

Ainsi, par exemple, suite à une série de décisions émanant de juridictions du fond a-t-on pu titrer un article de doctrine : « ex-Yougoslavie, Rwanda : une compétence « virtuelle » des juridictions françaises ?⁷²⁷ ». Que l'on en juge.

480. 1. Un arrêt de la quatrième Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris (24 novembre 94, Javor et autres) décide que les juridictions françaises d'instruction sont incompétentes pour connaître de plaintes déposées par des rescapées bosniaques de camps de détentions serbes, résidant en France à l'époque de leur constitution de partie civile. Les plaignants avaient invoqué la compétence universelle et plusieurs qualifications avec plus ou moins de pertinence. On pouvait retenir à bon droit la convention de New York du 10 décembre 1984 contre la torture qui édicte bien une compétence universelle. Or celle-ci impose aux Etats parties d'établir « leur compétence aux fins de connaître des infractions (qu'elle vise) dans le cas où leur auteur présumé se trouve sur leur territoire ». Or comment instruire une affaire (c'est par définition une phase de recherche) s'il faut déjà prouver la présence du suspect ? Si celui-ci est suspect, c'est que par définition, on l'a déjà cherché et on a dû donc forcément commencer par une phase d'investigation, basée sur des indices plus ou moins forts , mais nécessairement aléatoires. Or « la chambre d'accusation a bien senti qu'on ne pouvait textuellement, imposée ou non , faire de la présence en France une condition prouvée de l'exercice de la compétence aux seules fins d'instructions. Elle dit en effet, qu'il n'y a pas d'indice de la présence en France (..) des personnes visées par la plainte⁷²⁸ ». Mais pour trouver des indices , ne faut-il pas entreprendre des recherches ? Tout ceci n'est au surplus qu'une question de fait, « on ne peut donc pas en donner de définition ni, par conséquent,

⁷²⁷ Michel MASSE, *Ex-Yougoslavie, Rwanda : une compétence virtuelle des juridictions françaises ?*, RSC 1997. 893.

⁷²⁸ Claude LOMBOIS, *op. cit.* p. 402.

en faire une condition de droit de la compétence, avant toute identification et toute recherche de la personne ⁷²⁹».

Il ne s'agit donc que d'une question de mauvaise volonté étayée par le fait, qu'après tout (or c'est justement ce que nous craignons), une juridiction internationale est nécessairement compétente pour ce type de crime et qu'elle peut se saisir de l'affaire. Cela revient à admettre l'impunité parce que l'idée d'une juste punition existe ailleurs. Or ce n'est cependant qu'une idée, ce n'est donc pas acceptable et c'est de nature à pérenniser l'existence de non-droit au niveau international. Les plaignants n'ont eu pour ultime recours qu'un pourvoi en cassation. La Cour de cassation s'est prononcée le 26 mars 1996 par une décision de rejet⁷³⁰ motivée de la sorte : « la présence en France des victimes de telles infractions 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 ces infractions n'ont pas été découverts sur le territoire français ». Ce à quoi nous faisons remarquer que si l'on n'entreprend pas quelques recherches, on a très peu de chances de trouver un jour des auteurs présumés, de n'importe quelle infraction⁷³¹.

Il nous faut immédiatement ajouter que cette décision de la Cour de cassation s'est faite au vu de l'application immédiate de la loi du 2 janvier 1995 (portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité de l'ONU constituant le TPIY) et non par rapport spécifiquement à la convention de New York sur la torture. Mais cela ne change rien en l'espèce puisqu'il est important de savoir à tout moment à partir de quand la France est compétente sur le fondement de sa compétence universelle et si elle peut valablement rechercher des indices de la présence d'auteurs présumés pour asseoir sa compétence universelle. La présence en France de l'auteur présumé (au terme de la loi

⁷²⁹ Claude LOMBOIS, *ibidem*.

⁷³⁰ Cass. Crim. 26 mars 1996, *Javor et autres*, RGDIPubl. 1996. 1083.

⁷³¹ Faut-il que des parties privées (par exemple un détective privé) se chargent d'enquêtes préliminaires pour trouver des indices, voire amener directement les personnes concernées devant les autorités compétentes ?

du 2 janvier 1995⁷³², mais le problème est récurrent au niveau d'autres conventions internationales) est une question de principe. Or il s'agit là « d'une erreur tactique⁷³³ ». « Ce n'aurait dû être qu'une question de modalités⁷³⁴ ». La bonne solution aurait été, à l'instar de l'ancien article 694 CPP, d'énoncer que des poursuites pouvaient être engagées aux fins de trouver des personnes⁷³⁵.

481. En plus, si la convention ne fait peser sur l'Etat aucune obligation de recherche et d'identification des auteurs des actes incriminés, l'Etat est tenu d'assurer l'action pénale. Or cette dernière prévoit bien la recherche et l'identification d'auteurs présumés ainsi que la recevabilité de l'action civile. En faisant porter la charge de la preuve de la présence en France des auteurs des infractions visées par la plainte sur les parties privées et en n'en faisant une condition de droit de leur compétence, « le juge répressif français dans cette affaire donne une interprétation des textes qui semble s'inscrire dans la droite ligne de la position de la France visant à privilégier la répression pénale des violations du droit international humanitaire au niveau des juridictions internationales créées à cet effet. En ne reconnaissant pas la compétence universelle non territorialisée, le juge interne va limiter de façon considérable les possibilités pour les victimes de purification ethnique, que justice soit rendue⁷³⁶ ». Aussi faut-il constater que « la France privilégie la voie internationale pour assurer la répression des infractions au droit humanitaire. Il est vrai que c'est un moyen pour l'Etat de ne pas avoir à prendre parti dans un conflit en confiant cette

⁷³² Il est révélateur de constater que les sénateurs, lors de la discussion de cette loi, n'ont pas accueilli une proposition de la commission des lois qui élargissait la compétence du juge répressif si les victimes ou leurs ayants droit étaient domiciliés en France, par crainte certainement d'un afflux de demandes.

⁷³³ Claude LOMBOIS, *op. cit.* p. 403.

⁷³⁴ Claude LOMBOIS, *ibidem.*

⁷³⁵ Claude LOMBOIS, *ibidem.*

⁷³⁶ Michel SASTRE, note sous cass. Crim. 26 mars 1996, RGDI publ. 1996. 1089.

responsabilité à une juridiction internationale non soumise à des considérations de diplomatie interétatique⁷³⁷ ».

Cependant, on a aussi connu la France moins soucieuse d'une bonne gestion de la diplomatie internationale lorsque sa souveraineté ou d'autres types de compétence étaient en jeu. Elle se montre donc tour à tour écrasante de souveraineté puis indifférente à l'entraide répressive internationale, cela au gré de ses uniques besoins. Mais cette attitude n'est pas unique et un sentiment de virtualité des juridictions françaises pour la répression des crimes internationaux s'élève. Ainsi, « les juges français ont en effet multiplié les conditions à remplir, dressant autant d'obstacles sur la voie des plaignants⁷³⁸ ».

482. 2. C'est ainsi par exemple que dans l'affaire Kalinda⁷³⁹, où l'une des plaignantes intervenait comme représentante légale de sa fille mineure de nationalité française au titre de la compétence personnelle passive pour des faits incriminés en tant que génocide et crime contre l'humanité (la plupart des membres de la famille avaient été massacrés au cours des événements survenus au Rwanda entre avril et juillet 1994), la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris a confirmé la déclaration d'incompétence des juges d'instruction car « en ce qui concerne la mineure de nationalité française, celle-ci ne peut être considérée comme une victime au sens de l'article 113-7 du CP » et de définir la victime comme étant « la personne ayant souffert immédiatement de l'infraction et susceptible à ce titre d'être seule visée dans les qualifications pénales reprochées à l'auteur ». Il convient d'observer que « c'est très restrictif, davantage encore que la mise en œuvre de l'article 2 du CPP⁷⁴⁰ »

⁷³⁷ Michel SASTRE, op. cit. p. 1092.

⁷³⁸ Michel MASSE, *Ex-Yougoslavie, Rwanda : une compétence virtuelle des juridictions françaises ?*, op. cit. p. 894.

⁷³⁹ Paris, 7 juillet 1994. Une plainte contre X a été déposée par quatre rwandais et une jeune mineure de nationalité française.

⁷⁴⁰ Michel MASSE, op. cit. p.897. Il cite un avocat Me Bourdon : « il nous a été opposé que le cadavre de la victime devait être français ».

483. 3. Le point d'orgue de cette jurisprudence de déclaration d'incompétence, alors que nous avons le goût traditionnellement pour nous déclarer compétent en ayant une conception plus qu'extensive de notre territoire, est l'affaire du prêtre rwandais « Munyeshyaka » et l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 20 mars 1996⁷⁴¹. Ce prêtre rwandais, présent en France, (le problème de sa localisation ne se posait pas en l'espèce), était soupçonné de génocide et de crime contre l'humanité perpétré en avril et mai 1999. De façon plus précise, ce prêtre aurait, alors qu'il exerçait son ministère dans une paroisse de Kigali, collaboré à l'extermination de l'ethnie tutsie, entreprise par des miliciens hutus et certains éléments des forces militaires rwandaises ; qu'ainsi, armé et vêtu d'un gilet pare-balles, il aurait participé à la sélection des réfugiés tutsis destinés aux massacres, les aurait laissé mourir de faim et de soif, aurait livré aux autorités en place les personnes qui tentaient de leur porter secours et commis des viols sur plusieurs femmes en échange de leur vie sauve.

La Cour d'appel de Nîmes s'est déclarée incompétente au motif que même si ces actes sont constitutifs de tortures et d'actes de barbarie au sens de la convention de New York (ce qui implique la mise en œuvre de notre compétence universelle), il faut néanmoins apprécier ces faits « au regard de la plus haute acception pénale, la plus spécifique, celle de génocide » puni par les articles 222 du CP. Or, « la convention du 9 décembre 1948 sur le génocide ne prévoit aucune règle de compétence universelle » et ne donne compétence qu'aux tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis ou à la cour criminelle internationale (or à cette époque seul un projet de loi a été déposé devant le sénat le 14 décembre 1995 pour donner compétence à la justice française en cas d'arrestation en France d'un rwandais accusé de génocide).

484. Si le « syllogisme « crime de droit international, tribunal international » ne doit pas être une échappatoire pour les Etats⁷⁴²», il

⁷⁴¹ CA Nîmes, ch. d'acc., 20 mars 1996, RGDIpubl. 1996. 1084.

⁷⁴² Michel MASSE, op. cit. p. 894.

semble que la pratique s'en écarte fortement. Cette règle de la plus haute expression pénale est ici détournée de sa finalité dans le but unique de ne pas juger une affaire visiblement trop encombrante et trop loin des préoccupations des juridictions françaises. Face à ces débordements, ou plutôt face aux refus d'obéissance (obéissance à des principes généraux du droit) des juridictions du fond, la Cour de cassation⁷⁴³ est intervenue et a sanctionné à bon droit la Cour d'appel de Nîmes. Mais il ne s'agit là que d'une première décision en ce sens et une décision fortement influencée par la loi du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant le tribunal pénal international pour le Rwanda. Or cette loi donne compétence aux juridictions françaises pour juger toutes les infractions relevant de la compétence du tribunal pénal international, c'est-à-dire celles commises sur le territoire du Rwanda en 1994, dont l'auteur est retrouvé en France. Loi de compétence, cette loi du 22 mai 1996 est donc immédiatement applicable conformément aux dispositions de l'article 112-2 du CP. Cela ne nous permet donc pas de conclure sur une éventuelle volonté de la Cour de cassation de se démarquer de ces décisions rendues par les juridictions du fond et de faire une juste application des règles de compétence universelle pour éviter les conflits négatifs de compétence⁷⁴⁴. Ainsi, la Cour de cassation motive son arrêt de la façon suivante : « mais attendu qu'en affirmant que seule la qualification de génocide était applicable en l'espèce, la chambre d'accusation a méconnu l'article 689-2 précité ; d'où il suit que la cassation est encourue, tant de ce chef qu'en vertu des dispositions susvisées de la loi du 22 mai 1996 applicable aux procédures en cours » (c'est nous qui soulignons).

485. Aussi nous ne pouvons qu'émettre de fortes réserves quant à une application correcte des conventions internationales par les juridictions

⁷⁴³ Cass. Crim. 6 janvier 1998, op. cit.

⁷⁴⁴ La Cour de cassation a déjà montré un certain manque d'enthousiasme pour la compétence universelle et les crimes commis en ex-Yougoslavie ou au Rwanda : cf. cass. Crim. 26 mars 1996, RGDI publ 1996. 1083..

françaises. Il semble bien qu'elles n'ont que pour unique souci de réprimer les infractions ayant un lien direct avec notre territoire. Cette façon d'envisager le droit pénal international est inacceptable et il nous faut conclure que l'institution de juridictions pénales internationales a entraîné un certain rejet de compétence de la part des juridictions françaises créant de fait du non-droit.

Le but était celui de la complémentarité, les juridictions pénales internationales ne pouvant matériellement étudier tous les dossiers. La façon d'agir des juridictions françaises ne permet pas à cette complémentarité de fonctionner et créer donc des conflits négatifs virtuels, puisque si les compétences sont édictées et si le conflit positif peut poindre, il se transforme en conflit négatif dès lors que les compétences édictées et prévues ne sont pas utilisées pour parvenir à une juste répression. Il ne s'agit pas de conflits négatifs de compétence, mais d'impunité, faute de moyens ou faute de volonté.

L'institution de juridictions pénales internationales et le fonctionnement dual avec les juridictions nationales est porteur de non-droit. Nous verrons que ces craintes ne s'arrêtent pas là car de très nombreuses limites se dressent lorsqu'il s'agit d'étudier l'effectivité de l'exercice des compétences par les juridictions pénales internationales, renforçant de fait le sentiment d'impunité qui se fait de plus en plus légitime.

§ 2. L'EFFECTIVITE DE L'EXERCICE DES COMPETENCES

486. En plus de la fonction dissuasive (pour l'avenir en tous les cas), les juridictions *ad hoc* doivent au premier chef remplir une fonction coercitive c'est-à-dire être capable de mener l'instruction et de juger les présumés coupables. Or au fil du temps et après une étude attentive de l'exercice sur le terrain de leur fonction répressive, les tribunaux de La Haye et d'Arusha se heurtent à un sentiment d'impuissance, eu égard à leur statut et leur manque de moyens. En effet, nous constaterons que les juridictions *ad hoc* sont totalement dépendantes de la bonne volonté des juridictions

nationales, qui se drapent trop souvent du manteau de l'indifférence, voire de celui de la souveraineté (A). C'est donc ainsi qu'il nous faudra conclure par l'échec de la solution et la pérennisation du non-droit (B).

A. UNE TROP GRANDE DEPENDANCE VIS-A-VIS DES JURIDICTIONS NATIONALES

487. Cette dépendance est particulièrement marquée au stade de l'enquête et de l'instruction. Or il est évident que si cette étape n'aboutit pas, il est particulièrement difficile voire impossible de passer à l'étape du jugement, fonction précise pour laquelle les tribunaux *ad hoc* ont été institués. De multiples barrières se dressent pour que les présumés coupables ne puissent jamais être jugés. Elles sont le fait des juridictions nationales, qui bien que théoriquement obligées de coopérer, ont une attitude empreinte de mauvaise volonté qui devient un problème aussi important que celui du manque de moyens de persuasion, et de sanction adéquate.

Ainsi par exemple, s'est posé avec acuité le problème d'ordonnances de soit communiqué qui permettent de contraindre à la communication des preuves. De fait, le TPIY avait émis deux de ces ordonnances à destination de la Croatie et de la Bosnie Herzégovine le 15 janvier 1997. La Croatie va contester cette procédure, l'ordonnance imposant la présentation de 13 catégories spécifiques d'éléments de preuve et enjoignant à un représentant de la république de la Croatie, ainsi qu'au ministre de la défense, de comparaître en cas de non exécution d'ici le 14 février 1997. « Ces ordonnances posaient divers problèmes juridiques dont le principal était le doute sur la possibilité pour cette juridiction pénale internationale d'ordonner à des Etats souverains ou à leurs hauts fonctionnaires de communiquer des documents étant censés avoir valeur probante et ceci sous peine de sanction pénale en cas de non-exécution⁷⁴⁵ ». Le TPIY n'avait-il pas porté une atteinte directe à la

⁷⁴⁵ *L'affaire Blaskic comme révélateur des errements de la procédure devant le TPIY.*, Revue générale de procédure, octobre 1998.

souveraineté de Etats ? Notons que la Bosnie Herzégovine s'était elle soumise avec plus ou moins de bonne grâce à ces ordonnances, manifestant donc sa volonté de coopérer et ne se retranchant pas derrière la providentielle notion de souveraineté, que l'on peut certes brandir comme un étendard à tous les moments de la vie internationale. Après quelques péripéties procédurales, un arrêt de la chambre d'appel du 29 octobre 1997 annule ces ordonnances : les injonctions sous peine de sanction ne peuvent être délivrées qu'à des personnes physiques agissant à titre privé. Les Etats ou les responsables à titre officiel ne peuvent donc être concernés par les conséquences pénales de ces ordonnances. Aussi, si une injonction à l'encontre d'un Etat est impossible, « une ordonnance contraignante reste possible à condition qu'elle ne soit pas liée, dans ses conséquences, à un acte de contrainte. Le contraignant sans la contrainte, tel est le résultat de la subtile équation de la chambre d'appel ⁷⁴⁶». Or l'absence de sanction équivaut au libre choix de l'Etat , et de fait ce libre choix se fera souvent en faveur d'une abstention ou d'une lenteur maîtrisée. Ainsi la coopération internationale en matière pénale est un concept qui « se vend bien » sur le plan politique et diplomatique mais qui, dans les faits, reste souvent lettre morte.

488. Un autre problème se pose et il est d'importance, puisque le jugement par contumace est impossible, c'est celui de l'arrestation des présumés criminels. Il n'y a pas de police internationale qui puisse mener à bien ces arrestations, il faut toute la coopération et la bonne volonté des Etats pour que ceux-ci procèdent aux arrestations en question et ensuite à l'extradition. « L'arrestation des accusés a constitué la principale difficulté du tribunal de La Haye sur l'ex-Yougoslavie qui a commencé à fonctionner avec très peu d'accusés à la disposition de la juridiction. Si la situation a changé au cours des deux dernières années, deux des trois personnes accusées de génocide sont encore en fuite. La question de la « protection » dont bénéficieraient ces personnes de la part de certains Etats depuis plusieurs années constitue un obstacle sévère pour le

⁷⁴⁶ *L'affaire Blaskic comme révélateur des errements de la procédure devant le TPIY, ibidem.*

tribunal ⁷⁴⁷» Si donc des Etats veulent protéger des criminels parce qu'ils peuvent avoir tout intérêt à ce que des procès n'aient pas lieu (ayant peur que ce soit leur politique qui soit jugée au lieu et place des criminels en question), aucune juridiction ne pourra être efficace, aucune ne pourra exercer ses compétences. « La soumission au bon vouloir des Etats pour pouvoir fonctionner apparaît ainsi comme le talon d'Achille de tout tribunal pénal international ⁷⁴⁸».

489. Aussi donc pour les tribunaux de La Haye et d'Arusha, si l'on additionne l'impuissance de ces tribunaux à juger par contumace, impuissance qui découle de leurs statuts, et l'inefficacité, contraire elle au principe, d'un certain nombre de mandats d'arrêt, on ne peut que conclure au « caractère facultatif de la justice ⁷⁴⁹». Alors, dans une certaine mesure, les compétences de tribunaux *ad hoc* pourraient être effectives si l'on acceptait le jugement par contumace mais ce serait une victoire à la Pyrrhus car bien en amont se cachent d'importants problèmes de coopération internationale qui entravent le bon fonctionnement des tribunaux depuis la première phase, c'est-à-dire celle de l'enquête. « Aussi ne faut-il pas cacher la responsabilité des Etats membres derrière le problème du jugement par contumace : ce problème, cette « prudence » coupable peut aisément être neutralisée. Il suffit pour cela que les juges prévoient dans le règlement, l'éventualité de jugements par contumace que le statut n'exclut pas. Mais la réussite du tribunal ne dépend pas seulement des juges. L'efficacité de son action, comme celle de tout organe international, ne peut être assurée qu'avec la coopération des Etats ⁷⁵⁰».

⁷⁴⁷ Pierre Marie MARTIN, *La Cour pénale internationale, quel avenir pour une illusion ?*, op. cit. p. 339.

⁷⁴⁸ Danièle MAYER, op. cit. p.217.

⁷⁴⁹ Géraud de GEOUFFRE de la PRADELLE, *La fonction des juridictions de l'ordre international.*, JDI 1998, n°2, p. 389, op. cit. p. 415.

⁷⁵⁰ Alain PELLET, op. cit. n°44.

490. En conclusion, la trop grande dépendance des juridictions *ad hoc* vis-à-vis du bon vouloir des Etats porte en elle les germes de l'ineffectivité pour l'exercice de ses compétences. Actuellement, les Etats toujours trop préoccupés par leur souveraineté délaissent cette mission qui est pourtant la leur : celle de coopérer à la justice internationale. C'est un facteur constant en droit pénal international qu'auraient dû prévoir les créateurs de ces institutions à moins qu'ils n'aient eu dès le départ que le souhait de calmer l'opinion publique et de leur offrir en pâture un tigre de papier, tigre qui ne pourra jamais réellement chasser ses proies.

B. L'ECHEC DE LA SOLUTION

491. A ce niveau de l'analyse, il n'est pas nécessaire de savoir si l'ONU n'avait dès le départ que l'intention d'instaurer des juridictions qui ne pourraient fonctionner que de façon aléatoire et imparfaite. Même si l'intention était meilleure et même s'il y avait une réelle volonté de mettre fin à l'impunité pour les crimes internationaux, le résultat est identique, le résultat s'avère prendre la forme d'un constat d'échec.

Une seule raison à cet échec : non pas le caractère temporaire de ces juridictions, non pas seulement le problème des jugements par contumace. Seuls l'attachement viscéral des Etats à leur souveraineté et la dépendance des juridictions *ad hoc* à ces Etats sont la cause de l'échec en question. Les juridictions *ad hoc* ont besoin de la pleine et entière collaboration des Etats pour exercer leur compétence, or ces derniers leur rétorquent trop souvent en opposant fermement le principe de souveraineté.

492. Pour s'en convaincre, un exemple parmi d'autres : si l'on propose aux Etats souverains de se démettre dans une certaine mesure de leur compétence en leur proposant de créer une juridiction pénale permanente internationale chargée de réprimer les crimes lésant la communauté internationale dans son ensemble et le droit humanitaire en général, ils répondent que cela est possible et même souhaitable mais que si elle

devait être créée, elle ne devrait jouer « qu'un rôle subsidiaire par rapport aux juridictions nationales dans les cas où il s'avérerait impossible de les saisir efficacement en application de la règle « juger ou extraditer » - règle dont la mise en œuvre telle qu'elle est énoncée dans de nombreuses conventions ne porte pas atteinte à la souveraineté des Etats en cause, et devrait donc demeurer le principe ⁷⁵¹».

Mais si les Etats n'étaient jaloux que du bon respect de leur souveraineté, cela serait un moindre mal. Le problème est cependant plus grave, puisqu'une fois qu'ils ont intégré l'existence d'une juridiction pénale internationale, ils optent pour une certaine inertie face aux besoins de ces juridictions mais aussi pour une conception étroite de la souveraineté tant et si bien qu'ils refusent d'exercer des compétences qui sont pourtant les leurs (et au nom desquelles auparavant , ils arguaient du caractère subsidiaire des juridictions pénales internationales). En ne s'intéressant qu'à leur territoire, en rechignant à instituer des juridictions pénales internationales et ensuite, en se déchargeant sur ces dernières, les Etats souverains manifestent un égoïsme illégitime et une mauvaise foi patente qui ne fait qu'aggraver le non-droit, aggravation qui n'était point nécessaire.

493. Nous avons donc ici un bel exemple qui tend à prouver que la multiplication des sources de répression (au niveau international, mais le constat est le même au niveau interne avec l'organisation pyramidale des sphères de compétence) n'empêche pas les failles dans le système, mais au contraire les aggrave, voire les crée.

La solution au non-droit ne passe pas par la multiplication des sources répressives, ni par des compétences concurrentes, mais par une répression unique et adaptée. Il ne sert à rien de s'agiter pour faire fonctionner de façon éparse toutes sortes de juridictions, il suffit d'optimiser le fonctionnement d'une seule : les résultats seraient meilleurs

⁷⁵¹ Jacques DEHAUSSY, Travaux de la commission de droit international., AFDI 1992. 737., op. cit. p.742.

et n'entraîneraient pas un non-droit de seconde zone, un non-droit dérivé provenant des louables intentions affichées.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

494. Les tribunaux *ad hoc* ont été institués pour être le relais des juridictions nationales qui conservaient une compétence de droit commun en la matière. Or « l'apport effectif des juridictions nationales à la répression des crimes internationaux est , finalement plus que modeste pour toutes sortes de raisons. Au premier rang de ces raisons figure l'hostilité des parquets, surtout lorsque les auteurs présumés sont des agents du for. Mais on observe aussi le désintérêt de ces mêmes parquets- notamment lorsque les victimes sont étrangères ; enfin l'inertie de ces victimes. Les juridictions nationales n'ont donc pas joué le rôle qu'on pouvait en attendre⁷⁵² », accroissant et le sentiment et la réalité de l'impunité. D'une fonction de relais, les juridictions *ad hoc* sont devenues l'ultime recours, or l'ultime recours en la matière est privé de tout moyen d'action autonome.

Ces juridictions s'apparentent à des épouvantails, intimidants certes, mais sans réel danger si l'on s'y heurte. L'échec de cette solution nous oblige à nous tourner vers d'autres hypothèses. Il nous faut examiner si des solutions plus pérennes ne doivent pas être envisagées pour éradiquer à terme les crimes internationaux.

⁷⁵² Géraud de GEOUFFRE de la PRADELLE, op. cit. p. 406.

CHAPITRE II

LES SOLUTIONS PERENNES

495. Se contenter dans l'urgence de créer une juridiction pénale internationale pour faire face à un problème ponctuel ne saurait être la définition d'une justice efficace et sereine à plus ou moins long terme. Il est d'ailleurs patent de constater qu'en un trait de temps, un deuxième tribunal *ad hoc* a suivi l'instauration du premier que ce soit il y a 55 ans ou tout récemment.

Force est aussi de constater que les crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda ne sont pas les seuls crimes constitutifs de génocide ou de torture commis de par ce monde. Or, les tribunaux *ad hoc* n'ont été institués que pour juger les personnes responsables de ces crimes dans ces deux pays. Aussi, les exactions commises par ailleurs restent le plus souvent impunies. Une solution pérenne doit donc être envisagée.

De la naissance des tribunaux *ad hoc*, on a pu facilement en déduire qu'une solution institutionnelle pérenne devait être mise en place (section 1). En effet, ces juridictions ponctuelles que représentent les tribunaux *ad hoc* répondent à un besoin. Il est dès lors nécessaire que cette exigence de justice internationale puisse être satisfaite à tout moment et quel que soit l'endroit, sans qu'il faille passer par une résolution des Nations Unies. Peut-être des problèmes posés par l'institution de ces juridictions, a-t-on pu en déduire qu'en toute hypothèse, seul le recours à la conscience universelle (section 2) permettra de punir les criminels dont les actes heurtent l'ensemble de la communauté internationale.

SECTION 1. UNE SOLUTION INSTITUTIONNELLE ?

496. La mise en place de juridictions *ad hoc*, pour éviter une impunité flagrante, aux auteurs de crimes internationaux nés à l'occasion de conflits armés, n'a pas eu l'effet escompté en ce sens que le résultat est plus que mitigé eu égard notamment à la trop grande dépendance de ces juridictions par rapport aux Etats. Cependant, la nécessité de créer des juridictions *ad hoc* est venue rappeler fort opportunément qu'il n'existe aucune solution pérenne en la matière et que malheureusement les besoins existent.

Les guerres et les exactions commises sont des terrains privilégiés pour la naissance de juridictions pénales internationales en ce sens qu'elles touchent une grande part de l'humanité le plus souvent au niveau géographique et la conscience universelle dans sa globalité au niveau psychologique. Or si l'idée de juridiction pénale internationale n'est pas neuve, son avènement par le vote de son statut en juillet 1998 n'est pas fortuit puisqu'il survient alors même que la nécessité de créer deux juridictions *ad hoc* dans les années précédentes était apparue. D'ailleurs puisque le statut est voté, vont donc cohabiter juridictions *ad hoc* et juridiction permanente traduisant en cela un grand besoin de justice au niveau le plus élevé.

497. Mais il est aussi une autre idée qui a traversé les esprits sans pour autant se voir institutionnalisée à la faveur des conflits récents : c'est celle de la codification internationale. Sans doute estime-t-on que l'impératif, du moins pour le moment, est plus de juger que de juger juste dans le respect le plus scrupuleux du principe de légalité : c'est de cette même démarche que procédaient déjà les juridictions de Nuremberg et de Tokyo. Cette idée mérite cependant d'être étudiée.

Il nous faut donc examiner si une solution institutionnelle telle que la Cour pénale internationale (§ 1) ou la codification internationale (§ 2) serait un remède efficace au non-droit.

§ 1. LA COUR PENALE INTERNATIONALE

498. De l'étude successive de son avènement (A) puis de ses compétences (B), nous pourrions en déduire s'il s'agit d'une réelle amélioration quant au non-droit existant à l'échelle internationale.

A. L'AVENEMENT D'UNE JURIDICTION PENALE INTERNATIONALE

499. « Ni les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, établis en fonction des droits des puissances victorieuses et occupantes, ni même les tribunaux pénaux spéciaux créés par le conseil de sécurité pour les crimes commis en ex-Yougoslavie ou dans l'affaire du Rwanda ne sont exactement des précédents. Outre leur différence radicale d'origine, ils conservent en effet un caractère ponctuel, ils apparaissent intimement liés à une entreprise de rétablissement de la paix ou de liquidation des séquelles d'un conflit armé, de sorte qu'ils ne se distinguent que malaisément des catastrophes qui les ont fait naître⁷⁵³ ».

Aussi, pour mieux s'en détacher et pour prouver au monde que quoiqu'il arrive, une justice internationale sera toujours à même de combattre de flagrantes impunités, l'idée de la Cour pénale internationale a germé dans l'esprit de nombreux juristes et cela il y a déjà fort longtemps, les conflits barbares, les exactions n'étant pas l'apanage de notre seul siècle. Ainsi, le 17 juillet 1998 à Rome, « la conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une juridiction pénale internationale » a adopté par 120 voix pour, 7 voix contre et 21 abstentions, au terme de plusieurs semaines (15 juin, 17 juillet) de délibérations le statut visant la création d'une Cour pénale internationale. C'est bien là l'aboutissement d'un « rêve véritable pour des générations et générations de juristes engagés, qui a fait l'objet d'interminables débats

⁷⁵³ Serge SUR, *Vers une Cour pénale internationale : la convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité.*, RGDIPubl. 1999 . 29.

très passionnés, spécialement à partir de la première guerre mondiale et depuis lors pratiquement sans interruption jusqu'à nos jours⁷⁵⁴».

500. De fait, la première tentative moderne de création d'une cour pénale internationale appelée à juger les crimes de guerre venait des milieux de la croix rouge sous l'impulsion en 1872 de Gustave Moynier. Ce fut un échec corroboré ensuite par le refus de l'Institut de droit international de Cambridge en 1885, jugeant le projet totalement prématuré⁷⁵⁵.

L'idée de création d'une Cour pénale internationale a été remise à l'ordre du jour une première fois, la seconde guerre mondiale passée, après la mise en place corrélative de tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Le droit humanitaire fait alors une entrée remarquable sur la scène internationale, prenant acte des barbaries commises et souhaitant ne plus jamais en voir exister, ou tout du moins essayant d'avoir les instruments juridiques permettant l'adoption d'une juste répression. C'est l'époque où de nombreuses conventions internationales voient le jour (convention sur le génocide 9 décembre 1948..).

501. Aussi, la création d'une cour pénale internationale est l'aboutissement de 50 ans d'efforts⁷⁵⁶. En 1948, l'assemblée générale avait chargé la commission du droit international d'étudier la possibilité de créer une telle juridiction. Toutefois, le climat politique qui a régné dans les relations internationales durant les années 1960, 1970 et 1980 a rendu difficile tout progrès sur ce plan. En 1989, l'assemblée générale avait invité la commission à examiner plus avant et à analyser les questions soulevées par ce projet. L'année suivante, elle avait prié la commission d'élaborer à titre prioritaire un projet de statut. En 1994, l'assemblée a

⁷⁵⁴ Luigi CONDORELLI, *La Cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)*, RGDIpubl. 1999. 7, op. cit. p. 15-16.

⁷⁵⁵ Luigi CONDORELLI, *ibidem* : voir note de bas de page p. 15.

⁷⁵⁶ Pierre Marie MARTIN, op. cit. : « 50 années encore 1948-1998 séparent l'adoption par l'ONU de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la conférence diplomatique de Rome ayant abouti, le 17 juillet 1998 à l'adoption du texte d'un traité créant une cour pénale internationale. Une telle juridiction était prévue par l'article 6 de la Convention de 1948 ».

décidé de créer un comité *ad hoc* chargé d'examiner les principales questions de fond et d'ordre administratif que soulevait le projet de statut élaboré par la commission du droit international et, à la lumière de cet examen, d'envisager les dispositions à prendre en vue de la convocation d'une conférence internationale de plénipotentiaires. Ce n'est qu'au mois d'avril 1998 que le comité a terminé l'élaboration du projet de convention portant création d'une Cour pénale internationale qui a été transmis à la conférence de Rome.

Le statut ayant été adopté à la conférence de Rome, il est particulièrement important d'étudier la façon dont le vote a été acquis puisque se retrouvent là les prémises de problèmes ultérieurs et l'avenir de la cour pénale internationale, car dès ce stade, les réticences ont été nombreuses et laissent augurer d'un piètre résultat. « Au vu du résultat de cette conférence, on peut penser que la cour ne sera qu'une façade de plus dans un village de Potemkine . Donc une illusion. On peut se demander quel en sera l'avenir. Mais on peut surtout se demander si la véritable illusion n'était pas de penser qu'on pouvait, en l'état actuel, avoir une cour efficace⁷⁵⁷ ».

502. Que l'on en juge. Le vote a été acquis (le projet fut adopté par vote à la demande des Etats Unis) par 120 voix contre 7 avec 21 abstentions ; 12 Etats n'ont pas pris part au vote. Deux membres permanents du Conseil de sécurité, les Etats-Unis et la Chine ont voté contre. Neuf semaines après le vote, 26 Etats, dont la France avaient déjà signé ce traité. Mais l'élément qui lui donnera effet, c'est la ratification par 60 Etats : ce qui sera au mieux très long et au pire n'arrivera jamais⁷⁵⁸.

« L'impossibilité d'émettre des réserves dans ce traité détaillé qui fait une large part au « développement progressif » du droit international, et non à sa simple codification, et qui porte statut de la cour, ne fut sans

⁷⁵⁷ Pierre Marie MARTIN, op. cit.

⁷⁵⁸ L'autorisation de ratifier exige une révision de la Constitution en France. C'est ainsi qu'en a décidé le Conseil constitutionnel par sa décision du 22 janvier 1999 (DC n° 98-408) saisi le 24 décembre 1998 par le président de la République et le premier ministre sur le fondement de l'article 54 de la Constitution.

doute pas étrangère à cette prudence⁷⁵⁹ ». Mais plus encore, « on sait que les Etats-Unis ont refusé de signer le statut, qu'ils accusent d'être totalement déséquilibré. Selon cet Etat, le statut favoriserait l'impunité des hauts responsables d'Etats non parties qui commettent des crimes à l'intérieur des frontières nationales, alors qu'il défavoriserait les Etats tels les Etats-Unis, dont le personnel (militaire notamment) est très présent à l'étranger⁷⁶⁰ ». Or la position des Etats-Unis va peser lourd pour l'avenir et le devenir effectif de la Cour pénale internationale.

503. Par ailleurs, « une fois de plus comme à propos de la convention sur les mines antipersonnel, les Etats-Unis restent en marge d'un mouvement porté par des considérations humanitaires. Ils se sont trouvés dans la négociation en étrange compagnie, avec notamment l'Irak, la Libye, le Soudan, Cuba, la Birmanie, l'Iran. Avec aussi la France qui affirme aujourd'hui n'avoir fait que leur tendre la main pour les amener au compromis mais qui partageait beaucoup de leurs réticences⁷⁶¹ ». L'attitude de la France n'est pas exempte de tout reproche. Celle-ci défendait, sous la pression des militaires, des positions très hostiles à une cour permanente⁷⁶². Elle a néanmoins opéré un revirement qui laisse cependant un goût amer. Ainsi, sous son l'impulsion et grâce à son rôle actif a été adopté l'article 111 bis qui permet aux Etats signataires, pendant une période transitoire au terme de laquelle nul ne sait ce qu'il adviendra, de refuser la compétence de la Cour pour les crimes de guerre. Cette disposition « donne une image très négative de la France dans cette négociation où, pourtant, elle a joué un rôle considérable. Tout cela pour calmer les angoisses de quelques militaires qui n'ont pas encore bien

⁷⁵⁹Hélène RUIZ FABRI et Jean-Marc SOREL, *Les juridictions pénales internationales*, Revue générale des procédures, op. cit. Début octobre 1998, 32 Etats avaient signé le traité.

⁷⁶⁰ Luigi CONDORELLI, op. cit. p. 17-18 (n°6).

⁷⁶¹ *Le Monde*, 19-20 juillet 1998, Claire TREAN, *Une Cour pénale contre les crimes majeurs dans le monde*.

⁷⁶² *Le Monde* 14-15 juin 1998, Claire TREAN.

compris ce qu'est l'objet d'une cour pénale internationale⁷⁶³ ». Aussi a-t-on pu remarquer amèrement que « c'est une licence pour tuer pendant sept ans⁷⁶⁴ » et que « c'est la première fois sans doute qu'on crée ainsi du droit international en lui adjoignant le mode d'emploi pour s'y soustraire⁷⁶⁵ ». Il est nécessaire d'ajouter que ce comportement n'est pas connu de seulement quelques spécialistes présents à la conférence de Rome, mais qu'au contraire il a été mis sous les feux de la rampe puisque l'adoption le 17 juillet 1998, du statut de la Cour pénale internationale est intervenue à l'issue de l'une des conférences diplomatiques les plus médiatisées de toute l'histoire des relations internationales (Rome, 15 juin- 17 juillet 1998)⁷⁶⁶.

504. Au vu du statut de la cour et de son adoption dans les conditions et selon les modalités que l'on sait, force est de nous demander si quant au fond, la Cour pénale internationale aura un impact positif sur la criminalité humanitaire et si elle sera à même une fois toutes les contingences politiques dépassées et une fois les 60 ratifications réunies, d'amoinrir le non-droit au plan universel. Le droit humanitaire sera-t-il plus solide et mieux ancré en droit pénal international afin que sa fonction dissuasive prenne enfin le pas sur sa fonction coercitive, voire même, qui sait, ne devienne un jour qu'un droit inappliqué parce qu'inutile ?

Car enfin, ne faut-il pas convenir que la création d'une Cour pénale internationale est « une nécessité regrettable, car son existence même répond à des exactions collectives voire massives que le fonctionnement régulier des institutions internes et internationales devrait avoir pour objet comme pour résultat de prévenir et de façon exceptionnelle, de corriger. Leur échec cumulatif ou démultiplié sur ces différents plans conduit en réalité, en dépit des déclarations et des commémorations, à une

⁷⁶³ *Le Monde* 19-20 juillet 1998, Claire TREAN.

⁷⁶⁴ *Ibidem* : les représentants des ONG.

⁷⁶⁵ *Le Monde* 19-20 juillet 1998, Claire TREAN.

⁷⁶⁶ Luigi CONDORELLI, *op. cit.* n°1

redoutable régression de ce qu'il est convenu d'appeler « les droits de l'homme »⁷⁶⁷».

505. Sur un socle marqué du sceau de l'échec, peut-on construire une justice sereine et efficace qui saura faire mieux que les juridictions internes, pallier les clivages politiques, aller au delà et par-delà le principe de souveraineté pour que les droits de l'homme deviennent enfin les droits les plus souverains dans ce monde ?

Rien n'est moins sûr d'autant que « le statut de cette future cour, tel qu'il résulte de la convention de Rome de juillet 1998, n'apporte pas d'innovation très importante par rapport au statut des derniers tribunaux *ad hoc* en date. (...) Dans l'ensemble, la cour permanente sera l'héritière directe des tribunaux *ad hoc*⁷⁶⁸» sachant qu'on a institué une Cour pénale internationale pour faire face en grande partie aux faiblesses des tribunaux *ad hoc*. Ainsi, si la Cour pénale internationale parvient un jour à être plus qu'un symbole, ce sera malgré les immenses difficultés et l'océan de faiblesse qui l'entoure. Pour l'heure, nous estimons que son avenir effectif est compromis et qu'elle ne sera malheureusement plus source de difficultés, car créatrice de problèmes au niveau des juridictions nationales préexistantes de par les conflits de compétence qui vont nécessairement s'ensuivre, que source d'apaisement.

506. Cependant terminons sur une note qui se veut positive avant d'examiner le problème de la compétence de la Cour pénale internationale : « le statut a le grand mérite de définir pour la première fois de manière systématique les principaux crimes internationaux d'individus, en codifiant et développant par une approche globale le droit matériel préexistant (...) mais aussi en y ajoutant d'importantes innovations (...). L'article 7 est la première disposition conventionnelle multilatérale à portée générale définissant de manière détaillée et se voulant exhaustive la liste

⁷⁶⁷ Serge SUR, *Vers une Cour pénale internationale : la convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité*, RGDIPubl. 1999. 29, op. cit. p. 32.

⁷⁶⁸ Danièle MAYER, *Leçons à tirer des quelques rares expériences de fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux*, D. 1999. 215.

des agissements devant être qualifiés comme crime contre l'humanité⁷⁶⁹». Ce devrait être théoriquement une source de progrès quant à la solution de la codification internationale mais ce sera au final une source de difficultés puisque statut et projet de code de crime contre la paix et l'humanité divergent sur ce point⁷⁷⁰.

B. LES COMPETENCES DE CETTE JURIDICTION

507. Il nous faut délimiter ses compétences (1), pour mieux ensuite en examiner les modalités d'exercice, notamment quant au bon respect de la règle *non bis in idem* (2).

1. La délimitation des compétences

508. A l'opposé des tribunaux *ad hoc* la Cour pénale internationale, juridiction permanente, a vocation à recevoir une compétence générale. Sa compétence ne sera limitée ni géographiquement (les Etats non signataires pourront se voir imposer la compétence de la Cour pénale internationale dès lors que le Conseil de sécurité intervient dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies : article 13b du Statut de Rome. Cette disposition permet donc de lier des Etats non parties), ni temporel bien que conformément aux principes généraux du droit, la compétence de la Cour pénale internationale ne sera pas rétroactive : elle ne pourra donc être saisie en vue de punir les auteurs de conflits antérieurs à l'entrée en vigueur du statut et donc à la réunion des 60 ratifications.

509. Quant à la compétence *ratione materiae*, elle est limitée aux infractions les plus odieuses et les plus dangereuses pour l'humanité.

⁷⁶⁹ Luigi CONDORELLI, op. cit. n°2.

⁷⁷⁰ Voir *infra* n°523.

Aussi aucun lien ne peut être fait entre l'institution de la Cour pénale internationale et l'idée d'une codification internationale⁷⁷¹. La Cour pénale internationale sera donc compétente pour les auteurs (en excluant les personnes morales) de génocide (selon la définition de 1948), de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre (y compris ceux touchant le personnel de l'ONU, mais en excluant le maintien de l'ordre interne, ce qui n'est pas sans poser problème) sachant qu'un régime transitoire de 7 ans permet d'écarter cette compétence au moment de la ratification, et de crimes d'agression tout en précisant que cette dernière catégorie ne sera utilisable que lorsqu'une définition de l'agression acceptée de tous sera opérationnelle. Or « il faut rappeler à ce sujet que la difficulté à trouver une définition acceptable de l'agression fut le motif officiellement invoqué pour empêcher la création de la Cour pénale internationale suite aux deux projets déposés par l'ONU en 1951 et 1953. Il est donc très incertain qu'un consensus se fasse rapidement sur ce point⁷⁷² ».

Ainsi donc, le terrorisme ou le trafic de stupéfiants ont été exclus de la compétence de la cour. De la même façon, à la suite de longs débats, la Cour pénale internationale ne sera pas compétente en cas d'utilisation en représailles de l'arme nucléaire, cette dernière n'entrant pas dans la catégorie des crimes contre l'humanité⁷⁷³.

510. Par ailleurs, le statut de Rome prévoit également une disposition notable différente de ce que l'on peut trouver dans les statuts des tribunaux *ad hoc* : ainsi dès le préambule, puis dans l'article 1 du statut⁷⁷⁴, on peut remarquer que le principe applicable est celui de la complémentarité, « c'est-à-dire la primauté des juridictions nationales sur

⁷⁷¹ Voir *infra* n°517 et suivants.

⁷⁷² Carole GIRAULT et Bertrand GRAVELET, Institut supérieur internationale des sciences criminelles. Colloque des jeunes pénalistes. La Cour pénale internationale . (Syracuse 16-22 juillet 1998), RSC 1999. 179. , op. cit. p.180.

⁷⁷³ *Le Monde* 14-15 juin 1998, Claire TREAN.

⁷⁷⁴ Art. 1 du Statut de Rome : la Cour pénale internationale est « une institution permanente qui peut exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale. Elle est complémentaire des juridictions nationales ».

celle de la Cour. Un criminel présumé ne relèvera de la Cour que si son propre pays n'est pas en mesure ou n'a pas la volonté de le juger. (..) Ainsi à la différence des tribunaux *ad hoc* de La Haye et d'Arusha, où il existe une obligation de dessaisissement des juridictions nationales à la demande du tribunal international, la compétence de la future cour sera subsidiaire à celle des instances étatiques. Cette primauté accordée aux juridictions nationales peut être comprise comme une incitation faite aux Etats de réprimer les crimes qui relèvent de la compétence de la cour⁷⁷⁵ ». De façon plus négative, la primauté des juridictions nationales et donc la saisine de la Cour pénale internationale en cas de carence fait encore une fois resurgir la notion d'échec qui l'entoure et qui a engendré le projet de la Cour pénale internationale. « Si la Cour pénale internationale est saisie d'une affaire, cette saisine elle-même traduit une défaillance des juridictions internes, donc réaffirme et prolonge l'échec des Etats concernés⁷⁷⁶ ». Aussi est-ce de façon encore plus nette que l'on a pu faire remarquer que « c'est à l'évidence l'expression d'une philosophie bien précise, ayant amené à concevoir la Cour pénale internationale comme rien de plus qu'un simple bouche-trou , et non pas comme le moyen (ou niveau) de répression, le plus approprié pour les « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »⁷⁷⁷ ». Ainsi donc et bien qu'il ne soit pas indiqué précisément que la compétence de la Cour pénale internationale est subsidiaire par rapport à celle des juridictions nationales, c'est bien vers cette interprétation qu'il faut s'acheminer. La création de la Cour pénale internationale ne décharge nullement les Etats de leur responsabilité primordiale et fondamentale en matière de répression des crimes internationaux. Le préambule souligne ainsi dans son sixième considérant, le « devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ». Mais il signifie aussi dans son cinquième considérant que

⁷⁷⁵ Carole GIRAULT et Bertrand GRAVELET, *La Cour pénale internationale : illusion ou réalité ? A propos du Traité international adopté à Rome le 17 juillet 1998*, RSC 1999. 410., op. cit. n°8.

⁷⁷⁶ Serge SUR, op. cit. p. 42.

⁷⁷⁷ Luigi CONDORELLI, op. cit. p. 20.

pour « ..mettre un terme à l'impunité », si les Etats « refusent de s'acquitter de leur responsabilité ou n'en sont pas capables une cour internationale pourra prendre le relais afin d'assurer que ces mêmes crimes ne restent pas impunis ⁷⁷⁸».

511. Ce choix en faveur du principe de complémentarité⁷⁷⁹, qui s'accompagne en l'occurrence de la primauté des juridictions nationales pour la répression des crimes internationaux alors que justement on crée une Cour pénale internationale pour pallier les carences antérieures, et donc les carences des juridictions nationales puisqu'elles étaient déjà compétentes, est source de confusions et de critiques. « M. Zappala, chercheur à l'institut universitaire européen de Florence, a d'ailleurs manifesté son étonnement à ce sujet en rappelant qu'elle (NDLR : le complémentarité) n'était pas un principe général du droit pénal international et en regrettant qu'elle ait été retenue au détriment du principe de primauté de la Cour⁷⁸⁰ ». Cependant, l'ensemble est une question d'optique et dépend de la façon, positive ou négative, dont on veut analyser le nouveau système de répartition.

Ainsi, au lieu d'insister sur le fait que la création d'une Cour pénale internationale s'accompagne seulement du principe de complémentarité avec les juridictions nationales en leur laissant la primauté, nous pouvons également remarquer, afin de donner une note plus positive à l'ensemble que « complémentaire (de complere : , remplir) signifie qu'on ajoute quelque chose pour qu'il y ait complétude. L'institution permanente qu'est la Cour intervient pour compléter l'action des juridictions internes, au sens où elle ne doit juger que les cas les plus graves⁷⁸¹ ».

⁷⁷⁸ Luigi CONDORELLI, *ibidem*.

⁷⁷⁹ Il nous faut d'ailleurs remarquer que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 janvier 1999 a relevé sur un ensemble de 128 articles composant le statut de la Cour pénale internationale trois séries de dispositions comme étant contraires à notre Constitution dont justement une articulation des compétences respectives des juridictions nationales et de la Cour (art. 17, §2c). Bruno GENEVOIS, op. cit. p.294.

⁷⁸⁰ Carole GIRAULT et Bertrand GRAVELET, op. cit. p. 180.

⁷⁸¹ Pierre Marie MARTIN, *La Cour pénale internationale, quel avenir pour une illusion ?*, op. cit. p. 339.

512. Il nous reste à ajouter que la répartition des compétences cour pénale internationale/juridictions nationales, tout comme la répartition des compétences tribunaux *ad hoc*/juridictions nationales, est également un modèle différent du schéma utilisé à Nuremberg, qui décidément, il faut bien l'ajouter, était novateur et particulièrement pertinent. Pour la répartition des compétences entre la Cour pénale internationale et les juridictions nationales, « rien à voir donc avec une philosophie du genre de celle qui avait présidé, à l'issue de la seconde guerre mondiale, à la distribution des tâches de répression, concernant les crimes de guerre commis, entre le niveau national (pour les crimes « localisés ») et le niveau international, lequel allait être utilisé pour les grands criminels dont les méfaits « n'ont pas de localisation géographique précise »⁷⁸² ».

2. L'exercice de ces compétences et la règle *non bis in idem*

513. Enfin, il nous reste à nous interroger sur le devenir du principe *non bis in idem* dans cette nouvelle répartition des compétences. Nous avons constaté que la primauté des juridictions internationales pour les tribunaux *ad hoc* était une excellente façon d'obtenir un bon respect de la règle *non bis in idem* et l'amointrissement du non-droit. Or en matière de cour pénale internationale, le principe est seulement celui de la complémentarité mais avec une primauté pour les juridictions nationales. Ainsi donc, il n'y a pas d'égalité, ce qui pourrait poser de graves problèmes par rapport au principe *non bis in idem*, mais bien une primauté, toute la différence étant qu'elle est accordée aux juridictions nationales. Le principe *non bis in idem* est-il sauvegardé ? La réponse est globalement affirmative bien qu'« a été jugé contraire à la Constitution, au moins pour partie l'article 17 du statut intitulé « questions relatives à la recevabilité », rapproché de l'article 20 intitulé « *non bis in idem* »⁷⁸³».

⁷⁸² Luigi CONDORELLI, *La Cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli.)*, op. cit. note n°27 p. 20.

⁷⁸³ Bruno GENEVOIS, op. cit. p. 298.

514. Ainsi l'article 17 énumère dans son §1 les quatre hypothèses dans lesquelles l'affaire est jugée « irrecevable » par la Cour : l'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites en droit interne ; elle a fait l'objet d'une enquête et l'Etat a décidé de ne pas poursuivre ; la personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte ; l'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la cour y donne suite. Dans les deux premiers cas, la cour peut néanmoins admettre sa compétence en cas de mauvais vouloir (fraude à la loi, détournement de procédure) ou d'incapacité de l'Etat (effondrement de l'appareil judiciaire de l'Etat ou son indisponibilité). « De son côté, l'article 20 , après avoir affirmé la règle *non bis in idem* dans ses §1 et 2 afin de réduire les incertitudes qu'elle comporte en droit pénal international a cherché à éviter que sous son couvert, un Etat ne commette un détournement de procédure⁷⁸⁴ ». Donc de l'importance de ces réserves à *non bis in idem*, de la façon dont elles sont formulées et de l'interprétation plus ou moins stricte que l'on en fait dépendra l'avenir de la règle *non bis in idem* (et son respect en la matière). Or il semble qu'il n'y a pas d'inquiétude à éprouver et l'on peut conclure que l'essentiel pour un partage de compétence est bien qu'une juridiction prime une autre et qu'il n'y ait pas au contraire une égalité entre les deux.

515. En effet, l'article 20§3 dispose que « quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles du statut définissant les infractions entrant dans le champ de compétence de la Cour », ne peut être jugé par la cour que si la procédure devant l'autre juridiction soit « avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilisé pénale pour des crimes relevant de la compétence de la cour », soit « n'a pas été menée de manière indépendante ou impartiale dans le respect des garanties prévues par le droit international, mais d'une manière qui dans les circonstances,

⁷⁸⁴ Bruno GENEVOIS, op. cit. p.299.

démentait l'intention de traduire l'intéressé en justice ». Ces réserves sont donc équivalentes à celles présentes dans le statut instaurant le TPIY et n'ont que pour but, légitime, d'éviter une impunité ou une punition moindre eu égard à la gravité des crimes. Cela ne doit pas être interprété comme une volonté de nuire au bon respect de la règle *non bis in idem*. « Ce dispositif a principalement pour objet de faire échec à la manœuvre d'un Etat, dont les juridictions, par suite des pressions exercées sur les juges, acquitteraient un individu qui s'est rendu coupable d'un crime grave ou ne lui infligeraient qu'une peine très minime⁷⁸⁵ ». La meilleure preuve en est que l'article 20 réserve le bénéfice de l'imputation puisque « pour infliger une peine, la Cour tiendra compte de la peine purgée dans l'Etat où l'auteur a déjà été condamné⁷⁸⁶ ».

516. Mais il nous semble que d'une façon générale le partage de compétence ne se fait pas au détriment de la règle *non bis in idem*, bien au contraire. Il nous faut constater que l'institution d'une juridiction pénale internationale vise à diminuer le non-droit en tentant d'éradiquer les conflits négatifs de compétence et l'impunité, sans pour autant porter atteinte à la règle *non bis in idem*.

En conclusion, nous ne pouvons nous prononcer sur l'efficacité d'une telle solution face au non-droit en droit pénal international qu'une fois, le fonctionnement effectif de la cour assuré et donc la réunion des 60 ratifications. Or ce sera à tout le moins long voire impossible. Ainsi donc à l'heure actuelle, la Cour pénale internationale n'est toujours qu'une chimère et non une solution concrète aux problèmes existant sur la scène internationale. Examinons si le projet de codification internationale emporte plus de succès.

⁷⁸⁵ Bruno GENEVOIS, *ibidem*.

⁷⁸⁶ Carole GIRAULT et Bertrand GRAVELET, RSC 1999. 410., op. cit. n°33.

§ 2. LA CODIFICATION INTERNATIONALE

517. L'idée, à défaut de volonté réelle, de codification internationale s'est imposée à partir d'un constat. La multiplication des sources et des conventions internationales qui édictent des règles devant être suivies par la communauté des Etats et qui pourraient être rassemblées dans une œuvre unique, un code qui serait un recueil exhaustif des règles existantes, est une donnée constante en droit pénal international. Par ailleurs, le problème de la légalité des délits et des peines qui se pérennise et qui a été évoqué avec une certaine acuité après les jugements rendus par les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, rappelle à bon escient qu'il manque des définitions, des incriminations, une échelle des peines.. en droit pénal international⁷⁸⁷.

Aussi nous faut-il étudier ce processus de codification tel qu'il a été mis en œuvre et tel qu'il continue aujourd'hui à se développer (A) puis apprécier de façon critique l'opportunité d'une codification et son intérêt au niveau du non-droit (B).

A. ETUDE DU PROCESSUS DE CODIFICATION

518. Si la commission de droit international a impulsé les travaux concernant une éventuelle codification internationale (1), le vote du statut de la Cour pénale internationale a quelque peu modifié les données du problème (2).

⁷⁸⁷ A l'échelle européenne, il n'y a eu aucun projet de codification européenne tel qu'il est envisagé en droit pénal international. Cela s'explique par la nature de la codification en droit international, puisque seules sont entendues le plus souvent les infractions qui lèsent la communauté universelle ; il est donc évident que le cadre le plus propice pour cette codification reste la communauté internationale. Par ailleurs, l'Union européenne n'a eu, pendant fort longtemps, qu'une ambition économique. Ce n'est que très récemment que la coopération pénale est devenue un pilier de l'Union européenne (cf. Traité de Maastricht). Depuis, on a déjà assisté à la rédaction en comité d'experts d'un *corpus* juridique européen, qui ne vise que les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de la communauté européenne.

1. Les travaux de la commission de droit international

519. « Les arguments des adversaires et des promoteurs de la codification sont classiques, les premiers célébrant la flexibilité, la souplesse de la coutume, les seconds la certitude du droit écrit. Or dans aucun domaine juridique, la certitude n'apparaît plus souhaitable qu'en droit international, où règnent la diversité et la variation des usages, l'indifférence et l'ignorance du public. La codification apparaît comme une forme d'enseignement et par là même un prélude au développement progressif ⁷⁸⁸». Cette certitude appelée des vœux des juristes depuis déjà 1948 n'est toujours pas d'actualité car il n'existe aujourd'hui que des projets de codes internationaux, aucun n'étant parvenu à maturité. Or ce n'est pas faute d'avoir essayé puisqu'un travail au long cours existe et que le projet de code des crimes internationaux est régulièrement remis à l'ordre du jour. Aussi faut-il en conclure que si un projet de code n'aboutit pas dans les années à venir, s'engouffrant dans la goulée d'espoir qu'à fait naître la signature du statut de la Cour pénale internationale (qui de même a eu un temps de gestation fort long), il faudra se résigner à ne voir là qu'une utopie causée par la réserve de souveraineté des Etats qui « entendent conserver la maîtrise de la production du droit écrit qui les régit ⁷⁸⁹».

520. Ainsi dès le 11 décembre 1946, l'assemblée générale de l'ONU a déclaré « confirmer les principes du droit international reconnus par le statut du tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce tribunal ». En même temps, elle créait un comité « pour le développement progressif du droit international et sa codification ». Une nouvelle résolution du 21 novembre 1947 chargeait la Commission du droit international (CDI) d'élaborer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de

⁷⁸⁸ Henry DONNEDIEU de VABRES, *La codification du droit pénal international.*, RIDP 1948. 21., op. cit. p. 22-23.

⁷⁸⁹ Mohamed BENNOUMA, *La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des Etats.*, AFDI 1990. 299., p. 305.

l'humanité. Après avoir en 1950 formulé « les principes de Nuremberg », cette commission présenta en 1954 un projet de code comprenant quatre articles « dont la caractéristique majeure était de n'envisager que la responsabilité des individus à l'exclusion de celle des Etats⁷⁹⁰ ». Cependant, la CDI s'aperçut que le projet était étroitement lié à une définition de l'agression, définition qui fut adoptée le 14 septembre 1974 par la résolution 3314. Enfin, ce n'est qu'en 1981 que l'assemblée générale invita la CDI à reprendre ses travaux en vue de l'élaboration du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et « à l'examiner en lui accordant le degré de priorité voulu afin de le réviser, compte tenu des résultats obtenus grâce au processus de développement progressif du droit international⁷⁹¹ ». Dès la reprise des travaux, on n'a pas manqué de souligner « qu'un code non assorti de peines et sans juridiction pénale serait inopérant⁷⁹² ». La CDI acheva ses travaux d'élaboration de ce projet lors de sa 48^e session en 1996.

521. Le but du projet de Code est d'établir et de traiter les questions relatives à la responsabilité pénale individuelle et au châtement des « crimes de haine » punissables en vertu du droit international. Selon le projet, 5 catégories de crimes entrent dans la notion de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité : le crime d'agression, le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes contre le personnel de l'ONU et le personnel associé, et les crimes de guerre. Ce projet de Code pour entrer un jour en vigueur doit être soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies, ce qui n'a pas encore été réalisé.

⁷⁹⁰ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit.n°27.

⁷⁹¹ Marie Pierre BESSON de VEZAC, *La Cour pénale internationale et le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, P. A. n°133, 6 juillet 1999, p. 21.

⁷⁹² Rapport de la CDI sur les travaux de la 38^e session.

2. L'implication du vote du statut de la Cour pénale internationale

522. Il est une œuvre de codification, qui n'en porte pas le nom, mais qui est beaucoup plus avancée dans le processus de décision mondial : c'est le Statut de la Cour pénale internationale qui a été voté à Rome en juillet 1998 (et qui n'attend plus que 60 ratifications pour entrer en vigueur). En effet, le Statut de la Cour pénale internationale énumère un certain nombre de crimes, en définissant les éléments d'incrimination, les peines applicables, les juridictions compétentes ce qui constitue un code au sens strict puisque par code, il faut entendre un recueil d'infractions définies précisément avec la sanction possible en cas de non-respect et l'explication de la juridiction compétente pour en juger. Aussi a-t-on bien au sein du statut de la Cour pénale internationale une œuvre de codification, la plus aboutie à ce jour et qui est la parfaite incarnation de l'opinion majoritaire (puisque cette codification est au sein même du statut de la Cour pénale internationale) selon laquelle les crimes internationaux qui doivent être définis par le biais de la codification internationale ne pourraient « recevoir application réelle que grâce à l'institution corrélative d'une juridiction pénale internationale. (...) C'est pourquoi les discussions relatives à la compétence de l'éventuelle Cour internationale ont donné l'occasion de revenir sur le contenu du projet de code⁷⁹³ ». Or il semble dorénavant certain que l'édification d'une codification internationale se fera pour que la Cour pénale internationale puisse en juger. Il faut remarquer que « le statut de la Cour pénale internationale ne fait pas une seule fois référence à ce Code. Son statut prévoit les infractions, les peines et toute l'organisation judiciaire nécessaire à la mise en œuvre d'un procès. Les questions qui avaient été longuement débattues avant l'adoption du projet de code l'ont de nouveau été par la Cour pénale internationale⁷⁹⁴ ». De plus, si l'on compare projet de code et statut de la Cour pénale internationale, on notera des différences notables, voire des infractions antinomiques qui laissent à penser que ce projet de code va

⁷⁹³ Jacques DEHAUSSY, Travaux de la CDI., AFDI 1992. 737 op. cit. p.744.

⁷⁹⁴ Marie Pierre BESSON de VEZAC, *ibidem*.

tomber aux oubliettes et ce qui fait foi ou ce qui le fera, sera à trouver dans les 12 chapitres et les 128 articles du Statut de la Cour pénale internationale. Aussi une appréciation critique de cette idée de codification internationale doit être apportée.

B. APPRECIATION CRITIQUE

523. Nous ne pouvons qu'être critique lorsque nous constatons déjà les trop grandes différences entre le projet de code et le Statut de la Cour pénale internationale qui emporte codification de fait. Comment expliquer que ces deux œuvres soient si différentes alors qu'elles ont toutes deux été pensées et réfléchies par la CDI ? Sauf à répondre que la codification internationale n'est qu'une utopie et que le projet n'a que pour ambition de rester un concept juridique dont pourrait gloser la doctrine et qui pourrait être sorti des tiroirs à tout moment si le besoin s'en faisait ressentir, il n'y a guère de réponse. L'idée était justement que puisqu'il y avait une volonté forte d'instituer une Cour pénale internationale, il fallait saisir l'occasion pour insérer cette codification à l'intérieur du Statut. Or cela n'a pas été réalisé et nous constatons que le statut est nettement moins ambitieux, au niveau de la codification, que le projet de code ce qui laisse à penser que celui-ci ne deviendra jamais une réalité car il porte certainement trop atteinte à la souveraineté des Etats

Ainsi par exemple, il est patent de constater que la Cour pénale internationale ne sera compétente pour juger les crimes d'agression qu'une fois que les Etats membres auront pu en trouver une définition acceptable, alors que justement il en existe une qui a fait l'objet d'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU le 14 décembre 1974 (résolution 3314) et qui est insérée en bonne place dans le projet de Code⁷⁹⁵. Aussi il nous faut constater que si sur le plan de la réalisation

⁷⁹⁵ Marie Pierre BESSON de VEZAC, *ibidem* : « on peut simplement se demander pourquoi la résolution de l'assemblée générale de l'ONU qui définit des éléments constitutifs de l'agression, a été ignorée ». L'auteur n'apporte pas de réponse à cette question. Mais il est certain que les signataires du statut de la Cour pénale internationale ont tout mis en œuvre pour préserver au mieux leur souveraineté et donner les pouvoirs les moindres à la Cour pénale internationale (avec une conception stricte de sa sphère de compétence) tout en sauvegardant les apparences et en affichant leur volonté de créer une juridiction pénale internationale effective et autonome.

concrète, l'essai de codification n'est pas très concluant, la même observation peut être renouvelée sur le plan de la philosophie de la codification.

524. Car enfin, codifier devrait être plus que de simplement rassembler des infractions existantes, étayées par de nombreuses conventions internationales qui les incriminent et les définissent spécifiquement ! Le travail de codification dans cette optique ne vise alors qu'à simplifier la lecture des dispositions de droit pénal international et à concentrer en un ouvrage unique l'ensemble des règles préexistantes. Si cela ne souffre aucune critique, c'est en revanche très insuffisant : il est tout un domaine où une codification serait très utile, c'est celui des règles de compétence à unifier une fois pour toutes sur le plan international pour que simultanément les conflits positifs et conflits négatifs disparaissent. Le problèmes des effets des décisions répressives étrangères à la fois positifs et négatifs est aussi à envisager, tout comme celui par exemple de la récidive internationale, des déchéances et des incapacités, c'est-à-dire en somme tout ce qui ferait qu'une décision répressive prononcée par un Etat emporte les mêmes conséquences partout quand bien même une frontière aurait été franchie.

525. Aussi dès 1948 pouvait-on écrire « la délimitation, la subordination de compétences judiciaires est un objet, en tête des différents codes pénaux de réglementation presque semblables. Les traités d'extradition, depuis deux siècles se sont multipliés ; ils offrent un fond commun assez riche pour qu'on préconise depuis longtemps la conclusion d'un « Traité universel d'extradition ». Les effets des jugements répressifs étrangers, au point de vue de l'autorité négative, de l'autorité positive de la chose jugée et surtout de la force exécutoire, ne sont encore admis qu'avec beaucoup de réserve ; mais une tendance extensive s'affirme dans les lois pénales récentes de divers pays. Sans doute, il existe en droit pénal international comme en droit international privé un « no man's land », un « ordre public », siège de divergences irréductibles, et d'exceptions aux règles

normales des conflits de juridictions et de lois. Mais ces règles couvrent un champ assez vaste pour que la codification s'impose⁷⁹⁶ ». Il nous faut dès lors constater que ces phrases restent d'une brûlante actualité. De même, cette cinglante remarque est aujourd'hui encore très pertinente : « le règlement des compétences cède le pas à l'incrimination de génocide, sanction pénale des droits internationaux de l'Homme. L'intérêt pratique du premier est quotidien, sa réalisation facile. L'effet principal de la seconde est de souligner la distance entre une vue de l'esprit et la dure réalité présente. Le point de vue spectaculaire prévaut⁷⁹⁷ ». C'est ainsi que le projet de Code ne consacre que des principes très généraux, tel que notamment *aut dedere, aut punire*, principe déjà sous-entendu par de nombreux instruments juridiques internationaux. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le pas le plus significatif à ce sujet ici encore se situe du côté du Statut de la Cour pénale internationale qui « prévoit tout au long du texte tous les aspects du procès, que ce soit du lancement de l'enquête et des poursuites, au procès, à l'appel, aux droits des accusés, à la coopération internationale, ou à l'exécution des peines⁷⁹⁸ ».

526. Enfin, il nous faut ajouter que ce faisant, la codification internationale n'est en rien une solution au sens strict aux problèmes qui engendrent les conflits négatifs ou positifs de compétence en droit pénal international.. Certes codifier un certain nombre de normes préexistantes, voire même expliciter des incriminations pour certaines infractions va permettre un meilleur respect du principe de légalité des délits et des peines et lever les derniers doutes s'il y avait lieu. Mais il n'y aura aucune incidence au sens strict pour éviter la violation du principe *non bis in idem* en cas de conflits positifs ou pour pallier les carences du droit pénal international. En effet, la codification n'a pas un but répressif, mais au contraire préventif. Il s'agit en quelque sorte d'un bréviaire de bonne conduite « favorisant

⁷⁹⁶ DONNEDIEU de VABRES, op. cit. p. 34.

⁷⁹⁷ DONNEDIEU de VABRES, *ibidem*.

⁷⁹⁸ Marie Pierre BESSON de VEZAC, *ibidem*.

l'instauration d'une certaine justice dans la vie internationale⁷⁹⁹ ». Aussi en conclusion, il nous faut constater l'utilité limitée d'une solution institutionnelle. De fait, l'institution d'une Cour pénale internationale ou/et (car souvent l'ensemble doit aller de paire) la mise en œuvre d'une codification internationale apporterait amélioration certaine au niveau du droit pénal international, car elles conduiraient à une meilleure justice, mais cela se fera concrètement uniquement sur le plan des principes. Ces solutions institutionnelles sont plus ou moins des chimères d'une part, dont il faudra apprécier plus sérieusement et concrètement le résultat s'il y a lieu un jour, et d'autre part, elles ne peuvent éradiquer le non-droit.

527. N'apportant rien ou peu sur le plan répressif et donc dans la lutte contre les conflits négatifs de compétence, elles ne viennent pas en revanche créer de conflits positifs car au stade de leur élaboration, elles n'en ont pas les moyens. En revanche, si quelque jour, elles deviennent réalité, il faudra examiner rigoureusement si ce bénéfice dans la répression n'entraîne pas un handicap quant au respect du principe *non bis in idem*, voire à l'instar de ce qui est apparu au niveau des juridictions *ad hoc*, une diminution de l'exercice des compétences par les juridictions nationales, juridiction de droit commun.

Pour l'heure, nous ne pouvons qu'encourager l'œuvre de codification en insistant sur la réelle utilité qu'il y aurait à une codification universelle, et universellement ratifiée, d'un vrai partage des compétences créant un maillage serré afin d'éviter les conflits négatifs de compétence et se gardant de créer, ou en trouvant les moyens de résoudre les conflits positifs de compétence. Et de fait, une œuvre de codification devra se réaliser en étroite collaboration avec l'institution d'une Cour pénale internationale qui pourra avoir vocation à arbitrer par exemple des conflits positifs de compétence.

Si donc la solution institutionnelle est un élément de réponse au non-droit, examinons une autre piste en nous interrogeant sur l'opportunité de

⁷⁹⁹ CDI , « projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », AFDI 1983 . 504.

faire appel à une certaine conscience universelle, conscience qui serait l'ultime recours face à la pérennisation du non-droit en droit pénal international.

SECTION 2. L'ULTIME RECOURS : LA CONSCIENCE UNIVERSELLE

528. Une fois toutes les solutions concrètes envisagées, une fois constaté le caractère lacunaire de ces solutions ou tout du moins leurs grandes imperfections dans un domaine qui mériterait d'atteindre un haut niveau de perfection, il ne reste plus qu'à faire appel à un ultime recours. Il faut faire appel à la conscience de l'homme, à sa morale, à sa dignité, tout ceci afin que l'abject soit sanctionné, tout ceci afin qu'une juste sanction et non une vengeance voire une certaine indifférence à une double sanction soit prononcée.

Faire appel à la conscience universelle de l'homme reste donc l'ultime recours surtout lorsqu'il s'agit de réprimer l'indicible. Mais cette notion d'ultime recours porte en elle les marques de son insuffisance : puisqu'il s'agit d'un ultime recours, c'est l'aveu inéluctable d'un échec antérieur mais aussi une solution sujette à caution puisqu'on ne la suggère qu'en dernier lieu.

529. Effectivement, on ne peut faire appel à la notion de conscience universelle qu'une fois constatée l'insuffisance du droit. La conscience en tant que rempart au manque de droit est à la fois une force puisque même le manque de droit peut être comblé mais aussi une faiblesse puisque le droit pénal international ne doit pas devoir se contenter de ce recours et devrait être capable d'être un droit écrit, homogène, respectueux des grands principes et ne prêtant pas le flanc à la critique. Aussi ce recours à la conscience universelle est une solution au non-droit, mais ce ne doit être qu'une solution ponctuelle. C'est aussi une solution qui souligne cruellement l'impossibilité de lutter contre la pérennisation du non-droit, le

manque de volonté en la matière et l'existence d'une dernière chance largement imparfaite, favorisant cet attentisme.

Aussi devons-nous étudier ce que peut être concrètement cet ultime recours à la conscience universelle. Il se manifeste essentiellement dans le domaine du droit humanitaire, c'est-à-dire là où les infractions touchent la nature humaine de l'homme, là où la communauté internationale s'accorde à nommer l'horreur et à n'y trouver aucune justification, là où la nécessité d'une répression est ressentie au plus profond de la conscience de chacun. Examinons donc la force du droit humanitaire (§1), puis la faiblesse de cette notion (§2).

§ 1. LA FORCE DU DROIT HUMANITAIRE

530. La force du droit humanitaire procède de l'existence de certaines notions de droit qui sont incomplètes pour être des règles de droit « classiques » et qui nécessitent pour devenir une réalité au plan pénal international une altération, un « forçage » que seule la conscience universelle peut légitimer.

C'est en étudiant deux affaires, l'affaire Barbie et l'affaire Pinochet que nous pourrions prendre toute la mesure de ce qu'est ce droit, de cette force qui lui permet d'engendrer des résultats sur le plan répressif alors qu'une simple lecture de cet ensemble juridique, non raccordée à la réalité des faits, n'aurait pas permis de seulement penser à un résultat concret. La force du droit humanitaire, c'est l'atrocité des faits qui lui sert de fondement et qui permet de prendre des libertés avec les règles de droit classiques. Examinons donc la force du droit humanitaire à l'aune de l'affaire Barbie (A) puis de l'affaire Pinochet (B).

A. L'AFFAIRE BARBIE

531. L'affaire Barbie et les nombreux arrêts de la Cour de cassation qui sont le fruit de la procédure diligentée contre Klaus Barbie a servi de

révélateur à la nature juridique particulière du crime contre l'humanité. Il est en effet apparu que ce crime est véritablement l'objet d'un régime exorbitant de droit commun puisque de nombreuses règles considérées par tout un chacun comme de grands principes édictant une ligne de conduite en matière pénale, sont écartées afin que l'on puisse juger et condamner Klaus Barbie pour crime contre l'humanité. Il en va ainsi pour ce qui concerne l'incrimination (1), la question de l'imprescriptibilité (2) et la procédure d'extradition (3).

1. L'incrimination

532. Le problème résulte en grande partie de la loi du 26 décembre 1964 qui tend à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Sachant qu'auparavant, le crime contre l'humanité n'existait pas dans le code pénal français, le problème de non-rétroactivité de la loi pénale surgit dès lors que l'on souhaite juger Klaus Barbie (et d'autres) pour des faits antérieurs à 1964. De la même manière, le principe selon lequel toutes les infractions sont prescriptibles est lui aussi écarté : tout ceci pour éviter une scandaleuse impunité.

Bien entendu, il a été trouvé plusieurs justifications pour écarter les critiques et expliquer que si le crime contre l'humanité n'apparaissait pas dans le code pénal avant 1964, il faisait déjà légitimement partie de notre *corpus juris* par le biais d'un certain nombre de références à des conventions internationales, voire même à la coutume internationale. C'est ainsi que tout en critiquant la motivation de la Cour de cassation selon laquelle la loi de 1964 s'appuie sur des traités internationaux régulièrement ratifiés⁸⁰⁰, il a été avancé qu'il eût été préférable « de

⁸⁰⁰ Cass. Crim., 26 janvier 1984, JCP 1984. II. 20197, rapport Le GUNEHEC, conclusion DONTENWILLE, note RUZIE. La loi de 1964 doit être appréciée par référence « au texte international sur lequel elle s'articule expressément ».

Cette loi a donc un statut original : c'est une loi de procédure dont l'origine est interne et la portée internationale, c'est-à-dire que pour savoir si cette loi est rétroactive il convient d'examiner le texte international dont elle dépend et non la loi elle-même. En d'autres termes, cette loi est interne par nature mais son fondement est international. George DESOUS, *Réflexions sur le régime juridique des crimes contre l'humanité (à propos des arrêts Barbie)*, RSC 1984. 657, op. cit. p. 679.

rappeler que le fondement exact des crimes contre l'humanité est la coutume internationale. Dès lors il suffisait de constater que cette coutume précède dans le temps l'élaboration de la loi interne qui lui emprunte sa pérennité. La prétendue rétroactivité de la loi du 26 décembre 1964 s'avère alors illusoire, cette loi est en réalité une loi interprétative... de la coutume internationale⁸⁰¹ ».

533. Cependant il semble que cela soit un peu trop facile de justifier l'application de la loi de 1964 à des faits antérieurs en renvoyant à la convention internationale (l'accord de Londres du 8 août 1945 n'a pas été ratifié par le parlement français, il a seulement été signé par le gouvernement provisoire de la République, la déclaration de Moscou n'a pas été signée par la France et la résolution des Nations Unies du 13 février 1946 est une simple recommandation dépourvue d'autorité selon d'éminents auteurs⁸⁰²) ou à la coutume⁸⁰³. De plus, la portée de l'Accord de Londres est seulement de participer à une juridiction internationale (le tribunal de Nuremberg) en vue de juger les grands criminels de guerre. « Le traité n'oblige en rien à recopier, en droit interne, le modèle international⁸⁰⁴ ». Aussi, il faut constater que la loi de 1964 a créé l'incrimination de crime contre l'humanité et que donc appliquer cette incrimination à des faits antérieurs est contraire au principe de non-rétroactivité. Les textes internationaux n'étaient pas incriminateurs car notre « droit légaliste⁸⁰⁵ » a besoin d'une définition de l'élément matériel et nécessite aussi une définition claire de la peine à appliquer, deux éléments que l'on ne retrouve ni dans la charte du tribunal international, ni dans la résolution de l'ONU c'est-à-dire dans les deux textes qui fondent

⁸⁰¹ George DESOUS, op. cit. p. 680.

⁸⁰² VIRALLY, *A propos de la lex feranda.*, in Mélanges REUTER, Paris, Pedone 1981, p. 525 ; RUZIE, note sous Cass. Crim., 6 octobre 1983, JCP 1983. II. 20107.

⁸⁰³ D'ailleurs M. RUZIE (*ibidem*) précise que les recommandations de l'ONU « ne prendront valeur de droit positif que si elles sont confirmées par la pratique coutumière ».

⁸⁰⁴ Claude LOMBOIS, *Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité.*, Mélanges VITU, p. 367, op. cit. n°9.

⁸⁰⁵ Claude LOMBOIS, op. cit. n°22.

a-t-on dit l'incrimination de crime contre l'humanité. Aussi devons-nous en déduire, à l'instar du recteur Lombois que la loi de 1964 est « une ficelle, un peu grosse et assez usée, pour déguiser une loi rétroactive dans un habit d'interprétation. Reste que si le législateur de 1964 voulait dissimuler quelque chose, c'était sa volonté de rendre les crimes contre l'humanité imprescriptibles, non point celle de les incriminer. Il pensait la chose déjà faite. Elle ne l'était pas. C'est lui qui l'a faite par ricochet. Notion de droit, dans l'ordre international, le crime contre l'humanité n'était dans l'ordre interne qu'une notion de fait. Il devient notion de droit dès lors qu'un régime juridique spécifique lui est attaché⁸⁰⁶ ».

2. L'imprescriptibilité

534. Les crimes contre l'humanité n'ont pas la seule propriété d'avoir été incriminés par une loi rétroactive, ils sont aussi imprescriptibles du fait de cette même loi, à moins qu'il ne faille préciser que la loi de 1964 proclame l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité car celle-ci était une solution déjà acquise en droit interne du fait des accords internationaux⁸⁰⁷ (et notamment la charte du tribunal de Nuremberg). C'est du moins la justification avancée car « on n'est pas davantage abusé par la formule suivant laquelle cette imprescriptibilité serait de nature, pour affecter de penser que la volonté du législateur n'y serait pour rien⁸⁰⁸ ».

Cependant, quoiqu'il en soit ici le régime dérogoratoire au droit commun n'est point scandaleux. Il est même justifié par un certain nombre de circonstances et notamment par le fait que plus le temps passe, plus on arrive à recueillir des preuves de ces crimes en faisant un dépouillement systématique des archives. Or admettre la prescription serait vouloir limiter

⁸⁰⁶ Claude LOMBOIS, op. cit. n°20.

⁸⁰⁷ Cass. Crim., 26 janvier 1984, confirmation de l'arrêt de la chambre d'accusation qui se fonde sur l'interprétation gouvernementale du 15 juin 1979 dont il résulte que « le seul principe en matière de prescription des crimes contre l'humanité qu'on doit considérer comme se déduisant du statut du tribunal militaire international est le principe de l'imprescriptibilité ».
« Mais est-il sérieux de faire de l'Histoire conjecturale ? », Claude LOMBOIS, op. cit. n°53.

⁸⁰⁸ Claude LOMBOIS, op. cit. n°48.

dans le temps ce dépouillement et donc entraverait l'apparition de la vérité, aussi tardive soit-elle. De même, « le scandale de l'impunité du crime ne s'émousse pas avec le temps, bien au contraire⁸⁰⁹ ». Aussi ce régime juridique exorbitant de droit commun est compréhensible et nécessaire. Il se manifeste par une autre composante : un régime allégé en ce qui concerne l'extradition.

3. L'extradition

535. Klaus Barbie résidant en Bolivie, a été expulsé de ce pays et arrêté en Guyane française à la sortie de l'avion, tout ceci sans qu'aucune procédure d'extradition ne soit diligentée et sans que la France ne soit un Etat requérant. La question était de savoir s'il n'y avait pas extradition déguisée et nullité de la procédure. Or la Cour de cassation approuve la Chambre d'accusation d'avoir considéré « en l'absence de toute démarche extraditionnelle, que l'exécution d'un mandat d'arrêt sur le territoire national, contre une personne précédemment réfugiée à l'étranger n'est nullement subordonnée au retour volontaire de celui-ci en France ou à la mise en œuvre d'une procédure d'extradition⁸¹⁰ ». Cela va de soi, mais peu importe alors de savoir pourquoi Barbie a été expulsé et pourquoi il s'est trouvé précisément dans un avion se dirigeant vers un territoire français. « Le détournement de procédure constitutif de l'extradition déguisée, n'est-ce pas précisément le défaut d'utilisation de la procédure d'extradition ?⁸¹¹ » De même, le fait qu'il n'y ait pas de traité d'extradition entre la Bolivie et la France (argument avancé par la chambre d'accusation) n'entraîne-t-il pas *de facto* l'application du droit commun et donc de la loi du 10 mars 1927⁸¹²? Ici encore, il faut trouver la réponse de

⁸⁰⁹ Claude LOMBOIS, op. cit. n°58.

⁸¹⁰ CA Lyon, 8 juillet 1983, JDI 1983. 779 note EDELMANN.

⁸¹¹ Georges DESOUS, op. cit. p. 671.

⁸¹² Pour la Cour de cassation, ce motif est « surabondant sinon erroné », Cass. Crim., 6 octobre 1983, JCP 1983. II. 20107.

la naissance de ce régime spécifique dans l'appréciation particulière de la nature du crime : le crime contre l'humanité. « La nature des crimes contre l'humanité autorise en effet, une modification des règles de l'extradition⁸¹³ ». Il a même été avancé qu'une obligation morale pesait sur les membres de l'organisation des Nations Unies pour qu'ils extradent des auteurs de tels crimes afin d'assurer la répression de ces infractions⁸¹⁴.

536. De plus, lorsque la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon cherche un ancrage de sa décision dans la nature particulière du crime contre l'humanité, crime appartenant à un ordre répressif international, étranger à la notion de frontière, appui du droit extraditionnel, la Chambre criminelle de la Cour de cassation qualifie ce motif de « surabondant, voire erroné » ce qui laisse entendre qu'il n'est pas certain que ce motif soit erroné. Cela implique aussi que « la Cour de cassation se donne le temps de voir venir⁸¹⁵ ». De cette jurisprudence sur l'extradition de Barbie et notamment par rapport à l'affaire Argoud, il faut donc retenir que seules les infractions extraditionnelles peuvent rendre licite le passage forcé d'une frontière et que assurément le crime contre l'humanité est une infraction extraditionnelle, et même tellement extraditionnelle que seules des conditions de fond doivent être remplies, la forme devenant inutile⁸¹⁶.

Il s'agit donc d'un régime exorbitant de droit commun institué pour faciliter la répression de ce crime et laissant volontairement de côté des principes que l'on qualifie de généraux. Alors faut-il nous satisfaire de cette affirmation car nous arrivons par ce biais, par ce régime dérogatoire, à obtenir qu'une peine soit infligée aux criminels nazis coupables de crime contre l'humanité ou faut-il critiquer ces solutions au risque alors de prôner, de fait, car le droit est toujours en retard lorsqu'il s'agit de réprimer

⁸¹³ Georges DESOUS, op. cit. p. 674.

⁸¹⁴ Georges DESOUS, op. cit. p. 675 ; « les règles de droit commun posées par la loi du 10 mars 1927 se trouvent écartées au profit des règles de droit international qui autorisent des extraditions informelles », op. cit. p. 676.

⁸¹⁵ Claude LOMBOIS, op. cit. n°42.

⁸¹⁶ Claude LOMBOIS, op. cit. n°45.

des crimes odieux naissants dans des esprits pervers et novateurs, l'impunité au nom du respect strict des règles de droit pénal ?

537. Il nous semble que personne ne peut se prononcer pour la seconde solution car elle ne se justifie pas en morale. Or le droit doit tout de même être l'expression d'une certaine morale. Nous ne pouvons qu'affirmer que cette altération des notions, même si elle est critiquable, est nécessaire en l'espèce. Ce n'est certes pas la panacée, c'est l'ultime recours qui permet à la conscience universelle de s'exprimer. C'est aussi la preuve de l'imperfection du droit, de ses carences qui engendrent le non-droit au sens strict. Face à ces crimes qui lèsent la communauté universelle dans son ensemble et qui heurtent la conscience universelle, l'ultime recours est une adaptation du droit, mais une adaptation au prix d'une conception élargie du principe de légalité. C'est donc dans ce droit imparfait que certains en déduiront la nécessaire perfection du droit en ce sens qu'il est mutable et adaptable et qu'il peut sous certaines conditions répondre à toutes les hypothèses. A la question, peut-il « y avoir un droit pénal raisonnable, serein, clinique de l'horreur, la réponse est affirmative, parce que la civilisation consiste précisément à ne jamais perdre son sang-froid, même devant l'inimaginable. Mais la réponse est aussi que ce ne peut être un droit pénal ordinaire⁸¹⁷ ».

538. Donc, s'il « n'en demeure pas moins que le régime juridique des crimes contre l'humanité renferme certaines dérogations, par référence à celui des infractions ordinaires, et que les circonstances très particulières de sa commission appellent à tout le moins des adaptations constantes au régime de droit commun⁸¹⁸ », c'est aussi parce que la conscience universelle dicte cette conduite et parce qu'il s'agit de l'ultime recours pour pouvoir réprimer ce type d'infraction. Toute la force du droit humanitaire réside donc dans cette notion de moralité et d'équité qui l'entoure. C'est

⁸¹⁷ Claude LOMBOIS, op. cit..n°60.

⁸¹⁸ Catherine GRYNFOGEL, *Les limites de la complicité de crime contre l'humanité.*, RSC 1998. 522, op. cit. n°22.

aussi sa faiblesse car elle marque les limites du droit écrit et des principes pénaux subséquents. L'affaire Barbie est un excellent révélateur des moyens que l'on peut mettre en œuvre pour juger quelqu'un si on le désire puisque pour y parvenir, on peut prendre « quelques libertés⁸¹⁹ » avec le droit international. Ce phénomène peut également être étudié par l'entremise de l'affaire Pinochet.

B. L'AFFAIRE PINOCHET

539. L'affaire Pinochet et les multiples décisions rendues par les juridictions anglaises est un autre exemple de ce que peut réaliser le droit humanitaire, de cette force qui lui est inhérente mais aussi de sa faiblesse tirée de l'altération de certaines notions de droit. Le problème en l'espèce était de savoir si un ancien chef d'Etat pouvait être extradé en vue de jugement pour des crimes accomplis pendant l'exercice de ses fonctions. L'immunité à laquelle a droit tout chef d'Etat en tant qu'attribut fondamental de la souveraineté est théoriquement un rempart efficace qui conduit à l'impunité. Mais le droit humanitaire est tel qu'existent aujourd'hui apparemment des failles qui auraient dû permettre de juger l'ancien dictateur chilien, ancien chef d'Etat. Toute la problématique ici gravite autour de cette notion d'immunité. Toute la question est donc de savoir si elle doit rester l'apanage de Pinochet.

En effet, « octroyer l'immunité, c'est soit consacrer juridiquement l'impunité d'un tortionnaire, d'un crime international, soit les laisser aux mains d'une justice de vainqueurs, dont le caractère équitable peut être discutable. D'un autre côté, refuser l'immunité comporte un risque d'ingérence insupportable si la personne poursuivie est un chef d'Etat en exercice. Lorsqu'il s'agit d'un ancien chef d'Etat, les risques d'interférence dans les affaires intérieures sont tout aussi réels, notamment si le pays en cause s'est engagé dans un processus politique de réconciliation

⁸¹⁹ Michel MASSE, *Du procès de Nuremberg à celui de P. Touvier, en passant par l'affaire Barbie.*, RSC 1989. 798, op. cit. n°15.

nationale ; le Chili ne s'est d'ailleurs pas privé de le rappeler, tant au cours des audiences qu'à l'extérieur du prétoire⁸²⁰».

Aussi la décision sur la question de l'immunité a suscité bien des controverses et a été le théâtre de multiples rebondissements, la procédure suivie étant à cet égard révélatrice.

540. Alors qu'il se rendait à Londres pour subir une intervention chirurgicale, Augusto Pinochet est arrêté dans une clinique le 16 octobre 1998 sur la base d'un mandat d'arrêt international lancé par le juge espagnol Garzon. Le 18 octobre, ce juge lance un second mandat pour crime de génocide, torture et terrorisme. Sur cette base, il est procédé à une seconde arrestation de Pinochet le 23 octobre. Le 30 octobre, l'Audience nationale espagnole se déclare compétente pour juger les crimes dont le juge Garzon accuse Pinochet sur la base de la compétence universelle et sur celle de compétence personnelle passive, 50 Espagnols ayant été tués ou ayant disparu au Chili durant la dictature. Le gouvernement espagnol demande officiellement l'extradition le 3 novembre. Après avoir tenté d'invoquer l'immunité diplomatique, le sénateur à vie attaque les mandats d'arrêts internationaux devant les tribunaux britanniques. La Haute cour rend sa décision le 28 octobre 1998 et annule le premier mandat pour défaut de base légale, et le second en raison de l'immunité dont jouirait Pinochet en tant qu'ancien chef d'Etat. Le procureur de la Couronne fait appel devant la Chambre des Lords, qui dénie toute immunité par trois voix contre deux le 25 novembre 1998. Suite à cet arrêt, le ministre de l'intérieur autorise l'extradition le 9 décembre. L'affaire connaît un nouveau rebondissement lorsque les défenseurs d'Augusto Pinochet découvrent que l'un des juges de la majorité, Lord Hoffman avait eu des liens avec Amnesty international qui était intervenue au procès ; ils demandent l'annulation de la décision. Le 17 décembre, une formation de cinq Lords décide que l'arrêt devait « être mis de côté ». Les sept Lords restants forment une nouvelle chambre, qui

⁸²⁰ Michel COSNARD, *Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet.*, RGDIPubl. 1999. 309, op. cit. p. 321.

procède à de nouvelles audiences à la mi-janvier. Après un délibéré de près de deux mois, un nouvel arrêt est rendu le 24 mars 1999 dans le même sens, par six voix contre une. Cependant, cet arrêt pose une limite temporelle, en déclarant que le sénateur ne peut être extradé que pour les crimes commis après le 8 décembre 1988.

541. La force du droit humanitaire s'est manifestée dans la volonté de juger Pinochet. Dans la première décision en date du 28 octobre 1998, la Haute Cour de justice d'Angleterre s'est prononcée pour le respect de l'immunité de Pinochet⁸²¹ : c'est le seul revers (avec la décision finale pour motif de santé) qu'a connu le droit humanitaire car toutes les autres décisions refusent cette immunité. Soulignons que la force du droit humanitaire est allée dans le sens de la décroissance au cours de toutes ces décisions quant à la qualification des crimes dont pourra être jugé Pinochet. Cela tend à prouver que même un droit qui s'appuie sur la morale ne peut complètement se dispenser du droit écrit et que donc sa force est aussi sa faiblesse.

Ainsi par exemple dans la décision rendue le 25 novembre 1998, la chambre des Lords considère que l'immunité des anciens chefs d'Etats ne joue pas pour les crimes de génocide et de torture. Or retenir le génocide est à ce niveau contestable sur deux points. D'une part, il est certain que l'Espagne ne peut juger des actes de génocide commis au Chili car au terme de l'article 6 de la convention sur le génocide du 9 décembre 1968 « 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 ». Donc en l'absence d'un tribunal international, seuls les tribunaux chiliens peuvent connaître de l'affaire et théoriquement Pinochet ne devrait pas pouvoir être extradé vers l'Espagne pour être jugé sur le fondement de génocide. L'Espagne a passé outre cette affirmation

⁸²¹ Antoine J. BULLIER, *L'arrêt Pinochet (Haute Cour de justice d'Angleterre, 28 octobre 1998)*, P. A. 11 novembre 1998 p. 7.

(la Grande Bretagne également puisque dans la décision en question elle reconnaît le génocide comme motif à extradition) « au moyen d'une interprétation audacieuse de la disposition conventionnelle [puisque] si les juridictions de l'Etat du lieu de commission du génocide ont l'obligation de juger les auteurs d'un tel fait, cela ne saurait empêcher un Etat contractant de prévoir qu'en cas de défaillance des tribunaux ainsi désignés et en l'absence d'un tribunal international, ces juridictions puissent connaître des crimes de génocide, quel que soit leur lieu de réalisation⁸²² ». Voilà tout l'art du droit humanitaire qui permet de découvrir une compétence universelle là où n'existait qu'une compétence territoriale.

542. D'autre part, il est loin d'être certain que les faits reprochés à Pinochet entrent dans la qualification de génocide à moins d'en réaliser une lecture particulièrement large de l'incrimination, ce qui revient à méconnaître le principe de légalité des délits et des peines pourtant consacré par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui « commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie⁸²³ ». L'Espagne aussi bien que la Grande Bretagne n'ont pas fait grand cas de cette règle, eu égard à la nature du crime puisque si le génocide au sens de la convention du 9 décembre 1948 suppose « l'intention de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux », l'élimination systématique des opposants politiques, faits reprochés à Pinochet, n'est pas constitutif de génocide, sauf à utiliser une interprétation souple de la règle et à lui donner, sous l'impulsion du droit humanitaire, un « effet utile ».

543. Par ailleurs, l'enjeu des débats a été le problème de l'immunité dont devrait théoriquement bénéficier Pinochet , en tant qu'ancien chef d'Etat

⁸²² Denis RICHARD, *L'affaire Pinochet : exemple d'un droit inadapté.*, JCP 1998 p. 2145 (Aperçu rapide).

⁸²³ Denis RICHARD, *ibidem*. Cf. 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce* , série A 260. A.

souverain. Ici toute la force du droit humanitaire a été de dénier à Pinochet le bénéfice de cette immunité en se demandant si les actes de tortures entraient bien dans la définition des fonctions qu'un chef d'Etat doit exercer, ce à quoi il a été répondu par la négative. Or il nous semble que l'argument d'un lord minoritaire est particulièrement pertinent à ce sujet en ce sens qu'il explique que cela revient à choisir dans les infractions pénales commises par un chef d'Etat ce qui doit être punissable et ce qui est somme toute acceptable, l'ensemble étant particulièrement contestable sur le plan de principes. Ainsi, « Lord Slynn a admis qu'il n'entraîne pas dans les fonctions d'un chef d'Etat de pratiquer torture ou génocide, mais le fait qu'en remplissant d'autres fonctions, le chef d'Etat commette un acte illégal, ne signifie pas qu'il ne remplit plus son office. Si c'était le cas, l'immunité n'aurait plus de raison d'être. Il n'est pas juste de faire la distinction entre les actes dont la criminalité ou l'immoralité sont plus ou moins grands⁸²⁴ ». Ce faisant, ce lord admet que l'évolution se fait vers la reconnaissance de crimes contre le droit international, mais ces crimes doivent alors relever soit d'une juridiction internationale, soit d'une juridiction du lieu où ils ont été commis. La discussion en novembre 1998 s'est donc centrée sur un faux problème, celui de la définition des actes entrant dans la fonction d'un chef d'Etat. « La faiblesse de l'argumentation résidait donc dans la fixation quasi arbitraire d'un seuil du tolérable : c'est le sentiment que certains crimes ne sauraient rester impunis qui justifie l'absence d'immunité. Il s'agit là d'une démarche volontariste du juge⁸²⁵ », celle-ci étant l'expression de la force du droit humanitaire qui se satisfait de raisonnements fallacieux, car ce droit n'est tendu que vers la réalisation d'un objectif, en l'espèce atteint. Ce faisant, on aboutit bien à dénier le bénéfice de l'immunité à Pinochet alors que « la question qu'il fallait résoudre était celle d'une éventuelle exception posée par le droit international au principe de l'immunité des

⁸²⁴ Antoine J. BULLIER, *L'arrêt de la Chambre des Lords refusant l'immunité d'Etat au général Pinochet (25 novembre 1998)*, P. A. 2 décembre 1998, n°144 p. 14, op. cit. p. 16.

⁸²⁵ Michel COSNARD, op. cit. p. 315.

anciens chefs d'Etats ⁸²⁶». Cette question appelle une réponse positive dans la convention sur la torture au terme de la décision du 24 mars 1999, (il n'était donc pas besoin de raisonner sur des éléments plus simplistes pour obtenir le résultat souhaité) par une procédure exempte de tout reproche sur le plan de l'analyse juridique. C'est la force du droit humanitaire de se satisfaire de quelques approximations car en fait, ce droit n'existe qu'en fonction du résultat à obtenir.

544. Aussi l'affaire Pinochet se révèle un bon exemple, et dans la manifestation de la conscience universelle, et dans l'utilisation du droit humanitaire comme dernier recours pour extraditer Pinochet et le juger. Mais ici de nouveau, la force du droit humanitaire se heurte à la notion du droit, au droit écrit qui est et qui doit rester la règle. Le droit humanitaire permet le forçage de notions pour parvenir à certaines fins. Il ne peut pas faire fi de toutes les règles de droit écrit. C'est ainsi par exemple que dans la décision des Lords du 24 mars 1999, le nombre de chefs d'inculpation permettant l'extradition de Pinochet a été réduit à trois (alors qu'ils étaient auparavant de 32), les lords ayant respecté la règle de la double incrimination c'est à dire que « toute infraction soumise à extradition doit constituer une infraction en droit positif anglais au temps où elle a été commise. Les actes de torture commis hors du territoire du Royaume-Uni, donc extraterritoriaux, ne sont devenus passibles des juridictions britanniques que lorsque l'article 134 du Criminal Justice Act de 1984 est entré en vigueur, c'est-à-dire le 29 septembre 1988, date à laquelle la convention contre la torture est devenue applicable en droit anglais (avec effet au 8 décembre 1988) ⁸²⁷». Le général Pinochet peut donc être extradé en vue de jugement pour les actes de torture commis après le 8 décembre 1988 : toute la force du droit humanitaire et toute la faiblesse du droit humanitaire se retrouvent dans ce constat. Examinons plus en avant la faiblesse du droit humanitaire.

⁸²⁶ Michel COSNARD, *ibidem*.

⁸²⁷ Antoine J. BULLIER, *La confirmation du rejet de l'immunité de souveraineté du général Pinochet (Chambre des Lords, 24 mars 1999)*, P. A. 14 avril 1999, n° 74 p. 5.

§ 2. LA FAIBLESSE DU DROIT HUMANITAIRE

545. La force du droit humanitaire est aussi sa faiblesse car il se heurte, une fois l'objectif primaire atteint, à un légalisme strict auquel il doit se soumettre sous peine de perdre la qualification de « droit ». Le droit humanitaire est un droit limité par le droit commun. C'est aussi un droit auquel on ne peut faire appel qu'en dernier recours, notamment parce que c'est un droit faible et limité. Ce droit porte donc en lui la nécessaire présence du constat d'impuissance car c'est un aveu d'échec que de faire appel à la conscience universelle pour obtenir une punition pour de grands criminels. Dans ce contexte d'échec, aucune notion ne peut s'épanouir et ne peut véritablement être une solution pérenne au non-droit..

Nous verrons donc que l'appel à la conscience universelle constitue un droit limité (A) qui n'est autre que le reflet d'un constat d'échec (B).

A. UN DROIT LIMITE

546. L'un des exemples les plus probants est celui relatif au cas Pinochet et aux multiples décisions dont il fit les honneurs, décisions qui consacrèrent le droit humanitaire mais qui révélèrent inéluctablement la faiblesse de ce droit car au fil de celles-ci (jusqu'à la décision finale, pour motif de santé, de ne pas extraditer Pinochet) s'émoussent les incriminations que l'on peut reprocher à Pinochet. Le droit humanitaire s'est heurté de plein fouet à la réalité du droit écrit et à l'immatérialité du *jus cogens*.

« Les réactions des juristes à ces décisions furent dans l'ensemble positives : des crimes condamnés par des conventions internationales ne sont plus impunis, le droit international pénal n'est plus une vaine chimère et gagne en effectivité, un ancien chef d'Etat doit répondre de ses faits et actes contraires aux droits fondamentaux de la personne humaine, même si la décision de mars 1999 réduit sensiblement le champ d'application des conventions internationales. (..) Si l'on peut applaudir aux

conséquences, on doit être plus réservé quant au chemin emprunté pour parvenir au résultat tant attendu : une décision très politique – tentant d'arriver à un dispositif « équilibré » hors de propos – a succédé à une décision morale, et l'on peut se demander si le droit international y trouve véritablement son compte⁸²⁸ ».

547. La force du droit humanitaire a été consacrée par la deuxième décision (et les suivantes) sur le problème de l'immunité de Pinochet. La faiblesse de ce droit est présente dans la dernière décision du 4 mars 1999 qui a fait le jeu de la règle de la double incrimination, réduisant significativement le nombre des faits pouvant donner lieu à jugement. Aussi le droit humanitaire a dû reculer face au droit écrit et composer avec lui, ce qui le limite et prouve ses carences. De plus, si l'on admet que la commission de crimes de torture⁸²⁹ et plus généralement, celle de crime contre l'humanité appartient au *jus cogens*, il faudrait pouvoir en tirer toutes les conséquences et notamment celles selon lesquelles la coutume internationale est supérieure à la loi, et n'a donc pas besoin de recourir à un texte de loi pour être mis en œuvre, ce qui impliquerait que l'on devrait laisser de côté la règle de la double incrimination et pouvoir juger tous les actes de torture commis par Pinochet. La supériorité du *jus cogens*, expression de la conscience universelle, devrait pouvoir se manifester. Cette opinion a été défendue par Lord Millet pour qui « les crimes prohibés par le droit international entraînent compétence universelle conformément à la coutume en droit international. (..) La coutume internationale fait partie de la common law ; en conséquence, les cours pénales anglaises ont toujours eu une compétence pénale extraterritoriale pour les crimes à compétence universelle⁸³⁰ », nul recours à un texte de loi n'était nécessaire, nul texte de loi n'aurait dû limiter la répression de ces infractions.

⁸²⁸ Michel COSNARD, op. cit. p. 311-312.

⁸²⁹ Michel COSNARD, op. cit. p. 319 : « tous qualifient la prohibition de la torture comme étant une règle du *jus cogens* ».

⁸³⁰ Antoine J. BULLIER, *La confirmation du rejet de l'immunité de souveraineté du général Pinochet.*, op. cit. p.8.

548. De fait, par ce régime juridique institué pour Pinochet, on arrive à l'absurde puisque la règle du *jus cogens* « ne serait impérative qu'à la condition et à partir du moment où une loi interne la relaie⁸³¹ ». Du recours donc au droit humanitaire, en utilisant sa force et en devenant esclave de sa faiblesse, on ne peut que « constater, et déplorer, que les principes coutumiers du droit international pénal ont été écartés, voire ignorés, au profit de l'application de la loi anglaise, consacrant ainsi une primauté du droit interne par rapport au droit international⁸³² ». Pourquoi ? Hasardons une réponse.

Le droit humanitaire, et le recours à la conscience universelle, n'existent que parce qu'ils sont tendus vers l'accomplissement d'un résultat. Ce faisant, ce n'est pas un droit écrit et on peut donc l'interpréter à la lumière du résultat souhaité. En l'espèce, le résultat souhaité était bien que Pinochet réponde de ses crimes et ne reste pas impuni mais le résultat souhaité était aussi politique puisque cette limitation des crimes pour lesquels Pinochet pourra être extradé « avait pour objectif de trouver un équilibre politique entre une mise en cause de l'ensemble du régime chilien pendant 1 an et la solution juridiquement fondée⁸³³ ».

Ainsi donc la faiblesse du droit humanitaire (mais aussi sa force) est d'être au service d'un objectif à atteindre, ce droit pourra toujours être interprété à l'aune de cet objectif et se heurtera alors, lorsque l'on le désirera, à la puissance du droit écrit. C'est un droit limité qui de plus naît et s'épanouit dans des contextes d'échec. Ce ne peut donc être une solution pérenne pour le non-droit. Ce n'est qu'un instrument à utiliser si le besoin s'en fait sentir.

⁸³¹ Michel COSNARD, op. cit. p. 326.

⁸³² Michel COSNARD, op. cit. p.328.

⁸³³ Michel COSNARD, op. cit. p. 323.

B. UN AVEU D'ECHEC

549. Pour un droit légaliste fondé sur la pérennisation et la toute puissance du droit écrit, recourir à la notion de conscience universelle revient à admettre les limites du droit écrit, revient à admettre l'échec de ce dernier, n'ayant pu remplir son office, n'ayant pu empêcher de scandaleuses impunités. Il est significatif de constater à cet égard que le recours à la conscience universelle n'intervient que pour empêcher des conflits négatifs de compétence et non des conflits positifs. Il semble donc que ces derniers n'ont aucune espèce d'importance sur le plan des principes, pour les politiques qui souvent impulsent le recours à la conscience universelle ou qui a tout le moins ferment les yeux. C'est cette indifférence aux conflits positifs, cette indifférence marquée (tout du moins beaucoup plus que pour les conflits négatifs puisqu'il reste en l'occurrence toujours un ultime recours) qui entraîne sa pérennisation.

550. La conscience universelle , c'est l'imperfection du droit écrit, c'est l'absence d'outils adaptés à la réalité des crimes aujourd'hui. C'est ainsi que pour le cas de Pinochet a-t-on pu constater qu'un « véritable instrument juridique adapté à la répression des exactions commises par les dictateurs fait défaut, ce qui contraint ceux qui veulent punir de tels faits à des acrobaties juridiques pour le moins contestables. La persécution, fut-elle systématique et organisée, d'opposants politiques n'est dès lors, pas plus qu'hier, véritablement prohibée par l'ordre juridique international et il ne faut pas s'attendre à une quelconque évolution tant que ledit ordre n'imposera pas la démocratie comme unique mode légal de gouvernement et que l'ONU n'exclura pas tous ces membres non démocratiques. Or il n'en est absolument pas question⁸³⁴ ». C'est cet échec du droit écrit qui a induit l'utilisation de la conscience universelle pour parvenir à une répression. C'est tout de même un échec qui en est à l'origine tout comme celui qui fait du crime contre l'humanité un crime à part qui nécessite un régime exorbitant de droit commun. Ainsi si pour le

⁸³⁴ Denis RICHARD, op. cit. n°12 et 13.

Recteur Lombois, il faut pour les auteurs de crime contre l'humanité un légalisme à leur mesure, « une loi à leur mesure ⁸³⁵ », c'est pour nous ici encore la manifestation de l'inefficacité et de l'impuissance du droit à se saisir de toutes les hypothèses. Certes, il reste un ultime recours et peut-être devrions-nous nous en contenter, mais il n'en demeure pas moins que nous arrivons au confins du légalisme et au confins de ce que la règle écrite rend possible.

Donc le droit écrit sera toujours en situation d'échec dans des hypothèses que les juristes ne peuvent préfigurer c'est-à-dire avant qu'elles ne deviennent une redoutable réalité. Ce qui signifie que l'impunité sera toujours de mise pour des faits auparavant inimaginables ou que nous devons toujours nous contenter de la solution bâtarde de la conscience universelle. Or le recours à cette notion ne se fait que pour des crimes d'une ampleur considérable et non pas pour les simples infractions qui présentent un élément d'extranéité et qui ne concernent pas la communauté internationale dans son ensemble.

551. Ainsi la conscience universelle, c'est l'ultime recours face à l'insuffisance du droit pour les crimes lésant la communauté internationale. C'est un aveu d'échec puisqu'il n'y a pas d'ultime recours pour des faits de moindre ampleur et parce que l'ultime recours, c'est nécessairement du non droit ou du moins du droit « allégé » au service de la morale. Or peut-on justifier le non-droit par un autre non-droit (l'horreur du crime) ? Y- a-t-il une justification au non-droit ? Ou le non-droit serait-il de laisser trop de droit à ce type de criminels ? La réponse se situe au niveau de la morale de chacun. Mais la réponse nécessite tout de même un choix dans le non-droit, ce qui est un éprouvant et spectaculaire constat d'échec. La conscience universelle, pour une solution au non-droit au niveau mondial, n'est pas envisageable. C'est une méthode ultime, en aucun cas une solution pérenne. Mais cette méthode a l'avantage de mettre en exergue

⁸³⁵ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international.*, Chronique in RSC 1984. 801 : « hors d'échelle, le légalisme du quotidien fait scandale, quand prétendent s'en prévaloir les brutes qui ne connaissent l'humanité que comme objet de crime. Il faut oser le dire.. Est- ce une raison, pourtant, pour les mettre hors la loi ? Nullement, tout est de les soumettre à une loi à leur mesure ».

le nécessaire constat d'échec que l'on doit dresser si l'on veut bien envisager tous les aspects du problème. Aucune solution n'est vraiment une solution ce qui tend à conclure à la pérennisation du non-droit. Ce qui nous obligera à rédiger une conclusion sous forme de constat d'échec.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

552. La solution de l'institution d'une Cour pénale internationale est une bonne solution sous réserve des remarques précédemment émises quant aux problèmes issus de l'instauration des tribunaux *ad hoc*. Il ne faudrait pas que la mise en place effective de cette institution engendre une certaine inertie de la part des Etats qui ont une vocation naturelle à se saisir des infractions lésant la communauté universelle. Mais la question n'est pas encore d'actualité, et ne le sera peut-être jamais. Aussi, nous réservons notre jugement quant à la solution que représenterait l'institution de la Cour pénale internationale et une codification internationale subséquente.

Quant à la solution du recours à la conscience universelle, ultime recours après avoir utilisé tous les moyens juridiques à notre disposition, il faut convenir qu'elle a le mérite de ses défauts . C'est une solution. Est-ce à dire que c'est une bonne solution ? Nous n'irons pas jusqu'à affirmation aussi péremptoire, mais nous ne pouvons condamner son utilisation à l'heure actuelle, eu égard aux faibles moyens dont nous disposons pour faire face au non-droit. Les solutions pérennes évoquées sont des éléments de solutions. Elles ne sauraient être des réponses efficaces.

CONCLUSION DU TITRE II

553. La criminalité internationale, c'est-à-dire celle qui lèse la conscience universelle, celle qui heurte le droit des gens, appelle des solutions spécifiques notamment par rapport à ce qui est envisageable pour les simples infractions, qui n'ont que pour particularité de comporter un élément d'extranéité.

Les solutions spécifiques en question doivent étroitement répondre à la problématique développée par cette criminalité particulière. Il s'agit ici en effet de mettre fin à l'impunité des coupables de crimes contre le droit des gens, c'est-à-dire de régler au mieux des conflits négatifs de compétence. Il est vrai que parfois une justice étatique peut se saisir des infractions commises. Mais le respect strict du principe *aut dedere, aut punire* implique à tout le moins qu'une justice efficace et sereine, impartiale et légitime soit rendue. Dès lors, le plus souvent, la communauté internationale doit réagir car étant seule à même de riposter aux infractions en question avec la légitimité nécessaire.

554. Cependant même si la réponse de la communauté internationale est très imparfaite, ce n'est pas pour autant qu'il faille envisager sa suppression. Pour l'heure, c'est la seule réponse qui peut être apportée au non-droit. Il nous faut donc conclure à une nécessaire pérennisation de celui-ci, sous une forme édulcorée certes, mais une pérennisation tout de même car nous ne pouvons nous satisfaire d'une solution imparfaite en la matière. Précisément, il nous semble que c'est parce qu'on ne peut se contenter de quelques approximations, parce qu'il ne peut être admis à plus ou moins long terme que des principes fondamentaux soient relégués au nom d'une nécessaire justice, qu'un jour peut-être nous aurons des moyens efficaces pour lutter contre le non-droit. Ne pas admettre la pérennisation du non-droit, ne pas se contenter de solutions imparfaites, c'est laisser la voie ouverte à la recherche d'une meilleure solution.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

555. Des solutions existent pour remédier au non-droit en droit pénal international. Elles sont de différents niveaux et ne présentent pas toutes le même intérêt. Elles sont selon les cas plus ou moins difficiles à mettre en œuvre car demandant parfois de gros sacrifices sur le plan des principes et notamment quant à la question de la souveraineté. Le point commun de toutes ces solutions se trouve dans la constatation de leur imperfection. Mettre en œuvre une ou plusieurs de ces solutions revient à amoindrir notablement le non-droit, cela ne revient en aucune hypothèse à l'éradiquer pour la simple raison que le principe de souveraineté prend dans certains cas une valeur telle qu'il est impossible d'y renoncer, et donc de faire confiance à un Etat tiers en acceptant de se conformer à la chose jugée à l'étranger ou en lui laissant la faculté de juger telle infraction.

Si nous ne pouvons qu'amoindrir le non-droit, nous avons également constaté que cela sera nettement plus aisé pour les infractions de droit commun commises au sein de l'Union européenne que pour celles qui lèsent la communauté internationale. La différence provient du fait, qu'on peut estimer qu'au sein de la communauté européenne une réelle volonté de réussite au niveau de la justice pénale devrait animer les différents membres et qu'ils en feront peut-être un jour une priorité. Alors, à ce moment, le non-droit n'aura plus que le label d'épiphénomène.

556. Il est aussi paradoxal de constater que si globalement, on trouve nettement plus d'atteintes au principe *non bis in idem* qu'à la règle *aut dedere, aut punire*, il sera plus évident de trouver des solutions concrètes pour éviter une atteinte au principe *non bis in idem* (notamment au plan européen) que pallier à l'insuffisance de répression qui constitue une

atteinte au principe *aut dedere, aut punire* (notamment au niveau mondial). Or nous avons constaté que dans l'ensemble, ce qui préoccupait plus les Etats était de juger les personnes coupables d'infractions que de juger juste et de garantir à ces derniers une répression unique en cas de commission d'une infraction. Cette analyse ne doit pas être remise en question car si l'on note une possible diminution du non-droit par un meilleur respect du principe *non bis in idem* en droit européen, c'est uniquement à la condition que les Etats membres acceptent de renoncer à une conception archaïque de la souveraineté pénale et collaborent pleinement. Or à l'origine, c'est une conception extensible de cette souveraineté et une méfiance déplacée à l'égard de la chose jugée à l'étranger qui justifiaient le sacrifice du principe *non bis in idem*.

557. Ainsi, si la notion de souveraineté est au cœur du problème de non-droit, elle aussi au cœur de solutions proposées notamment quant au respect de *non bis in idem*. Elle n'est pas étrangère non plus, loin s'en faut au problème de l'impunité en droit international pour les crimes constituant une atteinte au droit des gens. C'est la souveraineté nationale qui souvent explique l'impunité des auteurs de ces crimes. C'est la souveraineté nationale qui explique que des solutions mondiales sont difficiles à mettre en œuvre car bien souvent l'intérêt particulier de chaque Etat devance l'intérêt de la communauté internationale, paralysant de fait l'efficacité de certaines des solutions envisagées.

CONCLUSION GENERALE

558. Les conflits positifs de compétence sont inhérents au droit pénal international. Dès lors qu'une infraction présente un élément d'extranéité, deux Etats au moins ont vocation à se saisir de cette infraction pour apporter une sanction adéquate à l'auteur de celle-ci.

Les conflits négatifs de compétence, en ce sens, ne sont pas inhérents au droit pénal international. Ils ne le sont seulement que parce qu'en matière de justice pénale, un Etat ne se préoccupe et ne juge que les infractions qu'il peut rattacher à lui-même puisque théoriquement une infraction n'est jugée que si elle a troublé l'ordre public de cet Etat. Cette conception partagée par tous les Etats entraîne des conflits négatifs car il peut arriver qu'aucun Etat ne soit compétent pour se saisir de telle infraction. Est assurément constitutive de non-droit, l'infraction demeurée impunie pour avoir bénéficié de la vision égoïste de chaque Etat quant à la répression à fournir.

Si tous les conflits négatifs sont constitutifs de non-droit, cet axiome est faux en matière de conflits positifs. Il est seulement regrettable de constater que bien des conflits positifs se résolvent en faisant fi du principe fondamental qu'est *non bis in idem*, ce qui est à l'évidence non moins constitutif de non-droit.

559. Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international engendrent du non-droit. Ce dernier est causé par une conception surannée de la justice pénale qui n'a pas pris en compte les évolutions inhérentes à notre temps et l'ouverture corrélative des frontières à tout un chacun. La justice pénale se caractérise par un archaïsme forcené arc-bouté sur le sacro-saint principe de souveraineté : on réprime les

infractions qui troublent notre ordre public et uniquement celui-ci tout en ne nous préoccupant pas de ce qui a été réalisé en amont par un autre Etat. Cette justice pénale, qui regarde le monde à travers des œillères engendre le non-droit dès lors qu'une infraction présente un élément d'extranéité au sens strict ou que plus généralement elle lèse la communauté internationale dans sa globalité.

560. Pour parvenir à amoindrir ce non-droit, il faut proposer des solutions qui coupent les racines à cette conception de la souveraineté. Ces solutions existent mais elles impliquent des mentalités qui évoluent et exigent adaptations à la nouvelle donne en matière de droit pénal international.

Nous estimons que si des progrès devaient se réaliser quelque jour, c'est probablement du côté de l'Union européenne qu'ils devraient aboutir car c'est dans ce cadre que nous avons déjà constaté combien les Etats étaient prêts à revoir leur conception de la souveraineté, en matière économique notamment avec la mise en place de la monnaie unique. Il reste à espérer que le même processus pourra se mettre en place au niveau de la justice pénale, même si nous ne sommes pas dupes du fait que la renonciation au pouvoir régalien de battre monnaie ne s'est faite que sur l'autel du profit économique. Or la justice pénale ne procède pas de l'idée de prospérité économique mais de celle de prospérité humaine. Il nous semble que c'est non moins important. Mais il nous semble également que cet avis n'est à ce jour pas partagé par ceux qui ont le pouvoir de modifier le cours des événements, même si certains affichent un optimisme de bon aloi⁸³⁶ notamment quant au bon respect de la règle *non bis in idem*.

Aussi devons nous terminer sur un constat d'échec en précisant que tant qu'une volonté clairement affirmée d'arriver à une justice juste et équitable ne se sera point manifestée, le non-droit en droit pénal international demeurera promis à un bel avenir, même si paradoxalement, il peut sembler en recul, eu égard à des actions souvent symboliques.

⁸³⁶ Jean François RENUCCI, *Les frontières européennes de l'extradition.*, rev. pénitentiaire et de droit pénal., avril 2000, p. 121s.

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

Aéronefs :106,194, 236s.,
252, 275.

Abus de confiance :168,
197s.

Apatride : 30, 49,173,
282,400,411,432.

Appel de Genève : 434s.

Atteinte aux intérêts de
l'Union européenne :
49,176,303,420,434 s.

Avant-projet de révision du
Code pénal :
138,140,142,195,239.

Civis novus : 42, 274s.

Codification : 455, 497, 506,
509, 517s., 552.

Collaboration policière : 7,
488.

Communauté éthique :
342s., 357, 371s., 379, 383.

Compétence par
représentation : 370.

Compétence personnelle
active : 10, 21, 35, 41, 42,
46, 47, 50, 70, 111s., 138s.,
142, 159, 160, 171, 209,
217, 219, 225, 230, 233,
251, 256, 258, 259, 262s.,
274, 296, 318, 353s., 359,
381, 394, 404s.

Compétence personnelle
passive : 37, 38, 41, 46s.,
113, 137s., 142, 171, 217,
219, 230, 231, 238, 249s.,
256, 258, 262, 264s., 275,
295, 318, 353s., 482, 540.

Compétence réelle : 27, 39,
41, 52, 85, 90, 140, 171,
173,228, 232, 233, 237s.,
250, 256, 259, 262, 303,
344s., 358, 376, 385, 388,
392s.

Compétence territoriale :10,
36, 184s., 321, 326, 338s.,
391s., 408.

Compétence universelle :
18, 21, 46, 49, 50, 95, 99,
103s., 109, 120, 142, 171,
173, 178, 206, 217, 219,
232, 240, 251s., 256,262,
318, 352, 369, 377, 441,
462, 478, 480, 483, 540.

Complicité, criminalité
d'emprunt : 167, 217, 218,
223s.

Complicité internationale :
166s., 216s., 396s.
- Territoriale : 218s.,
227s., 396s.
- Extraterritoriale : 46,
171, 223s.

Conflits de lois : 12, 24s.,
28, 29, 183, 207, 323s.,
329s.

Connexité : 154, 205, 271,
284s.

Contrefaçon de monnaie étrangère : 85, 351, 376, 378.

Contumace : 35, 111, 231, 250, 488, 489, 491.

Convention d'application de l'Accord de Schengen : 81, 84, 85, 161, 301, 397.

Convention européenne d'extradition : 87, 111, 113, 116, 148.

Cour pénale internationale : 471, 496s., 552.

Crime contre l'humanité : 16, 18, 20, 102, 310, 447, 452s., 472, 478, 482, 483, 506, 509, 521, 531s., 547, 550.

Crime de guerre : 16, 20, 447, 452s., 478, 500, 505, 50, 521.

Criminalité transfrontière : 6, 7, 8, 129.

Cyber-espace : 174s.

Diplomatie : 231, 250.

Droit d'asile : 119.

Droit international pénal : 15, 16, 17, 20, 21, 23, 31, 546.

Droit international privé : 12, 21, 24s., 183, 192, 267, 363, 525.

Double incrimination : 21, 27, 38s., 41, 47, 112, 138, 147, 250s., 265, 278, 296s., 328, 354, 356, 364s., 378, 380, 382, 544, 547.

Entraide internationale : 8, 18, 41, 91, 97, 114, 116, 134, 207, 222, 263, 351, 358, 370s., 384, 412s., 437, 487, 525.

Environnement : 257.

Extradition (voir aussi la loi du 10 mars 1927) : 2, 18, 21, 32s., 40s., 65, 97, 99s., 108, 09, 114, 137, 145, 148, 276s., 341, 371, 373, 380, 381, 394, 479, 525, 535s.

Extradition déguisée : 99s., 100, 535s.

Ex-Yougoslavie : 107, 130, 253, 443, 458s., 471, 475, 478, 488, 489, 495, 499, 510.

Fraude : 33, 73, 100, 303, 357, 369, 421, 514.

Frontière : 2, 7, 8, 127, 181, 216, 301, 312, 370, 381, 382, 387, 410, 427, 536, 559.

Génocide : 15, 18, 441, 464s., 478, 482, 483, 495, 500, 509, 521, 525, 541.

Grâce : 70, 85, 90, 143, 160, 298s.

Immunité : 156, 539s., 543.

Imputation : 67, 77s., 84, 85, 151, 154, 157s., 427, 428, 515.

Incrimination : 8, 9, 19, 20, 28, 40, 47s., 154, 302s., 317, 357, 420, 427, 433s., 454, 517, 532s., 542.

Infraction complexe : 198, 201, 212.

Infraction d'omission : 188.

Infraction politique : 37, 49, 109, 115s.

Intérêt à agir : 26.

Localisation partielle : 39, 184, 340s., 379, 399.

Loi civile étrangère : 25, 26, 335.

Loi du 10 mars 1927 : 32, 34s., 47, 50, 102, 111, 116, 148, 273, 535.

Loi du 11 juillet 1975 : 137, 231, 249s., 256.

Loi pénale étrangère : 313, 332s., 359s., 440.

Nationalité : 16, 30, 47, 54, 106, 139, 173, 218, 231, 265, 271s., 281, 317, 334s., 338, 341, 362, 390, 400s.

Ordre public national : 1, 10, 19, 28, 72, 76, 127, 154, 214, 221, 239, 305, 308, 324, 331s., 350s., 363, 365, 441.

Pacte onusien : 89s., 160.

Parquet européen : 421.

Pavillon : 215, 235s.

Pinochet : 20, 539s.

Plainte de la victime : 21, 48, 112, 113, 290s.

Principe de légalité : 62, 97, 193, 210, 231, 312, 319, 338, 352, 360s., 377, 382s., 399, 430, 451s., 463, 497, 517, 526.

Principe de l'opportunité des poursuites : 34, 43, 50, 292s., 477.

Principe de non-rétroactivité de la loi pénale : 62, 281, 434, 452s., 508, 532.

Proxénétisme international : 18, 21.

Quantum de la peine : 161, 164, 366s., 373, 380, 457s.

Récidive internationale : 524.

Réextradition : 33.

Rwanda : 107, 253, 443, 458, 464s., 471, 478, 484, 489, 495, 499, 510.

Souveraineté : 10, 22, 28, 31, 56, 69, 122, 161, 182s., 236, 245, 268, 297, 300, 304s., 313, 392, 398, 407s., 414, 439, 465, 481, 486s., 491, 505, 519, 555s.

Summun jus, summa injuria : 3.

Sûreté de l'Etat : 22, 49, 85, 117, 376, 378.

Technique du renvoi : 28.

Terrorisme : 106, 113, 119s., 252, 254, 509.

Théorie de l'ubiquité : 193s.,
208, 211, 340, 355, 405.

Trafic de stupéfiants : 18,
74, 89, 148, 153, 509.

Tribunal de Nuremberg et
de Tokyo : 444, 446s., 474,
497, 499, 512, 517, 520,
533.

Tribunal pénal européen :
387, 406, 411, 413s.

Vacuum juris : 2, 126.

Victime : 16, 37, 41, 106,
137s., 177, 230, 482.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

A. Droit criminel

BOUZAT (Pierre) et PINATEL (Jean)

Traité de droit pénal et de criminologie, t. II, Procédure pénale, Dalloz, 2^e éd., 1970, mise à jour au 15 novembre 1975.

CONTE (Philippe) et MAISTRE DU CHAMBON (Patrick)

Droit pénal général, Armand Collin, 4^e éd. 1999 (5^e éd. à paraître).

Procédure pénale, Armand Collin, coll. U, 2^e éd. 1998 (5^e éd. à paraître).

DESPORTES (Frédéric) et LE GUNEHEC (Francis)

Le nouveau droit pénal, t. I, Droit pénal général, Economica, 6^e éd., 1999.

DONNEDIEU DE VABRES (Henri)

Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée, 1947.

GUINCHARD (Serge) et BUISSON (Jacques)

Procédure pénale, Litec, 2000.

HELIE (Faustin)

Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, 9 vol., Charles Lingray libraire éditeur, 1845-1860, spécialement le tome 2 « *De l'action publique et de l'action civile* ».

JEANDIDIER (Wilfrid)

Droit pénal général, Montchrestien, 2^e éd., 1991.

La juridiction d'instruction du second degré, Cujas, 1982.

Les grandes décisions de jurisprudence. Procédure pénale. Avec la collaboration de Jacques BELOT, PUF Thémis, 1986.

LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard) et STEFANI (Gaston)

Droit pénal général, Dalloz, 17^e éd., 2000.

Procédure pénale, Dalloz, 17^e éd., 2000.

MERLE (Roger) et VITU (André)

Traité de droit criminel, t. I : Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, Cujas, 7^e éd., 1997.

PRADEL (Jean)

Droit pénal comparé, Dalloz, 1995.

Procédure pénale, Cujas, 10 éd.,2000.

Traité de droit pénal et de science criminelle comparée, Droit pénal général, Cujas, éd. 2000-2001.

PRADEL (Jean) et VARINARD (André)

Les grands arrêts du droit criminel, t. I, *Les sources du droit pénal, l'infraction*, Dalloz , 2^e éd.1998.

PUECH (Marc)

Droit pénal général, Litec, 1988.

Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, t. I, Cujas ,1976.

RASSAT (Michèle-Laure)

Droit pénal, PUF ,1987.

Procédure pénale, PUF, 2^e éd. 1995.

ROBERT (Jacques Henry)

Droit pénal général, PUF, 1998.

B. Droit international privé

AUDIT (Bernard)

Droit international privé, Economica , 3^e éd.2000.

BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul)

Droit international privé, LGDJ,t.1 8^e éd. 1993, t. 2 7^e éd. 1983.

HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques), DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (Géraud)

Droit international privé, Masson, Paris, 1987.

P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et LOUSSOUARN (Yvon)

Droit international privé, Dalloz ,9^e éd. 1970.

LOUSSOUARN (Yvon) et BOUREL (Pierre)

Droit international privé, Dalloz ,6^e éd. 1999.

MAYER (Pierre)

Droit international privé, Montchrestien,6^e éd. 1999.

II. Ouvrages spéciaux

ACTES DE LA CONFERENCE DE ROUEN

Eurojustice, La Documentation française, 2000.

ACTES DU COLLOQUE D'AVIGNON

L'espace judiciaire européen, La Documentation française, 1999.

ACTES DU COLLOQUE DE LILLE

La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté européenne, La Documentation française, 1997.

ACTES DU COLLOQUE DROIT ET DEMOCRATIE

La Cour pénale internationale, La Documentation française, 1999.

ALEXANDRE (Danièle)

Conflits de lois. La loi étrangère devant les tribunaux français, JCL International fasc. 539-10 et 539-20, 1995.

ASCENSION (Hervé), DECAUX (Emmanuel) et PELLET (Alain)

Droit international pénal, SEDIN Paris X, éd. A. Pedone, 2000.

BAZELAIRE (Jean-Paul) et CRETIN (Thierry)

La justice pénale internationale. Criminalité internationale, PUF, 2000.

BOSSARD (André)

La criminalité internationale, coll. Que sais-je ?, 1988.

BECCARIA (Césaire)

Des délits et des peines (Introduction et commentaire de Faustin HELIE), Editions d'Aujourd'hui, 1980.

CHAUVY (Yves)

L'extradition, PUF coll. Que sais-je ?, 1987.

CONSEIL DE L'EUROPE

Coopération internationale en matière pénale, Recueil de textes, éditions du Conseil de l'Europe, 1997.

COTTEREAU (Gilles)

Rép. International Dalloz, V° Justice internationale, 1998.

DELMAS-MARTY (Mireille)

Quelle politique pénale pour l'Europe ?, Economica, 1993.

Procédures pénales d'Europe, PUF, coll. Thémis, droit privé, 1995.

DONNEDIEU DE VABRES (Henri)

Introduction à l'étude du droit pénal international. Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger, Sirey, 1922.

Les principes modernes du droit pénal international, Paris, Sirey, 1928.

DUMONT (Jean)

Rép. International Dalloz, V° Extradition, 1998.

FOURNIER (Alain)

Rép. Pénal Dalloz, V° Compétence internationale, 1996.

Rép. International Dalloz, V° Compétence pénale, 1998.

Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois (Matière pénale), 1998.

Rép. Pénal Dalloz, V° Extradition, 1999.

FRANCESKAKIS (Philippe)

Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois. Principes généraux, 1968.

FRANCILLON (Jacques)

Crimes de guerre. Crimes contre l'humanité, JCl. Dr. International, fasc. 410, 1993.

GLASER (Stefan)

Introduction à l'étude du droit international pénal, Paris, Sirey, 1954.

Droit international pénal conventionnel, respectivement vol. 1 et 2, Bruylant, Bruxelles, 1970 et 1978.

GRYNFOGEL (Catherine)

Crimes contre l'humanité, JCl. Pénal, fasc. 10 et 20, 1998.

HUET (André) et KOERING-JOULIN (Renée)

Droit pénal international, PUF, Thémis, 1994.

KOERING-JOULIN (Renée) et HUET (André)

Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, JCl. Dr. International, fasc. 403-10 et 403-20, 1995.

Effets en France des décisions répressives étrangères, JCl. Dr. International, fasc. 404-10, 1997.

Conventions internationales répressives, JCl. Dr. International, fasc. 406-10 et 406-20, 1999.

Conventions internationales répressives. Conventions régionales relatives à un type défini d'infraction, JCl International fasc. 406-30, 2000.

Conventions internationales répressives. Conventions régionales d'entraide répressive « lato sensu », JCL International fasc. 406-40, 2000.

LABREGERE (Philippe)

Introduction générale. Infractions commises en France, JCL Procédure pénale, art. 689 à 696 : fasc.10, 1999.

LESCURE (Karine)

Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, coll. études internationales, Montchrestien, 1994.

LESCURE (Karine) et TRINTIGNAC (Florence)

Une justice internationale pour l'ex-Yougoslavie. Mode d'emploi du tribunal pénal international de La Haye, l'Harmattan, 1994.

LESEC (Yves)

Application de la loi pénale dans l'espace. Infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République, JCL pénal fasc. 10 art. 113-1 à 113-12, 1998.

LEVASSEUR (Georges) et BONNARD (Hervé)

Extradition, J.- Cl. Dr. International, fasc. 405-B-1 à 405- B-7, fasc. 10 à 30, 1989.

LEVASSEUR (Georges) et DECOCQ (André)

Rép. International Dalloz, V° Conflits de lois en matière pénale, 1^{ère} éd. 1968.

Rép. International Dalloz, V° Infractions internationales, 1968.

Rép. International Dalloz, V° Jugement étranger (matière pénale), 1968.

LOMBOIS (Claude)

Droit pénal international, Dalloz, 2^e éd., 1979.

LOUIS LUCAS (Pierre)

Conflits de lois. Théorie générale, JCL International, fasc. 530A et 530B, 1959.

MELANGES VAN BEMMELEN

Le droit pénal international, Leiden E. J. BRILL, 1965.

MELANGES LARGUIER

Droit pénal. Procédure pénale, PUG, 1993.

MELANGES LEVASSEUR

Mélanges offerts à Georges Levasseur, Droit pénal, Droit européen, Litec, 1992.

MELANGES VITU

Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989.

F. PANSIER et E. JEZ

La criminalité sur internet, coll. Que sais-je ?, PUF, 2000.

PLAWSKI (Stanislaw)

Etude des principes fondamentaux du droit international pénal, LGDJ, 1972.

PRADEL (Jean) et CORSTENS (Geert)

Droit pénal européen, Dalloz, 1999.

RENCONTRES INTERNATIONALES DE LA FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES DE TUNIS

Les nouveaux aspects du droit international, Paris Pedone, 1994.

Harmonie et contradiction en droit international, Paris Pedone, 1996.

Droit international et droits internationaux. Développements récents, Paris Pedone, 1998.

Justice et juridictions internationales, Colloque des 13,14 et 15 avril 2000 dédié au Doyen Sadok Belaïd sous la direction de Rafâa Ben Achour et Slim Laghman, Paris Pedone, 2000.

SERVIDIO- DELABRE (Eilen)

Application de la loi pénale dans l'espace. Infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République, JCL pénal, art. 113-1 à 113-12 : fasc. 20, 2000.

TRAVERS (Maurice)

Traité de droit pénal international, Sirey, 1922.

L'entraide répressive internationale et la loi française du 10 mars 1927, Sirey, 1929.

III. MONOGRAPHIES, THESES, RAPPORTS

AUBERT (Bernadette)

Le droit international devant la chambre criminelle (cinquante ans de jurisprudence), thèse Poitiers, 1998.

BERNARD (Maurice)

Des conflits de souverainetés en matière pénale, thèse Paris, 1901.

BOUREL (Pierre)

Les conflits de lois en matière d'obligation contractuelle, Paris , LGDJ, 1961.

CONSEIL DE L'EUROPE

Rapport explicatif sur la Convention européenne d'extradition, Strasbourg 1970.

La compétence extraterritoriale en matière pénale, Strasbourg 1990.

Convention sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983 et rapport explicatif, Strasbourg 1995.

DESESSARD (Laurent)

L'extradition des nationaux, thèse Poitiers, 1999.

M. DIND

La Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970 et son application en droit suisse, thèse Lausanne, 1977.

FOURNIER (Alain)

L'option de la victime d'une infraction en droit international et la loi applicable à l'action civile, thèse dactyl., Nancy, 1975.

HOLLEAUX (Dominique)

Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, thèse Paris, Librairie Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, volume IX, 1970.

KOERING-JOULIN (Renée)

L'article 693 du code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction pénale. Essai sur le règlement des conflits de lois pénales dans l'espace, thèse dactyl., Strasbourg, 1973.

LAMBERT (Elisabeth)

Quelques aspects de l'évolution récente des conditions du droit extraditionnel français dans le cadre européen, Mémoire, Genève, Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales, 1993.

LEMONTEY (Jacques)

Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive, étude de droit comparé, thèse Nancy, LGDJ 1966.

MICHAUX (Pierre)

Les effets internationaux des jugements répressifs, thèse Paris, 1966.

REBUT (Didier)

L'omission en droit pénal . Pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction, thèse dactyl., Lyon III , 1993, p. 185s.

SERVIDIO –DELABRE (Eilen)

Le rôle de la chambre d'accusation et la nature de son avis en matière d'extradition passive, thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, tome XXVIII, 1993.

TROUSSE

Le règlement au plan européen des compétences législative et judiciaire des Etats en matière pénale. Congrès de droit pénal européen, Bruxelles (novembre 1968).

ZAIRI

Le principe de la spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme, thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, tome XXVII, 1993.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES

G. ALLEGRA

Les effets extraterritoriaux des jugements répressifs, RIDP 1955. 455.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL

IXe Congrès, Session préparatoire de Fribourg en Brigsau, *Les effets internationaux de la sentence pénale*, RIDP 1963.7.

Colloque préparatoire de Utrecht (Pays Bas). *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*, RIDP 1999. Vol. 70 n° 1 et 2.

AVRIL (Pierre)

Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international (suite). A propos de l'interprétation de l'article 68 de la constitution, RFDA 1999. 715.

BASSIOUNI (Cherif)

Considérations de politique criminelle sur la coopération interétatique, RSC 1993. 821.

Le droit pénal international, son histoire, son objet, son contenu, RIDP 1981.41.

BENNOUNA (Mohamed)

La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des Etats, AFDI 1990. 299.

BERNARDINI (Alessandro)

Les principes de droit international et leur contribution à l'harmonisation des systèmes punitifs nationaux, RSC 1994. 255.

BESSON de VEZAC (Marie Pierre)

La cour pénale internationale et le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, P. A. 1999, n° 133, p. 21.

La convention du 17 juillet 1998 instituant la cour pénale internationale : coup d'épée dans l'eau ou avancée décisive ?, P. A. 1999, n° 225, p. 4.

BIGAY (Jacques)

Les dispositions nouvelles de compétence des juridictions françaises à l'égard des infractions commises à l'étranger, D. 1976, chron. 51.

BORE (Jacques)

La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire, Mélanges Vitu, p. 25s.

BORRICAND (Jacques)

Actualité et perspectives du droit extraditionnel français, JCP 1983. I. 3102.

BOSSARD (André)

La criminalité transfrontière multidisciplinaire, RSC 1988. 756.

BOULOC (Bernard)

Droit communautaire et droit pénal interne, in problèmes actuels de science criminelle, t. VI, presses universitaires d'Aix- Marseille, 1993, p. 9s.

BOUZAT (Pierre) et BREDIN (Jean Denis)

Rapport présenté au VIIIe Congrès de l'association internationale de droit pénal (Lisbonne 1961), RIDP 1960. 496.

BREUKELAAR (Wilfried)

La reconnaissance des jugements répressifs étrangers, RIDP 1974. 565.

BULLIER (Antoine J)

L'arrêt Pinochet (Haute Cour de justice d'Angleterre, 28 octobre 1998), P. A. 1998, n° 135, p. 7.

L'arrêt de la Chambre des Lords refusant l'immunité d'Etat au général Pinochet (25 novembre 1998), P. A. 1998, n° 144, p. 14.

L'affaire Pinochet : les motifs invoqués par le ministre britannique de l'Intérieur pour autoriser la poursuite de la procédure d'extradition, P. A. 1998, 14 décembre, p.5.

La réouverture du procès sur l'immunité d'Etat du général Pinochet, P. A. 1998, n°154, p.3.

Principes pénaux, poursuites, pratiques politiques et procédure au procès Pinochet, P.A. 1999, n°18, p.13.

Procès Pinochet : péripéties procédurales, perspectives et prospective, P.A. 1999, n°28, p. 8.

La confirmation du rejet de l'immunité de souveraineté du général Pinochet, P.A. 1999, n°74, p. 5.

Souveraineté de l'Etat et droit pénal international, P. A. 1999, 7 juin, p. 11.

Attentat de Lockerbie : l'accord de siège permettant la tenue du procès en territoire néerlandais, P. A. 1999, 17 juin, p. 14.

Les Etats face à la justice pénale internationale : coopération ou contrainte ?, P.A. 1999, 16 septembre, p. 6.

Priorité à la procédure au procès Pinochet, P. A.1999, n° 214, p. 4.

Procès Pinochet :prolongation de procédure, P. A. 2000, n° 30, p. 5.

CARTOU (Louis)

A propos de la Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, P. A. 1997. 9.

CASTILLO (Maria)

La compétence du tribunal pénal pour la Yougoslavie, RGDI publ. 1994. 61.

CHARPENTIER (Jean)

Vers un espace judiciaire européen, AFDI 1978. 927.

CHEVALLIER-GOVERS (Constance)

De la nécessité de créer une police européenne intégrée, RSC 1999. 77.

CHOCHEYRAS (Luc)

La convention d'application de l'accord de Schengen, AFDI 1991. 807.

CONDORELLI (Luigi)

La cour pénale internationale : Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli..),
RGDI publ. 1999. 7.

COSNARD (Michel)

Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, RGDI publ. 1999. 309.

DAUDET (Yves)

Travaux de la commission du droit international, AFDI 1983. 499.

DECOCQ (André)

La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition, Rev. crit. DIP 1964. 411.

DEHAUSSY (Jacques)

Travaux de la commission du droit international, AFDI 1992. 737.

Travaux de la commission du droit international, AFDI 1984. 607.

Travaux de la commission du droit international, AFDI 1991. 682.

DELMAS- MARTY (Mireille)

Vers un droit pénal européen commun ?, Archives de politique criminelle, n°19, p.7. 1997.

La mondialisation du droit : chances et risques, D. 1999, chron. 43.

L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation, D.2000, chron.421.

DESESSARD (Laurent)

L'extradition des nationaux, Rev. Pén. Dr. P. 1999. P.317.

DESOUS (Georges)

Réflexions sur le régime juridique des crimes contre l'humanité (A propos des arrêts Barbie), RSC 1984. 657.

DESPORTES (Frédéric)

Coopération judiciaire en matière pénale. Panorama de la jurisprudence de la Chambre criminelle, Rapport de la Cour de cassation, 1999.

DIALLO (Thierno)

L'entraide répressive internationale en matière pénale, esquisse d'une problématique, RSC 1992. 541.

DONNEDIEU DE VABRES (Henri)

Les rapports de la sanction pénale et de la sanction civile en droit international, RSC 1937. 391.

Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux, RIDP 1950. 512.

Le système de la répression universelle, Rev. Crit. DIP 1922-1923. 533.

De la piraterie au génocide...Les nouvelles modalités de la répression universelle, Etudes Ripert, t.1, 1950. 226.

De l'organisation d'une juridiction pénale internationale, RIDP 1949. 1.

La codification du droit pénal international, RIDP 1948. 21.

DUCOULOUX- FAVARD (Claude)

Pour un espace judiciaire européen (colloque Avignon, 16 octobre 1998), P. A. 1998, n° 133, p.3.

ENSCHEDÉ

La compétence personnelle dans les législations de l'Europe occidentale, Mélanges Van Bemmelen, p. 38.

FABRE

Application territoriale de la loi pénale (en matière de publicité diffusée par une station radiophonique étrangère), Cah. Dr. Entr. 1978. 22.

FAYARD (Marie Claude)

La localisation internationale de l'infraction, RSC 1968. 753.

FOURNIER (Alain)

Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises, Rev. crit. DIP 1981. 31.

Les orientations nouvelles du droit pénal international à la faveur de la réforme du code pénal, Rev. crit. DIP 1998. 565.

S. Z. FELLER

La résolution des conflits de juridiction en matière pénale, RIDP 1974. 537.

La double incrimination dans le droit extraditionnel à propos de l'affaire Abou-Daoud, RSC 1979. 797.

GAUTIER (Pierre Yves)

Sur la localisation de certaines infractions économiques, Rev. crit. DIP 1989. 669.

GENEVOIS (Bruno)

Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, RFDA 1999. 285.

Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. Observations complémentaires, RFDA 1999. 717.

GEOUFFRE de la PRADELLE (Géraud)

La fonction des juridictions de l'ordre international, JDI 1998. 389.

GIRAULT (Carole) et GRAVELET (Bertrand)

La cour pénale internationale : illusion ou réalité ? A propos du Traité international adopté à Rome le 17 juillet 1998, RSC 1999. 410.

De GOUTTES (Régis)

Variations sur l'espace judiciaire pénal européen, D. 1990, chron. 245.

Vers un espace judiciaire pénal pan-européen, D. 1991, chron. 154.

GUILLAUME (Gilbert)

La compétence universelle. Formes anciennes et nouvelles, Mélanges Levasseur, p. 23s.

HEBRAUD (Pierre)

De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître, Rev. crit. DIP 1968. 205.

J. B. HERZOG

Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger. Etudes de droit contemporain. Contributions françaises au VIIe Congrès international de droit comparé (Uppsala 1966), p. 545 s.

HUET (André)

Pour une application limitée de la loi pénale étrangère, JDI 1982. 625.

Réflexions sur les dispositions « révolutionnaires » de droit pénal international d'un projet de convention relative à la pollution transfrontière, Mélanges Vitu, p. 249s.

Le droit pénal international et internet, P. A. 1999, n° 224, p. 39.

JESCHECK (Hans Heinrich)

Rapport général provisoire sur la question des Effets Internationaux de la Sentence pénale, RIDP 1963. 205.

Etat actuel et perspective d'avenir des projets dans le domaine du droit international pénal, RIDP 1964. 83.

KOERING-JOULIN (Renée)

L'application de la loi pénale française dans l'espace (avant-projet de Code pénal, 1983), RSC 1984. 263.

L'affaire du MC Ruby et la compétence internationale des juridictions répressives françaises, Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Procédure pénale. Droit pénal international. Entraide pénale, 199 ?, p. 143s.

KOERING-JOULIN (Renée) et LABAYLE (Henri)

Dix ans après... De la signature (1977) à la ratification (1987) de la Convention européenne pour la répression du terrorisme, JCP 1988. I. 3349.

KOERING-JOULIN (Renée) et SEUVIC (Jean-François)

Droits fondamentaux et droit criminel, numéro spécial « Les droits fondamentaux- vers une nouvelle catégorie juridique ? », AJDA 1998. 106.

KUNTER (Nurullah)

Les conséquences positives directes ou supplémentaires des jugements répressifs européens, RIDP 1965. 107.

La valeur européenne des jugements répressifs au point de vue des conséquences occasionnelles, RIDP 1967. 195.

La transmission de la surveillance, RIDP 1974. 639.

LARGUIER (Jean)

La localisation internationale de l'infraction, RSC 1980. 417.

LE CALVEZ (Jacques)

Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (La remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale), RSC 1980. 13 et s., 337 et s.

LEGAL (Alfred)

La localisation internationale du délit commis partiellement en France, Rev. pén. Suisse 1971. 1.

LEGEAIS (Raymond)

L'évolution des solutions françaises de conflits de lois en matière pénale, Mélanges Savatier, 1965. 545.

R. LEGROS

Domaine et méthode du droit pénal international, RDPC 1953-1954. 843.

Effets internationaux des jugements répressifs et communautés européennes, RDpén. Crim. 1960-1961. 795.

LOMBOIS (Claude)

Commentaire de l'avant projet définitif de révision du Code pénal (1978), RIDP 1980. 55.

De la compassion territoriale, RSC 1995. 399.

Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'Humanité, Mélanges Vitu, p. 367s.

R. MAISON

Les crimes de génocide dans les premiers jugements du tribunal pénal international pour le Rwanda, RGDI publ. 1999. 129.

MANACORDA (Stefano)

Le droit pénal international dans les réformes française et italienne (le nouveau code pénal français et le projet italien), RSC 1995. 331.

Le Corpus juris et l' « unification tempérée » dans la construction de l'espace pénal européen contre la fraude, revue Justices, la justice pénale, n°10, Dalloz, 1998.

Le droit pénal et l'Union européenne : esquisse d'un système, RSC 2000. 95.

R.H. MANKIEWICZ

Capture et détournement illicite d'aéronef, AFDI 1969. 462.

MARTIN (Pierre Marie)

La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt Tadic, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 octobre 1995), D. 1996, chron. 157.

La cour pénale internationale : quel avenir pour une illusion ?, D. 1998, chron. 337.

Le crime de génocide : quelques paradoxes, D. 2000, chron.477.

MASSE (Michel)

Du procès de Nuremberg à celui de P. Touvier, en passant par l'affaire Barbie, RSC 1989. 793.

Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur code pénal, RSC 1990. 395.

L'espace Schengen. Développements de l'entraide répressive internationale, RSC 1992. 800.

Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français, RSC 1994. 376.

L'extradition des nationaux, RSC 1994. 798.

La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, RSC 1995. 856.

L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français, RSC 1996. 935.

Ex-Yougoslavie, Rwanda : une compétence « virtuelle » des juridictions françaises ?, RSC 1997. 893.

La souveraineté pénale, RSC 1999. 905.

La place du droit pénal dans les relations internationales, RSC 2000. 123.

Notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen, RSC 2000. 469.

MAYER (Danièle)

Leçons à tirer des quelques rares expériences de fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux, D. 1999, chron. 215.

L'éventualité d'une peine perpétuelle ou indéterminée, obstacle à l'extradition (à propos de la demande de Sid Ahmed Rezala), D. 2000 n°11, p. VII.

MIKLISZANSKI

Le système de l'universalité du droit de punir et le droit pénal subsidiaire, RSC 1936. 331.

MOREILLON (Laurent)

Quelques règles essentielles de procédure des tribunaux internationaux, Rev. pén. Suisse 1999.175.

MUBIALA (Mutoy)

Le tribunal international pour le Rwanda : vraie ou fausse copie du TPIY, RGDI publ. 1995. 929.

E. MULLER- RAPPARD et E. WISE

Les problèmes d'application de la loi, l'entraide judiciaire, l'extradition des personnes impliquées, la reconnaissance et l'exécution des ordres judiciaires et des jugements, les transferts et exécution des jugements, RIDP 1996. 36.

NOUVEL (Yves)

Précisions sur la compétence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie d'ordonner la production des preuves et la comparution des témoins : l'arrêt de la Chambre d'Appel du 29 octobre 1997 dans l'affaire Blaskic, RGDI publ. 1998. 157.

J. M. PEYRICAL

De l'éventuelle extradition de ressortissants français, P. A. 1996, n° 3, p. 21.

PRADEL (Jean)

Le casier judiciaire international, RIDP 1974. 521.

PELLET (Alain)

Le tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive ?, RGDI publ. 1994. 7.

PLAWSKI (Stanislaw)

Le détournement d'aéronefs, RSC 1973. 305.

La notion du droit international pénal, RSC 1978. 789.

PONCELA (Pierrette)

L'humanité, une victime peu présentable, D. 1991 . chron. 229.

PRALUS (Michel)

Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis, RSC. 1996. 551.

RENUCCI (Jean François)

Les frontières européennes de l'extradition, Rev. pénitentiaire et de droit pénal, avril 2000, p. 121s.

RICHARD (Denis)

Une contribution européenne aux tendances du droit extraditionnel : La Convention du 27 septembre 1996, JCP 1997. I. 3988.

L'affaire Pinochet : exemple d'un droit inadapté, JCP 1998. AR. 2145.

P. RICHARD

Droit de l'extradition et terrorisme. Risque d'une pratique incertaine : du droit vers le non droit ?, AFDI 1988. 652.

ROPERS (Jean Louis)

Le droit pénal international à travers la jurisprudence de la Chambre criminelle, Mélanges Patin, 1965. 725.

La loi étrangère et le juge national, JCP 1967. I. 2101.

Le Marché commun et les effets internationaux des jugements répressifs, JCP 1963. I. 1797.

ROULOT (Jean François)

La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France. Une répression nationale d'un crime international, RSC 1999. 545.

ROTH

Territorialité et extraterritorialité en droit pénal international, Rev. pén. Suisse, 1994. 1.

ROUCHEREAU (Françoise)

Les aspects particuliers de l'extradition et de la lutte contre la criminalité organisée, P. A. 1998, n° 150, p. 57.

RUIZ FABRI (Hélène) et SOREL (Jean Marc)

Contentieux international. *Les juridictions pénales internationales*, Rev. générale des procédures, 1998 p. 756 et 1999 p. 529.

SAMPER (Christophe)

L'extradition des délinquants économiques, RSC 1998. 723.

SASSOLI (Marco)

La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, RGDJpubl. 1996. 101.

J. D. SCHOUWEY et J. CANDRIAN

La régionalisation du droit pénal international et la protection des droits de l'homme dans les procédures de coopération internationale en matière pénale, RIDP 1994. 447.

SCHULTZ (Hans)

Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger, RSC 1967. 305.

Rapport général au VIIe Congrès international de droit comparé (Uppsala 1966), RSC 1967. 313.

SICURELLA (Rosaria)

Vers un espace judiciaire européen : un Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, RSC 1997. 363.

Le corpus juris : proposition d'un modèle d'espace judiciaire européen, Dalloz 1998. 223.

SOULIER (Gérard)

Le traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale, RSC 1998. 237.

STOUFFLET (Jean)

L'application de la loi pénale étrangère par le juge national. Rapport à la session préparatoire du VIIIe Congrès de l'Association internationale de droit pénal de Lisbonne (Fribourg-en-Brigsau), RIDP 1960. 515.

SUR (Serge)

Vers une cour pénale internationale : la convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité, RGDJ publ. 1999. 29.

TEZCAN (Durmus)

L'extradition en droit turc, RSC 1996. 799.

E. THOMAS

Structures et méthodes de la coopération internationale et régionale en matière pénale (2nde partie : droit des infractions internationales et entraide répressive), RDPC 1984. 537.

TORRES BERNADEZ (Santiago)

La conférence des Nations-unies sur les relations consulaires ; la convention de Vienne sur les relations consulaires, AFDI 1963. 78.

VAN DEN WYNGAERT (Christine)

Structures et méthodes de la coopération internationale et régionale en matière pénale (1^{ère} partie : droit des compétences), RDPC 1984. 517.

Les transformations du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée. Rapport général pour le XVIe congrès international de droit pénal (Budapest 1999), RIDP 1999. 35.

VERIN (Jacques)

La criminologie et l'immoralité internationale, RSC 1971. 745.

VIENNOIS (Maurice)

La compétence des tribunaux français à l'égard des infractions commises à bord des aéronefs ou à leur rencontre, RSC 1973. 291.

L. VISKI

La coopération internationale en matière de répression des infractions à la circulation routière, RIDP 1974. 655.

VITU (André)

Un aspect particulier du droit pénal international : la protection des intérêts publics étrangers par le droit criminel français, Mélanges Larguier, p. 357s.

Le meurtre politique en droit international et extraditionnel, Mélanges Levasseur, p.361.

VIVANT (Michel)

Cybermonde : Droit et droits des réseaux, JCP 1996. I. 3969.

WECKEL (Philippe)

L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en ex-Yougoslavie, AFDI 1993. 232.

La Cour pénale internationale, présentation générale, RGDI publ. 1998. 983.

B. ZLATARIC

Le principe de la territorialité du droit pénal. Rapport au VIIe Congrès international de droit comparé, Pescara, 1970, p. 195.

V. NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

AUDIT (Bernard)

Note sous CA Paris, 5 novembre 1997, D. 1998 SC 281.

BOULOC (Bernard)

Note sur Cass. Crim. 26 octobre 1993, Bull. n°315, RSC 1994. 326.

Note sur Cass. Crim. 4 novembre 1997, Bull. n°367, RSC 1998. 537.

CHAMBON (Pierre)

Note sous Cass. Crim. 13 octobre 1981, JCP 1982. II . 19862.

COUVRAT (Pierre)

Note sur Cass. Crim. 11 juin 1986, RSC 1987. 266.

Note sur Cass. Crim. 18 décembre 1996, Bull. n° 478, RSC 1997. 884.

DINTILHAC (Jean Pierre)

Obs. sur Cass. Crim. 26 mars 1996, RSC 1996. 684.

Note sur Cass. Crim. 6 janvier 1998, RSC 1998. 348.

DONNEDIEU DE VABRES (Henri)

Note sous CPIJ 7 septembre 1927, Aff. Du Lotus, RIDP 1928. 377.

FOURNIER (Alain)

Note sous CA St Denis de la Réunion 4 mars 1990, Rev. Crit. DIP 1991. 366.

Note sous Cass. Crim. 20 février 1990, D. 1991. 395.

Note sous Cass. Crim 10 février 1999, D. 1999. 491

HUET (André)

Note sous Cass. Crim. 26 janvier 1966, Rev. Crit. DIP 1966. 661.

JEANDIDIER (Wilfrid)

Note sous Cass. Crim. 10 février 1988, JCP 1988. II. 21124.

De JUGLART (Michel) et du PONTAVICE (Emmanuel)

Note sous Trib. Du gouvernement militaire français de Berlin 20 novembre 1969, JCP 1970. II.16540.

LEGAL (Alfred)

Note sur Cass. Crim. 26 juin 1963, Bull. n° 231, RSC 1964. 364.

Note sur Cass. Crim. 22 avril 1966, Bull. n° 121, et Cass. Crim. 27 novembre 1965, Bull. n° 236, RSC 1967. 171.

LEGEAIS (Raymond)

Note sous Trib. Correc. Auxerre 9 avril 1963, JCP 1963. II. 13367.

LOMBOIS (Claude)

Note sur Cass. Crim. 16 juillet 1987, RSC 1988. 369.

MASSE (Michel)

Obs. sur Cass. Crim. 6 janvier 1998, RSC 1998. 837.

MAYAUD (Yves)

Note sous Cass. Crim. 6 janvier 1998, D. 2000. 25.

PANNIER (Jean)

Note sous Cass. Crim. 3 juin 1991, D. 1992. 228.

POULET

Observations sous Cass. Crim. 19 avril 1888, D. 1888. I. 284.

PRADEL (Jean)

Observations sous Cass. Crim. 18 mai 1905 et Cass. Crim. 12 février 1979, in Les grands arrêts du droit criminel (J. PRADEL et A. VARINARD) , t. 1, 2^e éd., Dalloz, 1997, p. 188s.

REBUT (Didier)

Note sur Cass. Crim. 8 juillet 1997, Rev. générale des procédures 1998, p. 108s.

RENUCCI (Jean François)

Note sous CA d'Aix- en- Provence, 24 novembre 1999, D. 2000. 245.

ROBERT (Jean)

Note sur Cass. Crim. 3 novembre 1970, Bull. n° 285, RSC 1971. 702.

ROULOT (Jean François)

Note sous Cass. Crim. 6 janvier 1998, JCP 1998. II. 10158.

SASTRE (Michel)

Note sous Cass. Crim. 26 mars 1996 et CA de Nîmes, ch. d'acc., 20 mars 1996, RGDI publ. 1996. 1083.

VERON (Michel)

Note sous Cass. Crim. 24 novembre 1998, droit pénal, juin 1999 n°79.

VITU (André)

Observations sur Cass. Crim. 23 avril 1981, Bull. n°116, RSC 1982. 609.
Observations sur Cass. Crim. 20 août 1991, Bull. n° 310, RSC 1992. 306.

TABLE DES MATIERES

Introduction	8
Section 1. Définition théorique du sujet	16
§1. La notion de droit pénal international.....	16
A. Divergence doctrinale autour d'une définition	17
1. Les définitions proposées	17
a. Le droit pénal international au sens large	17
b. Le droit pénal international par rapport au droit international pénal.....	18
c. Le droit pénal international et le droit pénal extranational.....	20
2. Le caractère dual de la notion de droit pénal international.....	20
B. Le droit pénal international du <i>corpus</i> juridique français.....	22
§2. La notion de conflits	25
A. Conflit de lois et conflit de juridictions en droit international privé	25
1. La notion de conflit.....	26
2. La règle de conflit bilatérale	27
B. La notion de conflit en droit pénal international.....	28
1. L'absence de règle bilatérale de conflit de lois et de conflit de.....	28
juridictions	
2. Le conflit de lois pénales	31
Section 2. Approche matérielle du sujet	34
§1. Les différents types de conflits.....	35
A. Impossibilité d'extrader	36
1. En cas de compétence personnelle active	37
2. La localisation de l'infraction en France	38
3. Les infractions politiques et militaires.....	38
4. Absence de double incrimination par la loi pénale étrangère.....	39
B. Impossibilité de juger.....	40
1. La totale extranéité de l'infraction.....	40
2. L'extradition requise par un Etat étranger	41

C. Impossibilité d'extrader et de juger	43
1. La complicité extraterritoriale	43
2. L'absence de double incrimination.....	44
3. Compétence personnelle passive	45
4. Hypothèses autres	46
D. Choix entre juger et extrader	47
1. Compétence personnelle passive	48
2. Compétence réelle	48
3. Compétence universelle.....	49
4. Complicité en France.....	49
§2. La zone de non-droit.....	50
Partie I. Les conflits de compétence, sources de non-droit.....	53
Titre I. Le domaine du non-droit	55
Chapitre I. Des principes fondamentaux à appliquer.....	57
Section 1. <i>Non bis in idem</i>	59
§1. Définition du principe.....	59
A. Définition au sens strict	59
1. Présentation formelle.....	60
2. Appréciation jurisprudentielle	62
3. La nature juridique du « principe » <i>non bis in idem</i>	64
B. Une acception assouplie de <i>non bis in idem</i>	66
1. Le principe de l'imputation	66
2. L'office du juge	68
§2. La reconnaissance du principe.....	69
A. Au niveau européen	69
1. La Convention européenne sur le valeur internationale des jugements ... répressifs	70
2. La Convention européenne des droits de l'Homme et le protocole.....	71
additionnel	
3. La Convention de Bruxelles du 25 mars 1987	72
4. La Convention d'application de l'Accord de Schengen	73

5. La Convention européenne pour la surveillance des personnes 74 condamnées ou libérées sous condition (Strasbourg, 30 novembre 1964) et la Convention européenne sur le transfèrement des personnes condamnées (Strasbourg, 21 mars 1983)	74
6. La Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957)	75
B. Au niveau universel	75
1. Les prescriptions du pacte onusien	76
2. L'interprétation juridique de ces dispositions	78
 Section 2. <i>Aut dedere, aut punire</i>	80
§1. Définition du principe.....	80
A. Définition au sens strict	81
1. Signification du principe	81
2. Les modalités de mise en œuvre.....	82
a. L'entraide judiciaire internationale.....	82
b. Les dysfonctionnements du système	83
3. La genèse de l'adage.....	86
B. L'universalité du droit de punir	87
1. Le lien avec <i>aut dedere, aut punire</i>	87
2. Une croissance exponentielle pour ce titre de compétence	89
§2. Les difficultés d'application	91
A. La non-extradition des nationaux	92
1. Le principe.....	92
2. La remise en cause de ce principe	94
B. La non-extradition pour infraction politique et ses limites.....	95
1. Le principe de la non-extradition.....	95
2. L'exception au principe : le cas particulier du terrorisme	98
Conclusion du chapitre I.....	101
Chapitre II. Des principes sacrifiés.....	102
Section 1. Une zone de non-droit	103
§1. Ebauche d'explication	103

A. Définition.....	103
1. Présentation formelle.....	104
2. La nature du problème.....	105
B. Le contexte.....	107
§2. Evolution historique	110
A. Une évolution contrastée	111
1. Les conflits négatifs.....	111
2. Les conflits positifs.....	114
B. Justification	117
1. L'origine des deux principes	117
2. Les obligations inhérentes au respect des deux principes	118
3. Le problème de l'application cumulative des deux principes	119
Section 2. Manifestations jurisprudentielles.....	122
§1. Conflits positifs	122
A. La territorialité.....	123
1. L'unité des faits	124
2. L'accès à l'indépendance de l'Algérie	125
B. L'imputation	128
1. L'évasion d'un condamné	129
2. Le transfèrement d'un condamné	131
§2. Conflits négatifs.....	134
A. Complicité internationale.....	135
1. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle.....	135
2. Depuis le CPP : l'article 690 ancien CPP et l'article 113-5 NCP	137
B. Les vides législatifs.....	140
1. Les espaces vierges de toute souveraineté.....	140
2. Le cyber-espace	141
3. Le droit pénal des affaires	144
§3. L'altération des notions de droit.....	145
Conclusion du chapitre II	147

Conclusion du titre I	148
Titre II. Les causes du non-droit	149
Chapitre I. La territorialité de la répression, cause première.....	151
Section 1. Une excessive extension de la notion de territorialisme.....	153
§1. Définition.....	153
A. Aperçu historique.....	154
1. La territorialité au fil du temps.....	155
2. La territorialité au gré des théories doctrinales.....	157
B. Le nœud du problème	159
1. La condition préalable aux yeux de la doctrine.....	161
2. La position de la jurisprudence.....	162
a. L'abus de confiance	162
b. Autres infractions	165
§2. Les conséquences	167
A. Le recul de <i>non bis in idem</i>	168
1. Une conception élargie de la territorialité	168
2. La multiplication des conflits positifs	169
B. La fin des conflits négatifs.....	172
C. Le non-droit jurisprudentiel	174
Section 2. L'empiètement du territorialisme sur le domaine.....	176
extraterritorial	
§1. La complicité d'infraction	178
A. Les solutions anciennes jadis consacrées sous le code de	178
procédure pénale	
1. La complicité territoriale	180
a. La complicité territoriale d'infraction territoriale.....	180
b. Complicité territoriale d'infraction extraterritoriale.....	181
2. Complicité extraterritoriale.....	184
a. Complicité extraterritoriale d'infraction extraterritoriale	184
b. Complicité extraterritoriale d'infraction territoriale.....	185
B. Les questions liées à l'avènement du nouveau code pénal.....	187

1. Une conception territorialiste ?.....	188
2. Le jeu de la règle <i>non bis in idem</i>	189
a. Lecture littérale du nouveau code pénal	189
b. Les dispositions du code de procédure pénale.....	191
§2. La protection indirecte du territoire.....	196
A. La réalité de la répression.....	196
1. Une inspiration personaliste	197
2. Une mise en œuvre territorialiste.....	198
B. La loi applicable aux navires et aéronefs.....	200
1. Un système territorialiste ?.....	201
2. La réalité de la répression.....	202
Conclusion du chapitre I.....	204
Chapitre II. Les excès et les faiblesses du <i>corpus</i> législatif,	205
causes secondaires	
Section 1. La boulimie de textes.....	206
§1. L'ampleur du phénomène.....	206
A. L'historique du processus.....	207
1. L'instauration d'une compétence personnelle passive	207
2. L'accroissement des textes instituant une compétence universelle.....	209
B. Le bien-fondé d'une telle prolifération.....	211
1. L'inflation législative : un phénomène jamais discuté.....	211
2. L'inflation législative : une spécificité nationale.....	213
§2. La superposition des différents types de compétence.....	215
A. La hantise de l'impunité	215
1. L'enchevêtrement des compétences	215
2. La question de la légitimité de la répression	218
B. L'apparition de conflits positifs.....	219
Section 2. Des scories dans la législation.....	222
§1. Des techniques non appropriées sur la forme.....	223
A. Les questions liées à la nationalité.....	224

1. Le recensement des textes	224
2. La combinaison des textes	226
B. Connexité et indivisibilité internationales	233
C. Les conditions procédurales de poursuite pour les compétences.....	238
personnelles en cas de délits	
1. Les conditions communes	238
a. Monopole du ministère public	239
b. La plainte de la victime et la dénonciation officielle.....	240
2. La double incrimination.....	242
§2. Des lacunes sur le fond.....	244
A. La grâce et l'amnistie.....	244
B. Les incriminations à créer.....	248
Conclusion du chapitre II	250
Conclusion du titre II.....	251
Conclusion de la partie I.....	252
Partie II. Les remèdes envisageables, vecteur de justice.....	254
Titre I. Pour une solution au niveau européen	257
Chapitre I. La possible application d'une loi pénale étrangère	259
Section 1. Le dogme de la solidarité des compétences judiciaire.....	260
et législative	
§1. Le déclin du principe	261
A. Un principe séculaire	261
1. La signification du principe.....	261
2. Les fondements du dogme.....	264
a. La territorialité de la loi pénale.....	264
b. Le caractère préalable de la compétence législative.....	265
c. L'absence de conflits de lois en matière pénale.....	265
B. Un principe infondé	267
a. La territorialité de la loi pénale.....	268
b. Le caractère préalable de la compétence législative.....	268
c. La théorie de l'absence de conflits de lois.....	270

§2. L'application du principe en fonction du but de la loi pénale	272
A. Infractions commises en France	273
1. L'application de la loi nationale du délinquant ou de la victime.....	273
2. Application de la loi territoriale.....	276
B. Infractions commises à l'étranger	280
1. Compétence réelle	280
a. La compétence réelle <i>stricto sensu</i>	281
b. La compétence réelle universalisée	284
2. Compétence universelle.....	286
3. Compétence personnelle.....	287
Section 2. L'application concrète d'une loi pénale étrangère.....	291
§1. L'exclusion de la <i>lex fori</i> ?	293
A. La « projection » du principe de légalité des délits et des peines.....	293
1. La double incrimination.....	295
2. Le quantum de la peine.....	297
B. Pour l'exclusion de la <i>lex fori</i>	298
1. Le bien-fondé de la solution	298
2. Une solution limitée aux Etats partageant la même.....	300
communauté éthique	
§2. L'incidence sur les concours de lois pénales.....	303
A. Une réponse au non-droit.....	303
1. En cas de compétence réelle universalisée	303
2. La <i>lex loci delicti</i> et la théorie de la représentation	306
B. Une réponse nécessairement limitée	309
Conclusion du chapitre I.....	311
Chapitre II. Les orientations opportunes <i>de lege ferenda</i>	312
Section 1. Pour un critère unique de répression	313
§1. Le choix du critère	314
A. Le critère de la territorialité	314

1. La disparition de la compétence réelle	315
2. La disparition des compétences personnelles et universelle.....	317
3. La disparition du critère de complicité	318
B. Le critère de la nationalité.....	321
§2. Les conséquences sur le non-droit.....	323
A. La fin des conflits positifs.....	324
B. La gestion des conflits négatifs.....	327
1. Le critère territorial.....	328
2. Le critère personnaliste.....	330
Section 2. Le tribunal pénal européen	331
§1. Son fonctionnement.....	332
A. Au niveau matériel.....	333
1. La juridiction de jugement.....	333
2. La présence d'un procureur	335
B. Au niveau procédural	336
1. Le règlement de juges à l'échelle européenne	337
2. Le tribunal européen des conflits.....	338
§2. Ses attributions	340
A. Désignation d'une juridiction nationale compétente	341
1. Conflits positifs	341
2. Conflits négatifs.....	342
B. La création de normes de répression.....	343
Conclusion du chapitre II	347
Conclusion du titre I	348
Titre II. Pour des éléments de solution au niveau mondial	350
Chapitre I. Les tribunaux <i>ad hoc</i>	352
Section 1 . L'institution des premières juridictions pénales internationales	354
§1. Les tribunaux de la première génération	355

A. La mise en place des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo.....	356
1. Le tribunal de Nuremberg.....	356
2. Le tribunal de Tokyo	357
B La légalité de ces juridictions	358
1. <i>Nullum crimen, sine lege</i>	358
2. <i>Nulle poena, sine lege</i>	362
§2. Les tribunaux <i>ad hoc</i> à la veille du troisième millénaire.....	364
A. Le tribunal de La Haye	364
B. Le tribunal d'Arusha	367
Section 2. La compétence de ces juridictions.....	370
§1. Le partage des compétences	371
A. La compétence des juridictions internationales.....	372
1. Les compétences <i>ratione temporis</i> et <i>ratione materiae</i>	372
2. La répartition des compétences concurrentes	373
a. La tentation de la complémentarité.....	374
b. Le choix de la primauté	375
B. La compétence des juridictions nationales	378
1. L'arrêt Javor	380
2. L'affaire Kalinda	383
2. L'affaire du prêtre rwandais Munyeshyaka.....	384
§2. L'effectivité de l'exercice des compétences.....	386
A. Une trop grande dépendance vis-à-vis des juridictions nationales.....	387
B. L'échec de la solution	390
Conclusion du chapitre I.....	392
Chapitre II. Les solutions pérennes	393
Section 1. Une solution institutionnelle ?.....	394
§1. La Cour pénale internationale.....	395

A. L'avènement d'une juridiction pénale internationale	395
B. Les compétences de cette juridiction	401
1. La délimitation des compétences.....	401
2. L'exercice de ces compétences et la règle <i>non bis in idem</i>	405
§2. La codification internationale.....	408
A. Etude du processus de codification.....	408
1. Les travaux de la commission de droit international	409
2. L'implication du vote du statut de la Cour pénale internationale.....	411
B. Appréciation critique	412
Section 2. L'ultime recours : la conscience universelle	416
§1. La force du droit humanitaire	417
A. L'affaire Barbie	417
1. L'incrimination.....	418
2. L'imprescriptibilité.....	420
3. L'extradition	421
B. L'affaire Pinochet	424
§2. La faiblesse du droit humanitaire	430
A. Un droit limité.....	430
B. Un aveu d'échec.....	433
Conclusion du chapitre II	435
Conclusion du titre II.....	436
Conclusion de la partie II.....	437
Conclusion générale.....	439
Index	441
Bibliographie	445