



LA DIMENSION INTERNATIONALE DE LA JUSTICE PENALE

CHERCHEURS

DE L'INSTITUT DES SCIENCES CRIMINELLES ET DE LA JUSTICE :

Marie Duffourc, A.T.E.R., doctorante, l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Amane Gogorza, Maître de conférences, Université Montesquieu-Bordeaux IV

Marie-Cécile Guérin, Maître de conférences, Université Montesquieu-Bordeaux IV

Thomas Herran, A.T.E.R., doctorant, Université de Pau et des Pays de l'Adour

Camille de Jacobet de Nombel, Maître de conférences, Université Montesquieu-Bordeaux IV

Valérie Malabat, Professeur agrégée des Universités, Université Montesquieu-Bordeaux IV

Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice

Novembre 2011

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de Recherche Droit et Justice.

Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

Les chercheurs ayant participé à cette étude tiennent à remercier les personnes qui se sont rendues disponibles pour répondre à leurs interrogations et leur apporter ainsi une aide précieuse dans la réalisation de ce travail.

Leurs remerciements s'adressent en premier lieu à M. Sang-Hyun Song, président de la Cour Pénale internationale, M. Luis Moreno-Ocampo, Procureur de la Cour pénale internationale, M. Patrick L. Robinson, président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, M. Serge Brammertz, Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et M. Aled Williams président du collège Eurojust qui leur ont ouvert les portes de leur institution.

Leur reconnaissance va ensuite tout particulièrement :

Aux juges Bruno Cotte et Silvia Fernandez de Gurmendi, à Mme Marianne Saracco, Juriste adjointe auprès du Juge Cotte, à M. Amadi Ba, chef de la section de la coopération internationale, à Mme Miriam Splitter, conseillère en coopération judiciaire à la CPI et à Mme Lise Fouquat, chargée des relations extérieures à la Présidence de la CPI ;

Aux juges Alphons Orie et Stefan Trechsel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

A M. Gérard Loubens, membre national pour la France à Eurojust et à M. Mahrez Abassi, son adjoint

A M. Patrice Michel, Procureur de la République adjoint au TGI de Toulouse

qui ont pris sans compter sur leur temps pour les rencontrer et échanger avec eux.

Sommaire

***PARTIE I – L'organisation de l'espace répressif* 11**

TITRE I – Le partage concurrentiel de l'espace répressif _____ 13

CHAPITRE 1 - Le partage concurrentiel du champ normatif répressif _____ 15

CHAPITRE II - Le partage concurrentiel de la compétence répressive _____ 69

TITRE 2 – La mise en cohérence des espaces répressifs _____ 101

CHAPITRE I- La mise en cohérence verticale des compétences répressives _____ 103

CHAPITRE II - La mise en cohérence horizontale des compétences répressives _____ 115

***PARTIE II – Le fonctionnement de l'espace répressif : la coopération pénale* 135**

TITRE I – Les méthodes de la coopération pénale _____ 137

CHAPITRE I – L'harmonisation des normes pénales. _____ 139

CHAPITRE II – La reconnaissance mutuelle des décisions pénales _____ 171

TITRE II – Le contrôle de la coopération par les droits fondamentaux _____ 199

CHAPITRE I – La protection des droits fondamentaux dans la coopération judiciaire pénale _ 201

CHAPITRE II - La protection des données à caractère personnel dans les échanges transfrontaliers de renseignements _____ 253

LA DIMENSION INTERNATIONALE DE LA JUSTICE PENALE

La dimension internationale de la justice pénale amène la confrontation de deux mondes qui n'étaient classiquement pas faits pour se rencontrer : le monde de la répression pénale présentée généralement sous l'angle de la souveraineté nationale et de la territorialité et le monde d'une justice internationale qui postule le dépassement de ces principes de souveraineté et de territorialité.

La recherche entreprise se propose d'étudier la dimension internationale de la justice pénale sous deux angles principaux :

- Les conflits internationaux de compétence en matière pénale
- La coopération pénale internationale

selon l'idée qu'il faut sans doute d'abord organiser l'espace répressif –et donc régler les conflits de compétence– avant de pouvoir le faire fonctionner correctement et de pouvoir ainsi compter sur une coopération pénale efficace.

On peut observer que ces deux axes posent des problématiques transversales classiques en matière pénale, mais sans doute renouvelées du fait de la dimension internationale, toute la question étant de savoir si la dimension internationale justifie/légitime un traitement particulier, dérogatoire des principes classiques du droit pénal.

On retrouve ainsi dans la dimension internationale, la nécessité de trouver un équilibre entre efficacité répressive et droits des justiciables. Or, la difficulté de pouvoir aboutir à une certaine efficacité de la répression dans l'ordre international a souvent conduit jusqu'à présent à privilégier cet aspect de l'internationalisation du droit pénal alors que la question des droits des justiciables est fondamentale et ne peut être délaissée en matière pénale. Ce dernier point paraît ainsi fournir une grille de lecture intéressante des différents points examinés.

Partie I – L'organisation de l'espace répressif

Partie II – Le fonctionnement de l'espace répressif : la coopération pénale

PARTIE I – L’organisation de l’espace répressif

L’espace répressif est partagé entre les Etats selon le principe de leur souveraineté. Or cette souveraineté les a notamment conduit à déterminer unilatéralement leur compétence répressive¹. De cette détermination unilatérale des compétences répressives naissent alors inmanquablement des conflits de compétence. Une mise en cohérence des espaces répressifs apparaît alors nécessaire pour parler véritablement d’organisation de l’espace répressif.

Titre I – Le partage concurrentiel de l’espace répressif

Titre II – La mise en cohérence des espaces répressifs

¹ CPJI 7 septembre 1927, *Lotus*, RDIP 1928, p. 354, note H. Donnedieu de Vabres.

TITRE I – Le partage concurrentiel de l’espace répressif

La dimension internationale de la justice pénale se manifeste en effet avant tout par un partage de l’espace répressif au sens où plusieurs législateurs peuvent créer des incriminations et où plusieurs juges, nationaux comme internationaux, peuvent retenir leur compétence pour juger d’une même infraction. Ce partage de l’espace répressif aboutit ainsi bien plus à un partage concurrentiel qu’à un partage répartition de l’espace répressif puisque de cette situation naissent inévitablement des chevauchements des compétences répressives qu’elles soient normatives ou judiciaires.

Le partage concurrentiel de l’espace répressif s’opère donc tant dans le champ normatif (chapitre 1) qu’en ce qui concerne la compétence répressive (chapitre 2).

Chapitre I – Le partage concurrentiel du champ normatif répressif

Chapitre II – Le partage concurrentiel de la compétence répressive

CHAPITRE 1 - Le partage concurrentiel du champ normatif répressif

Le phénomène d'internationalisation du droit pénal a profondément bouleversé la physionomie de l'espace répressif. Initialement national, et exclusivement national, ce dernier s'est naturellement divisé entre ordres pénaux différenciés : l'ordre national – que l'on a longtemps considéré comme l'ordre pénal naturel - l'ordre international pur – qui correspond à l'espace occupé par les différentes juridictions pénales internationales – et un espace intermédiaire, ou régional, illustré par l'espace répressif européen.

Cette division de l'espace répressif appelle naturellement une réflexion sur la répartition du champ normatif répressif. Plus particulièrement, il semble important d'étudier les différents types d'infractions existants afin de dégager des critères permettant de les catégoriser : il s'agit ainsi de déterminer à partir de quel moment un fait pénalement illicite bascule dans telle ou telle catégorie d'infraction : infraction nationale, infraction européenne, infraction universelle² ou infraction transnationale.

Les critères du partage étant définis (section 1), les implications de cette catégorisation devront être mises en lumière (section 2) –en termes de régime juridique de l'infraction– car naturellement chaque espace répressif et chaque infraction correspondante présentent des particularités dont il faut tenir compte dans l'organisation et le fonctionnement de cet espace répressif.

Section 1 : Les critères du partage du champ pénal

Section 2 : Les implications du partage du champ normatif répressif

² La notion d'infraction universelle est ici utilisée pour désigner l'infraction qui porte atteinte à l'ensemble de la communauté internationale. La notion d'infraction internationale par nature a également été employée par certains auteurs. Ainsi le Professeur C. Lombois, *Droit pénal international*, Dalloz, 1979, n° 33, expliquait que *l'infraction est internationale par nature parce qu'elle consiste en un comportement illicite qui porte atteinte aux fondements de la société internationale elle-même*. Dans la mesure cependant où les infractions ayant pour objet de préserver un intérêt international (infractions naturellement internationales ou infractions par nature autrement dit) se sont développées, notamment avec l'avènement du concept d'euro-délit, la notion d'infraction universelle sera préférée pour désigner les infractions qui, par leur gravité, apparaissent comme naturellement contraires à l'ensemble de la communauté internationale.

Section 1 : Les critères du partage du champ pénal

Les critères de partage de l'espace pénal normatif peuvent être cherchés en deux directions distinctes. Il convient avant tout de faire le départ entre l'infraction nationale et internationale, car c'est en tout premier lieu la dimension internationale de l'infraction qui justifie le dépassement, plus ou moins marqué, des logiques nationales et donc des espaces répressifs nationaux (§ I). Le critère de discrimination entre ces deux types d'illicites étant trouvé, il devra ensuite être distingué parmi les infractions internationales. Le phénomène d'internationalisation n'étant pas uniforme, le droit pénal est aujourd'hui confronté à des niveaux d'internationalisation plus ou moins forts, niveaux qui oscillent entre des logiques régionales –espace pénal européen– et universelles –droit des juridictions pénales internationales– très distinctes. Ainsi, une infraction internationale peut avoir pour objet de participer à l'organisation ou à la protection d'une politique pénale différenciée ou, plus radicalement, de lutter contre un phénomène insupportable d'impunité. Il en découle que la notion d'infraction internationale n'est pas uniforme et qu'elle fait l'objet de catégorisations qu'il convient de mettre en lumière (§ II).

§ I. La distinction entre infraction nationale et internationale : le partage du champ répressif national et international.

La frontière entre infraction nationale et internationale peut être cherchée soit à travers la source de l'incrimination, soit à travers les modalités d'exécution de l'infraction, soit enfin, au regard de la valeur protégée par le méfait, qui serait naturellement internationale. La distinction fondée sur des critères formels, particulièrement sur la source de l'incrimination semble insuffisante (A), notamment parce que le cloisonnement entre sources nationales et internationales n'est pas aussi étanche qu'on pourrait le croire de prime abord. Aussi le départ entre champ répressif national et international doit être fonction de critères matériels qui permettront, au fond, et par delà les apparences, de faire la différence entre l'infraction nationale et internationale (B).

A. L'insuffisance d'une distinction fondée sur la source de l'infraction

On pourrait tout à fait considérer qu'une infraction est internationale parce qu'elle a une source internationale, autrement dit parce qu'elle est définie soit par une institution internationale (comme le Parlement européen et le Conseil) soit par une convention internationale³. L'article 7 de la CESDH pourrait être interprété en ce sens puisqu'il considère que « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international », en laissant supposer qu'il existe deux types d'illicite : l'infraction nationale et l'infraction internationale. Cette approche qui repose sur l'idée d'une dualité de législateurs, assez naturelle au demeurant, n'est cependant pas incontestable. En effet, il est relativement difficile de considérer que la source de l'incrimination est un critère central de répartition du champ répressif normatif, alors d'une part qu'une infraction internationale peut parfois être définie par référence à une source nationale (1), et d'autre part, que l'opposition national/international tend à disparaître s'agissant de déterminer certaines infractions internationales (2).

1) La participation du droit national à la définition de l'infraction internationale

L'infraction internationale n'est pas toujours complètement définie par le droit international. Cela est vrai pour l'infraction européenne mais également pour l'infraction universelle, autrement dit pour l'infraction protégeant les intérêts de l'ensemble de la communauté internationale.

Si les éléments constitutifs et la sanction de certaines infractions peuvent désormais être définis par des institutions européennes (Parlement européen et Conseil), il n'en reste pas moins que ce pouvoir d'incrimination s'exerce par voie de directive, en sorte que l'infraction ne devient applicable qu'à la condition d'avoir été transposée en droit interne, autrement dit grâce à la participation du droit national⁴. Cette participation de la règle interne à la définition de l'infraction internationale apparaît également à un niveau international pur, et cela est vrai tant en ce qui concerne la norme de comportement, c'est-à-dire la description de l'acte illicite, que la norme de sanction, à savoir la peine prévue. En ce qui concerne la norme

³ Sur l'importance de la source comme critère de définition de l'infraction internationale v., A. Huet, Renée Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 3^{ème} éd., Thémis Droit, PUF, Paris, 2005, n° 4 et 14.

⁴ Sur l'impossibilité d'invoquer une directive non transposée en matière pénale, D. Chilstein, Sources du droit pénal et construction européenne, in *Droit pénal, Le temps des réformes*, sous la direction de V. Malabat, B. de Lamy, et M. Giacomelli, Débats et colloques, Lexis-Nexis, Litec, 2011, p. 15 et s., spécialement, n° 5.

d'incrimination, il suffit de se référer, par exemple, à l'art. 21 du statut de la Cour pénale internationale, calqué sur l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, qui considère que le droit applicable devant la Cour, et donc à une infraction internationale, peut être issu des principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales. Si cette possibilité n'avait pas été expressément prévue par les statuts des tribunaux pénaux internationaux, le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie n'a pas hésité à avoir recours aux droits pénaux nationaux notamment pour préciser les éléments constitutifs de certaines infractions visées dans son statut. Par un jugement de 1^{ère} instance en date du 10 déc. 1998, *Furunduzija*⁵, les juges internationaux ont par exemple estimé que le principe de légalité criminelle implique une définition claire et précise des comportements incriminés, et que lorsque le droit international conventionnel ou coutumier ne permet pas d'arriver à cette définition précise, la définition de l'infraction doit être cherchée dans les principes « *de droit pénal communs aux grands systèmes juridiques* »⁶.

Plus fréquemment, c'est la norme de sanction qui n'est pas internationale. Ainsi, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales considère qu'une condamnation pour crimes de guerre peut trouver à se justifier même si, à l'époque des faits, aucune sanction pénale n'était prévue par le droit international, dès lors que le droit national est venu par la suite prendre acte de l'interdit international existant au moment des faits.⁷ Ainsi, a été jugée conforme à l'article 7 de la CEDH, et au principe de légalité criminelle, la poursuite de crimes de guerre commis en 1944 et les sanctions prononcées sur la base d'une loi nationale de 1961, la Cour estimant que la figure des crimes de guerre existant au plan international au moment des faits, l'application d'une sanction nationale même postérieure trouvait à se justifier⁸.

⁵ TPIY, *Furunduzija*, Chambre de première instance, Jugement, 10 déc. 1998, § 177 et s. Pour un commentaire, v. A. Cassese, D. Scalia, V. Thalmann, *Les grands arrêts de droit international pénal*, Dalloz, 2010, p. 195.

⁶ Deux points étaient en discussion : il s'agissait de savoir si un homme peut être victime d'un viol et quelle doit être la nature de la contrainte constitutive de viol. La première question a reçu une réponse affirmative ; quant à la seconde interrogation, il fut décidé que la contrainte illicite ne renvoie pas seulement à l'usage d'un moyen coercitif, mais également à l'absence de consentement de la victime. Pour plus de détails, A. Cassese, D. Scalia, V. Thalmann, *Les grands arrêts de droit international pénal*, Dalloz, 2010, préc.

⁷ CEDH, 24 juillet 2008, *Kononov c/ Lettonie*, RSC 2009, p. 185, commentaire D. Roets, statuant sur l'applicabilité de la convention de la Haye de 1907; la solution été confirmée en grande chambre, CEDH, *Kononov c/ Lettonie*, 17 mai 2010, RSC 2010, p. 696, D. 2010. 2732, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail.

⁸ *Ibidem*

De ce qui précède, il convient sans doute de conclure que le critère de la source de l'infraction est insuffisant à comprendre le partage du champ répressif normatif, car l'infraction internationale peut tout à fait être définie à l'aide du droit national. Certes, ainsi qu'on a pu l'écrire, cette difficulté pourrait être surmontée si l'on veut bien admettre que la détermination d'un élément constitutif ou de la sanction par l'ordre national ne remet pas en cause la nature de l'infraction ; pour qu'une infraction soit considérée comme internationale, il suffirait que la volonté d'incrimination, autrement dit la force « créatrice de l'infraction », se soit manifestée au niveau international⁹. Il s'agirait ainsi de faire une différence entre l'incrimination et son effectivité¹⁰, l'absence de cette dernière ne faisant pas obstacle à l'existence et à la nature internationale de la première. Mais outre que ce critère volontariste conduit à une conception excessivement large de la notion d'infraction internationale, elle semble, méconnaître, du moins en partie, la structure de l'infraction. En effet, on ne peut véritablement considérer qu'un fait illicite, même international, constitue une infraction si aucune sanction, nationale ou internationale, au demeurant, ne lui est effectivement attachée.

2) La disparition de l'opposition national/international dans la source de l'incrimination

La source de l'incrimination renvoie à l'élément légal de l'infraction selon la règle *nullum crimen nulla poena sine lege*. Cette exigence de légalité est en général exprimée en droit interne mais également en droit international par différents instruments¹¹. Mais précisément ces textes font une exception au principe de légalité en droit pénal international. En effet, l'art. 7 §2 de la CESDH considère que « *Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* ». Il en va de même de l'article 49-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui reconnaît qu'un crime puisse exister en application des principes généraux des nations civilisées ; l'article 22 al. 3 du statut de Rome est dans le même sens lorsqu'il considère que le principe de légalité criminelle reconnu à l'alinéa 1^{er} ne doit pas s'opposer à ce qu'un comportement soit qualifié de crime au regard du droit international. Cette exception, qui rappelle le droit de Nuremberg, a été insérée afin de permettre la poursuite et le jugement des crimes contre l'Humanité qui n'avaient pas fait

⁹ Sur ce point C. Lombois, RSC 1996, *Chronique de droit pénal international*, p. 751.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Art. 7 CESDH ; art. 22 du statut de la CPI ; art. 49-1 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

l'objet de définition conventionnelle ni coutumière avant la deuxième guerre mondiale. Mais cela revient à dire que même en l'absence de source formelle d'incrimination, source nationale ou internationale, une infraction internationale peut néanmoins exister parce qu'elle constitue une atteinte au droit reconnu par les nations civilisées, comme si certaines infractions internationales existaient en application d'un ordre moral. Ce dernier n'est d'ailleurs pas nécessairement international, puisque ce sont les principes de civilisation qui sont en cause, du moins en application de l'article 7 de la CESDH¹². L'opposition national/international disparaissant face aux infractions qui heurtent des principes de civilisation, la distinction entre l'infraction nationale et internationale ne peut donc être fondée sur le critère formel de sa source.

B. La pertinence des critères matériels de distinction

Les critères formels étant insuffisants, la distinction entre infraction nationale et internationale semble devoir être axée sur des critères matériels rendant compte de la spécificité de l'infraction internationale. Il s'agit ainsi de déterminer ce qui en substance, permet à une infraction de basculer dans le giron des infractions internationales. Deux critères peuvent ici être proposés : le premier se réfère au mode de réalisation de l'infraction qui présenterait un élément d'extranéité (1) ; le second a trait à la valeur protégée par l'infraction, laquelle serait internationale (2).

1) L'infraction présentant un élément d'extranéité

L'infraction tout d'abord pourrait être qualifiée d'internationale lorsqu'elle présente un élément d'extranéité. Ainsi, une infraction deviendrait internationale parce qu'elle peut être rattachée à deux Etats au moins. Le rattachement de l'infraction à deux pays doit cependant être suffisamment fort, en ce sens que l'infraction doit porter concrètement atteinte à deux ordres publics nationaux distincts. Cette atteinte est tout d'abord caractérisée par rapport au contenu de l'infraction, autrement dit par rapport à ses éléments matériel et moral. L'élément moral étant difficile de localiser indépendamment de toute extériorisation, il semble alors raisonnable de conclure que l'infraction devient avant tout internationale par son mode de

¹² L'article 22 du statut de Rome se réfère quant à lui à des principes de droit international.

réalisation ou ses modalités d'exécution, c'est-à-dire lorsqu'elle se déroule au moins dans deux pays différents.

Le rattachement de l'infraction à un Etat par la nationalité semble plus difficile à établir. Il faut remarquer avant tout que la nationalité de l'auteur ou celle de la victime ne font pas partie à proprement parler de l'infraction, et qu'à cet égard, elles ne peuvent préjuger du caractère international de cette dernière. Mais ce constat n'est pas définitif, tant il est vrai que la personnalité renvoie, si ce n'est au contenu, du moins au contenant de l'infraction, à savoir son élément légal. Tel est du moins le choix du législateur français lorsqu'il considère que la loi pénale française est applicable aux infractions commises par un français à l'étranger, ou aux infractions dont la victime est française¹³. Malgré tout, il est encore délicat de conclure que l'infraction commise à l'étranger par un français ou sur un français viole à coup sûr la loi française et présente donc automatiquement une dimension internationale. En effet, l'illicéité d'un acte commis à l'étranger, autrement dit sa figure infractionnelle apparaît, sauf exceptions, par référence à la *lex loci delicti*, - c'est-à-dire indépendamment des éléments d'extranéité- et c'est ce qui justifie que, dans ce cas, l'application de la loi française reste, en principe, subordonnée la condition de réciprocité d'incrimination¹⁴.

L'analyse, qui se déduit du principe de territorialité matérielle de la loi pénale¹⁵, explique d'ailleurs que de nombreux auteurs considèrent que les infractions commises à l'étranger par ou sur des nationaux ne violent qu'une seule loi –celle du territoire concerné par l'infraction–, mais également que ces méfaits n'entraînent aucun trouble direct à l'ordre public dont l'auteur ou la victime sont les nationaux ; ou du moins que l'exercice de la compétence personnelle

¹³ Art. 113-6 et 113-7 C. pén.

¹⁴ Il existe des exceptions à cette règle. Tout d'abord, la condition de réciprocité n'est pas requise en matière criminelle, mais il semble que cette exception s'explique par le caractère naturel des infractions les plus graves. En ce sens, l'illicéité du comportement établi à l'étranger apparaît beaucoup plus par référence à un ordre moral commun que par référence à une loi étrangère, et donc par rapport à un aspect international. Ensuite, certaines infractions, et notamment celles de nature sexuelle commises sur des mineurs se passent également de cette condition de réciprocité (art. 222-22 et art. 222-27-1 C. pén., relatifs à l'agression sexuelle sur mineur et l'atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans moyennant rémunération). La gravité des faits conduit à la même conclusion que précédemment. Il est d'ailleurs particulièrement intéressant de remarquer que dans d'autres ordres juridiques, et particulièrement dans le droit espagnol ; cette question est plutôt abordée sous l'angle de la compétence universelle, ce qui montre bien que l'illicéité encore une fois ne dépend pas d'une quelconque loi étrangère (Ley de organización del poder judicial, art. 23-4, d., relatif à la prostitution et à la corruption des mineurs et incapables).

¹⁵ Art. 3 C. civ. Sur cette question, et la différence entre territorialité matérielle et formelle de la loi pénale, v. A. Huet, R. Koering-Joulin, Droit pénal international, préc., n° 122.

active ou passive n'a pas pour objet principal de sanctionner¹⁶. Ainsi, un vol commis à l'étranger par un français, ou un accident provoqué en France ayant causé la mort de citoyens de nationalité différente ne doivent-ils pas, malgré ces éléments d'extranéité personnels, être considérés comme des infractions internationales, dès lors que leur réalisation n'établit pas cette condition. Compte tenu de cette conclusion, les choses seraient sans doute plus claires si, à l'image de ce que l'on connaît en matière de compétence universelle, la compétence personnelle des tribunaux français apparaissait comme préalable à la compétence législative¹⁷.

Puisque l'infraction devient internationale par ses modalités d'exécution, il semblerait en réalité que l'on se trouve face à une infraction transnationale ou transfrontière. La difficulté relativement à ces infractions résulte du fait qu'elles ne semblent pas avoir d'espace répressif autonome, organisé. Soit, en effet, leur répression s'organise par voie conventionnelle classique (v. conventions sur trafic de stupéfiants ou traite des êtres humains notamment) soit elle relève d'un espace régional, plus ou moins intégré, comme cela peut être le cas avec les infractions dites transfrontière qui relèvent désormais de la compétence de l'Union européenne¹⁸ - soit enfin, la réponse pénale s'organise au niveau national en vertu des compétences extraterritoriales, et spécialement d'une extension de la compétence territoriale. Dans ce dernier cas, l'aspect international de l'infraction est largement négligé, puisque l'autorité de la chose jugée à l'étranger n'est pas reconnue¹⁹.

2) *L'infraction portant atteinte à une valeur internationale*

De manière assez naturelle, une infraction peut basculer dans le domaine de l'infraction internationale parce qu'elle porte atteinte à une valeur internationale, autrement dit à une

¹⁶ Par exemple, A. Huet, R. Koering, Droit pénal international, préc., n° 118 et s., ainsi que les auteurs cités. S'agissant de la compétence personnelle active, un auteur, D. Chilstein, Thèse, préc. n° 36 explique que si l'Etat dont l'auteur des faits est ressortissant a intérêt à la répression, celui-ci est « distinct de celui fondé sur le prétendu préjudice moral qu'il subit en raison de la mauvaise image véhiculée par les ressortissants indéliques. Il s'agit pour lui de ne pas abriter de malfaiteurs susceptibles de développer sur son propre territoire les agissements délictueux dont ils se sont déjà rendus coupables à l'étranger ». C'est dire en d'autres termes que l'exercice de la compétence personnelle active n'a pas pour objet de réparer le trouble causé à l'ordre public national – à défaut de quoi cette compétence ne pourrait être véritablement subsidiaire – mais de prévenir une atteinte future à l'ordre public.

¹⁷ Tel n'est pas le cas puisque le Code pénal considère que la loi pénale française est applicable lorsque l'infraction est commise à l'étranger par un français ou contre une victime française (art. 113-6 et 113-7 C. pén.).

¹⁸ Sur ce point, voir infra, sur l'infraction européenne.

¹⁹ Crim. 17 mars 1999, B. 44 ; Crim. 8 juin 2005, n° 174 ; Crim. 16 sept. 2007, JCP 2008, II, 10047, note M. Segonds

valeur qui intéresse la communauté internationale. Aussi, une infraction peut être internationale alors même qu'elle ne présente aucun élément d'extranéité, autrement dit qu'elle se commet sur le territoire d'un seul Etat. Tel est le cas des infractions justiciables de la Cour pénale internationale –crimes contre l'Humanité, génocide, crimes de guerre– lesquelles peuvent tout à fait se consommer indépendamment de tout élément d'extranéité.

La détermination des valeurs dites internationales peut poser des difficultés. D'emblée, il convient de préciser que le fait qu'une valeur soit universellement protégée, c'est-à-dire qu'elle donne lieu à incrimination de manière universelle, ne fait pas des infractions qui les protègent des infractions internationales. Par exemple, la vie est pénalement protégée par l'ensemble des systèmes pénaux ; pour autant, le meurtre qui constitue sans doute une infraction naturelle, n'est pas, par nature, une infraction internationale²⁰. Pour que l'infraction devienne internationale, la valeur protégée par cette dernière doit véritablement se situer au dessus des intérêts nationaux.

Plus précisément, l'infraction internationale est celle dont la réalisation menace ou porte atteinte à un ordre normatif supranational, quel que soit d'ailleurs le niveau d'internationalisation :

- **un niveau universel** : lorsque la paix ou la dignité de l'homme sont menacés ; et l'on pense aux infractions dites internationales par nature. La valeur protégée par l'infraction transcende les ordres publics nationaux parce que pour reprendre les termes d'un auteur elle constitue « le fondement même de la société internationale »²¹

- **un système régional** : lorsqu'un système de valeurs communes, suffisamment différencié se trouve menacé, comme dans le cas des infractions européennes. La valeur protégée par l'infraction internationale est ici immanente aux ordres publics nationaux : elle correspond à des valeurs communes que l'on décide de protéger en application d'une politique pénale commune.

En conclusion sur la séparation des espaces répressifs national et international, une infraction semble perdre le caractère national soit en raison de ses modalités d'exécution – autrement dit parce qu'elle se réalise de manière internationale–, soit en raison de sa nature,

²⁰ Sur la notion d'infraction naturelle, D. Chilstein, Thèse, préc., n° 92 et s.

²¹ C. Lombois, *Droit pénal international*, préc., n° 33.

parce qu'elle touche à une valeur internationale. Ainsi l'infraction internationale répond à deux logiques distinctes :

- une logique horizontale de territorialité (infraction internationale par son mode de réalisation) et
- une logique verticale de valeurs (infraction internationale par nature).

Ces deux logiques ne sont toutefois pas parfaitement cloisonnées, et il apparaît, notamment à travers l'étude des infractions européennes qu'elles peuvent se recouper en partie. Tel est le cas des infractions que le traité de fonctionnement de l'Union européenne qualifie de transfrontières²² : elles sont en effet internationales à la fois parce qu'elles sont susceptibles de concerner plusieurs Etats de l'Union mais également parce qu'elles portent atteinte à un ordre public européen en construction²³ et qu'elles se greffent donc sur un modèle normatif préexistant²⁴. Ainsi une catégorisation plus précise des infractions internationales se révèle nécessaire.

§ II. La catégorisation des infractions internationales (partage du champ répressif international)

Parmi les infractions internationales, plusieurs catégories peuvent être sériées qui correspondent à des espaces répressifs différents. Au plus haut niveau d'internationalisation se trouve l'infraction universelle, laquelle porte atteinte à toute la communauté internationale et entre dans la compétence des juridictions pénales internationales ou internationalisées (A). Au niveau régional, ensuite, se construit actuellement la notion d'infraction européenne qui répond à des logiques complexes de valeur ou de territorialité (B). Enfin, l'infraction transnationale ou transfrontière se dessine autour des infractions dont le mode de réalisation implique au moins deux Etats mais dont la particularité réside dans le fait qu'il ne leur correspond aucun espace répressif clairement différencié (C).

²² Art. 83 TFUE.

²³ Sur ce point, supra, infraction européenne.

²⁴ Sur cette terminologie et la notion d'infraction internationale par voie d'accessoire (à propos des normes conventionnelles qui se greffent sur un modèle normatif préexistant), D. Chilstein, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Thèse, Nouvelle bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2003, n° 116.

A. L'infraction universelle

L'infraction internationale par nature constitue la première parmi les infractions internationales à avoir fait l'objet d'un essai de synthèse. Le professeur Lombois considérait ainsi que ces infractions étaient au nombre de quatre : les crimes contre la paix, les crimes contre l'Humanité, le génocide et les crimes de guerre²⁵. Au-delà de cette liste que l'on retrouve presque toujours à l'identique, non seulement dans les analyses doctrinales mais également à travers les statuts des différentes juridictions internationales ou internationalisées, la notion d'infraction universelle répond à des critères de catégorisation spécifiques. Le premier critère de catégorisation auquel on pourrait songer, et qui a retenu l'attention des auteurs classiques, se réfère à l'auteur de l'infraction, car longtemps l'infraction universelle est apparue comme une forme particulière de criminalité d'Etat (1). Il semble cependant que cette approche soit désormais dépassée, et que c'est le contenu de l'infraction qui sert, avant tout, à l'identification de l'infraction universelle (2).

1) La catégorisation de l'infraction universelle par l'auteur de l'infraction

L'infraction universelle est souvent rapprochée de l'infraction d'Etat. Il est vrai que les liens entre ces deux types d'infraction (a) peuvent paraître évidents, les infractions universelles ayant été tout d'abord conçues comme celles commises en application d'une politique d'Etat. La spécificité de l'infraction universelle doit cependant être soulignée en la distinguant de la criminalité étatique (b).

a) Les liens entre l'infraction internationale par nature et la criminalité d'Etat

Le rattachement de l'infraction universelle à une criminalité d'Etat est une vieille tentation qui découle sans doute de la formation de cette matière. Outre que la doctrine classique associait volontiers les infractions internationales par nature à des infractions de droit public²⁶, le statut de Nuremberg a dans cette logique envisagé la poursuite des grands criminels agissant pour le compte des pays de l'Axe. Il s'en est lors déduit que les crimes contre l'Humanité impliquaient une politique d'hégémonie idéologique pratiquée au nom de l'Etat. Telle a été

²⁵ C. Lombois, *Droit pénal international*, préc., n° 147.

²⁶ Sur ce point, et la tendance à faire le lien entre infraction internationale par nature et criminalité d'Etat, C. Lombois, *Droit pénal international*, préc., n° 99 et s.

par exemple la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation, lorsque dans l'affaire Barbie²⁷, elle précisait en application du statut de Nuremberg que : «*Constituent des crimes contre l'humanité des actes inhumains et des persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes à raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition* ».

Ce lien entre l'Etat et l'infraction universelle semble cependant avoir été rompu par les statuts et la jurisprudence des tribunaux internationaux, ainsi que par le statut de Rome, puisque la consommation des infractions concernées n'implique nullement la caractérisation d'une action menée au nom d'un Etat. La seule infraction qui fait exception à la règle est celle du crime d'agression individuel puisque ce dernier n'est constitué qu'à la condition que la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution de l'agression ait été accomplie par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État²⁸. Pourtant, s'il est exact que la distinction entre responsabilité individuelle et responsabilité étatique est aujourd'hui acquise, les relations entre l'infraction universelle et la criminalité d'Etat n'en restent pas moins sujettes à discussion, tant il est vrai que l'un des critères de répartition du champ répressif judiciaire semble encore aujourd'hui reposer sur la qualité de l'auteur de l'infraction internationale, et particulièrement sur ses liens avec le pouvoir. Ainsi, le tribunal spécial pour la Sierra Leone ou les chambres extraordinaires du Cambodge limitent leur compétence *rationae personae* aux principaux responsables politiques²⁹ et les résolutions des Nations Unies organisant la clôture des travaux des juridictions pour l'ex Yougoslavie ou le Rwanda invitent à se concentrer sur les personnes ayant le plus haut rang politique³⁰.

Certes, l'infraction universelle suggère des liens avec une criminalité d'Etat ou des organisations comparables. Une partie de la doctrine considère d'ailleurs que ce qui fait la

²⁷ Cass. crim., 20 déc. 1985, B. 407 ; A. Cassese, D. Saclia, V. Thalmann, *Les grand arrêts du droit pénal international*, préc., p. 185 et s.

²⁸ Très précisément, l'article 8 bis du statut de Rome adopté à Kampala définit le crime d'agression comme la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies.

²⁹ Art. 1^{er} statut du tribunal spécial pour la Sierra Leone ; art. 1^{er} de la loi du 10 août 2001 portant création des chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens.

³⁰ Résolution 1534 du Conseil de sécurité des Nations Unies.

différence entre un crime de droit commun et un crime de droit international par nature est précisément que cette criminalité met en cause l'appareil d'Etat. Le fait que le crime contre l'humanité et les crimes de guerre dans certains cas impliquent des actes menés contre la population civile en serait la meilleure preuve³¹. Il est ainsi avancé qu'une différence doit être faite entre la mise en application d'une politique d'Etat –qui tomberait sous le coup d'une qualification de droit international– et une politique de terreur par un groupe autre, groupe terroriste, cartel de drogue, précisément parce que la fonction de ces groupes n'est pas de protéger les populations civiles³². Ces dernières infractions, pour graves qu'elles soient, relèveraient de l'ordre répressif, normatif et judiciaire, national.

L'analyse peut se comprendre. Si le système de justice international ou internationalisé a pour objet de lutter contre l'impunité, il lui revient surtout de lutter contre les impunités les plus choquantes, ce qui est évidemment le cas lorsque l'infraction est commise par des dirigeants en application d'une politique d'Etat³³. Chargée de lister les critères permettant d'apprécier la gravité d'une infraction internationale, la Commission de droit international soulignait que le fait qu'une infraction ait été commise avec le couvert de l'Etat, et donc par des fonctionnaires d'Etat, devait être pris en considération³⁴. Au reste, c'est bien à l'égard des principaux responsables politiques que la volonté de véritablement poursuivre et juger les faits peut être mise en cause au niveau national, ce qui justifie la compétence d'une juridiction internationale. C'est ce qu'a rappelé le rapport du Conseil de sécurité de l'ONU sur la saisine de la Cour pénale internationale de la situation au Darfour. Ce rapport souligne en effet la difficulté d'enquêter ou de poursuivre les personnes en position d'autorité et qui contrôlent l'appareil d'Etat³⁵. Et ce qui est vrai pour le juge territorialement compétent, l'est également pour le juge étranger exerçant une compétence universelle puisque l'on sait que les immunités

³¹ En ce sens, v. opinion dissidente juge Hans-Peter Kaul à propos d'une décision de la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale, 31 Mars 2010, rapportée par G. Biti, *Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale*, RSC 2010, p. 973.

³² *Op. cit.*, loc. cit.

³³ On doit d'ailleurs observer qu'une très grande partie des statuts des juridictions internationales ou internationalisées prend le soin de régler les questions relatives aux immunités des officiels et d'assouplir les conditions de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, lesquels sont responsables non seulement en cas d'action mais également en cas d'omission en raison de leur devoir d'agir. Ainsi, il semblerait que les dirigeants politiques soient sinon en droit, du moins en fait, les principaux justiciables des juridictions internationales.

³⁴ Ann CDI 1995, Vol II, 2^{ème} partie, p. 26, §90. Pour un détail des différents critères, v. J. MBOKANI, *L'impact de la stratégie de poursuite du procureur de la Cour pénale internationale sur la lutte contre l'impunité et la prévention des crimes de droit international*, *Droits fondamentaux*, n° 7, janv. 2008, p. 21 et s.

³⁵ Report on the International Commission on inquiry on Darfur to the United States, Secretary General, 25 janv. 2005. Pour une étude de ce rapport, M. Delmas-Marty, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal*, RSC2005, p. 473.

diplomatiques ne peuvent être opposées aux juges nationaux, même en ce qui concerne les infractions les plus graves³⁶.

Il faut pourtant se garder de confondre les questions de compétence, voire de sélection des juges et les questions de qualification. Si les juridictions compétentes sont souvent conduites à traiter des infractions commises par des dirigeants politiques et donc à connaître des infractions en relation avec une criminalité d'Etat, c'est simplement parce que les juridictions pénales internationales ou internationalisées, constituent non seulement un système de justice spécial – raison pour laquelle elles connaissent des infractions universelles- mais que leur œuvre doit également être exemplaire. A cet égard, elles doivent se concentrer sur les affaires les plus marquantes et graves, ce qui est précisément le cas lorsque l'infraction est commise en application d'une politique d'Etat. Ce n'est pas dire pour autant que l'infraction internationale ne peut exister indépendamment de cette condition. Si le débat a été relancé il y a peu relativement aux crimes contre l'humanité, la chambre préliminaire n° II de la Cour pénale internationale a néanmoins rappelé dans une décision en date du 31 mars 2010³⁷ que l'attaque généralisée ou systématique peut, conformément au statut de Rome, être conduite soit au nom d'une politique d'Etat, soit au nom de toute autre organisation, comme un groupe rebelle suffisamment organisé, par exemple. Ainsi la qualification d'infraction universelle ne dépend nullement du lien qu'elle entretient avec un Etat.

b) Distinction entre infraction internationale et infraction d'Etat

Pour que la responsabilité de l'Etat et donc la criminalité d'Etat puisse être caractérisée, le lien de rattachement entre le fait illicite international et ce dernier doit être suffisant. Concrètement, cette exigence implique que l'Etat exerce un contrôle sur les personnes ou les troupes qui se sont rendues coupables de crimes universels. Mais en tout état de cause la responsabilité encourue par l'Etat ne sera pas une responsabilité pénale, et elle ne pourra être engagée que devant la Cour internationale de justice qui est compétente pour juger les manquements des Etats à leurs engagements internationaux. La responsabilité des Etats se fondera donc sur une convention ou une coutume internationale reconnaissant l'illicéité du

³⁶ CIJ, 14 février 2002, affaire du mandat d'arrêt c/ Rep. Dem. Congo, Rev. Gén. De droit Public 2002, p.425, note G. Weckel ; Cass. crim., 13 mars 2001, Affaire Kadhafi, Dalloz, 2001, jurisp., p. 2633.

³⁷ G. Biti, chron. précitée., RSC 2010, p. 973 et s.

comportement en cause, comme la convention sur la prévention et la répression du génocide de 1948.

Cette différence fondamentale entre responsabilité personnelle et responsabilité internationale de l'Etat a été soulignée dans un arrêt du 26 Sept 2007³⁸, arrêt à l'occasion duquel la Cour internationale de justice a rappelé qu'il n'appartient pas aux tribunaux pénaux internationaux de se prononcer sur les conditions de responsabilité des Etats. A l'occasion de cette affaire, la CIJ revenait sur une décision du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie par laquelle les juges pénaux s'étaient prononcés sur le rattachement des actes de génocide à la Serbie. Pour ce faire, le TPIY utilisa un critère d'imputation (le contrôle global des opérations menées) différent des critères de rattachement plus étroits dégagés par la CIJ³⁹, l'idée étant de permettre un assouplissement des conditions de la responsabilité internationale des Etats. Or, le TPIY fut rappelé à l'ordre par la CIJ qui indiqua que les tribunaux pénaux internationaux n'ont pas à se prononcer sur les critères de responsabilité des Etats ni sur les questions du droit international général qui sont étrangères à l'analyse pénale des faits. C'est dire encore une fois que l'espace international général et l'espace répressif international sont clairement dissociés en sorte que le critère de catégorisation de l'infraction universelle doit être sondé dans le contenu même de l'infraction plutôt que dans l'auteur de cette infraction.

2) La catégorisation de l'infraction universelle par le contenu de l'infraction

Ce qui fait la particularité de l'infraction universelle se trouve sans doute dans sa substance ou sa nature. Plus spécialement, deux éléments semblent distinguer les infractions universelles. Tout d'abord, la valeur à laquelle ces infractions portent atteinte, car naturellement les infractions universelles ont ceci de singulier qu'elles heurtent « *les fondements même de la société internationale* »⁴⁰ (a). Vient ensuite le contexte infractionnel dans lequel elles se

³⁸ CIJ, 26 sept. 2007, A.-L. Téani, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ?*, RSC 2007, p. 765 et s.

³⁹ La CIJ en effet faisant référence au critère du contrôle effectif sur les opérations militaires. Ce dernier a été dégagé en 1986 lors de affaire dite des contras au Nicaragua (opposant au régime sandiniste avec le soutien des Etats-Unis) et rappelé en 2007. Il fait d'ailleurs l'objet d'une appréciation étroite puisqu'il a été jugé en 1986 que l'assistance, l'équipement et autres formes de financement ne permettent pas de caractériser un contrôle effectif sur les opérations.

⁴⁰ C. Lombois, *Droit pénal international*, préc., n° 33.

commettent, car ces infractions se déroulent dans un environnement et selon des modalités tout à fait particulières qui évoquent une criminalité de masse ou à grande échelle (b).

a) *La valeur protégée par l'infraction universelle*

Le premier élément qui permet de catégoriser l'espace répressif international et de faire le départ entre les infractions universelles et d'autres infractions internationales, réside dans la valeur protégée par l'infraction. La légitimité de l'espace répressif universel, et celle d'une justice pénale ayant cette même vocation⁴¹ réside *a priori* dans le résultat de l'infraction qui porte atteinte à la communauté internationale dans son ensemble. A cet égard, la valeur première, fondatrice, qu'il convient de protéger réside dans la dignité de la personne humaine : tel est l'objet des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre qui se consomment par la réalisation d'actes inhumains, mais également du génocide qui consiste à s'attaquer à un groupe pour l'exclure de l'humanité.

La référence au concept de dignité de la personne humaine est particulièrement prégnante dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux qui a conduit à une extension de la compétence de ces juridictions. Parmi une jurisprudence riche, on peut citer spécialement l'arrêt *Furunduzija*⁴² ayant considéré que la pénétration orale constitue un viol parce qu'elle porte atteinte à la dignité de la personne humaine et qu'il s'agit d'un acte particulièrement humiliant et dégradant. On peut aussi se référer à l'affaire *Aleksovski*⁴³ où le TPIY a statué que les crimes contre l'humanité doivent être définis par référence à la notion de traitements inhumains et dégradants dégagés par la CEDH, autrement dit par référence aux dispositions qui protègent la dignité de la personne humaine. Et c'est également dans le prolongement de cette logique que l'on comprend la définition ouverte du crime contre l'humanité à laquelle a souscrit le statut de Rome lorsque son article 7 dernier alinéa estime que ce crime peut être

⁴¹ Si, conformément à la nature conventionnelle du statut de Rome, la compétence de la Cour pénale internationale est limitée territorialement (l'infraction doit avoir été commise sur le territoire d'un des Etats parties) et quant aux personnes (l'infraction doit avoir été commise par un ressortissant des Etats parties ou contre une ressortissante d'un Etat partie), la Cour peut néanmoins être saisie, à la demande du Conseil de sécurité des Nations Unies, quels que soient l'Etat de commission des faits et la nationalité des auteurs et victimes en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression (art. 15, b, statut de Rome).

⁴² Préc. Pour un commentaire, v. *Les grands arrêts du droit pénal international*, préc., p. 195 et s.

⁴³ Chambre de première instance I bis, Jugement, 25 juin 1999, §47.

consommé au-delà des actes visés par le statut, dès lors que l'acte inhumain en cause est d'une gravité comparable à ceux précédemment visés.

Cette méthode d'interprétation constructive peut naturellement entrer en conflit avec le principe de légalité criminelle et celui de l'interprétation stricte de la loi pénale, également consacrés par le statut de Rome⁴⁴ et les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme⁴⁵. Ce conflit semble cependant avoir été prévu par les Etats, et résolu au profit de l'interprétation constructive puisque l'article 22 du statut de Rome, mais également l'article 7 § 2 de la CEDSH et l'article 49,2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne écartent l'argument de la légalité criminelle lorsque le méfait est contraire aux principes généraux des nations civilisées⁴⁶. Si cette analyse, qui laisse une part à l'insécurité juridique peut être contestée, elle permet cependant de souligner que la nature des infractions est primordiale dans la répartition du champ répressif, et que dès l'instant où la valeur internationale de référence se trouve en cause, l'infraction doit être considérée comme universelle et, de ce fait, justiciable des juridictions pénales internationales.

Alors que la dignité de la personne humaine apparaît au centre des infractions universelles, la question se pose de savoir si d'autres valeurs ou intérêts internationaux peuvent également se trouver au fondement de cette catégorie particulièrement d'infractions : ainsi de la paix ou de la sécurité qui seraient par exemple sauvegardées par les incriminations d'agression et de celle de terrorisme, mais également par certains grands trafics comme la traite des êtres humains.

S'agissant en premier lieu du crime d'agression, il convient de constater que cette infraction a toujours été classée parmi les infractions internationales par nature⁴⁷, autrement dit universelles, et qu'elle sera, d'ici quelques années, justiciable de la Cour pénale internationale⁴⁸. L'inclusion de cette infraction parmi les infractions universelles semble de prime abord assez logique. Tout d'abord, l'agression implique un contexte infractionnel

⁴⁴ Art. 22.

⁴⁵ Art. 7 CEDSH ; art. 49, 1 CDFUE.

⁴⁶ Art. 7 §2 CEDH ; art. 22 Statut de Rome considérant qu'une infraction peut être qualifiée de criminelle au regard du droit international indépendamment du présent statut.

⁴⁷ Par exemple, TMI évoquera, dans les motifs de son jugement, l'unanime résolution du 18 février 1928 par laquelle vingt et une Républiques américaines déclaraient que « la guerre d'agression constitue un crime international contre les espèces humaines. Sur ce point, O. Beauvallet, Benjamin Ferencz et la lente répression du crime d'agression, RSC 2009, p. 749.

⁴⁸ Cette compétence pourra s'exercer à partir du 1^{er} janvier 2017, conformément à l'article de 15ter du statut de Rome inséré en application de la résolution RC/Res.6 du 11 juin 2010

particulier puisqu'elle marque le déclenchement des hostilités, et donc préfigure la situation de guerre. Ensuite, si l'agression ne vise pas directement la protection de la dignité de la personne humaine –mais plutôt la souveraineté des Etats– elle participe néanmoins à la paix internationale, laquelle constitue une des valeurs phares du droit international pénal. Le préambule du statut de Rome est à ce titre instructif : non seulement il reconnaît que les crimes internationaux sont ceux qui menacent la paix, mais il rappelle également l'interdiction faite aux Etats de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de tout autre manière incompatible avec le but des Nations Unies⁴⁹. On peut cependant regretter l'étroitesse de la définition de l'agression adoptée à la conférence de Kampala⁵⁰. A en croire cette dernière, l'acte d'agression tombant sous la juridiction de la Cour pénale internationale est celui dont la nature, la gravité ou l'ampleur constitue une violation manifeste de la charte des Nations unies⁵¹. Or, compte tenu de cette définition, tomberont sans doute sous cette qualification des actes qui pourraient, par ailleurs, être également constitutifs d'autres crimes internationaux et particulièrement de crimes contre l'humanité. Si donc le crime d'agression trouve toute sa place devant la Cour pénale internationale compte tenu de ses éléments généraux de catégorisation, c'est encore à la condition que sa définition soit étendue à tous les actes d'agression injustifiés⁵². Dans le cas contraire, il ne devrait relever que de la seule compétence de la Cour internationale de justice, car peu utile au plan pénal⁵³. En effet, si l'on conçoit que la gravité de l'infraction puisse être considérée comme un critère de répartition du champ judiciaire répressif, il semble en revanche excessif de l'ériger en critère de qualification de l'infraction universelle⁵⁴.

⁴⁹ Préambule du statut de Rome, §7 et 8.

⁵⁰ Pour une étude de cette définition, E. Salmon, *Le crime d'agression après Kampala : souveraineté des Etats et lutte contre l'impunité*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Cujas, 2011, p. 311.

⁵¹ Art. 8 bis du statut de Rome, ajouté conformément à la résolution RC/Res.6 du 11 juin 2010.

⁵² Sur les lacunes de cette définition, E. Salmon, *Le crime d'agression après Kampala : souveraineté des Etats et lutte contre l'impunité*, préc., p. 322 et s.

⁵³ Sans doute la valeur symbolique du droit pénal est importante notamment en ce qui concerne une matière aussi sensible que le droit pénal international. Le droit criminel, cependant, ne peut se contenter d'être symbolique, il doit avoir une utilité réelle.

⁵⁴ Sur cette différence, v. B, I.

S'agissant en second lieu d'infractions de terrorisme ou des grands trafics, leur qualification en infraction universelle soulève des questions différentes. Tout d'abord parce que, historiquement, ces infractions n'ont jamais été analysées comme telles. Pareille approche, soutenue par certains auteurs est relativement moderne et s'appuie sur la volonté de l'ensemble des Etats de lutter efficacement contre cette criminalité qui constitue une nouvelle menace contre la paix et le bien être international⁵⁵. Mais, ainsi qu'en témoigne l'échec des propositions faites pour étendre la compétence de la Cour pénale au terrorisme ou au trafic international de stupéfiants, cette position ne va pas de soi⁵⁶, et ce d'autant moins que les Etats peinent à se mettre d'accord sur le contenu exact de ces infractions⁵⁷. Ainsi en est-il tout particulièrement du terrorisme qui n'a pas encore reçu de définition internationale suffisamment précise.

Ensuite, techniquement, ces infractions d'une gravité particulière et communes aux Etats, ne troublent pas nécessairement la communauté internationale en ce sens que leur mode de réalisation n'est pas de nature à menacer l'ensemble de la communauté internationale. C'est qu'en effet, la référence à la valeur protégée par l'infraction, dont on pourra toujours trouver une certaine idée de naturalité et donc d'universalité⁵⁸, n'est pas suffisante pour définir l'infraction universelle. Encore faut-il que cette valeur soit atteinte selon des modalités particulièrement graves⁵⁹, qui sont elles-mêmes négatrices des valeurs internationales de référence. Ainsi, l'infraction universelle est celle dont l'exécution s'inscrit dans un contexte de généralisation, de système ou de conflit que l'ordre public international ne peut tolérer, non seulement parce qu'il lui porte directement atteinte mais également parce qu'il met en cause son effectivité.

⁵⁵ Pour un état des lieux, P. Pazartzis, *La répression pénale des crimes internationaux, Justice pénale internationale*, Cours et travaux, n° 8, ed. Pédone, 2007, p. 23 et s.

⁵⁶ Sur ces différentes propositions, G. Poissonier, *La Conférence de révision du Statut de la Cour pénale internationale de Kampala, en Ouganda, du 31 mai au 11 juin 2010*, D. 2010, p. 1155.

⁵⁷ On peut ici faire un parallèle avec la position des auteurs qui considèrent qu'un des critères de l'infraction internationale réside dans le fait que le méfait soit défini par une coutume internationale,

⁵⁸ Sur ce point, D. Chilstein, *Droit pénal international et lois de police*, préc., n°116 et s., soulignant que la catégorie des infractions dites naturelles, laquelle semble être au fondement du système répressif international n'est pas homogène.

⁵⁹ Ce critère de gravité est particulièrement important dans la répression des infractions internationales universelles. Et l'on note que tous les préambules des statuts des juridictions pénales internationales prennent le soin de préciser que leur compétence concerne les crimes les plus graves qui soient.

b) *Le contexte infractionnel*

L'importance du contexte infractionnel comme élément de catégorisation des infractions universelles apparaît d'abord de manière concrète. On observe en effet que les tribunaux pénaux internationaux et les juridictions pénales internationalisées ont été mises en place à la suite d'un conflit spécifique, ce qui explique d'ailleurs que leur compétence soit territorialement et temporellement limitée.

Mais ce contexte particulier apparaît également dans les statuts, et particulièrement dans le statut de la Cour pénale internationale de manière plus abstraite, à travers les éléments constitutifs des infractions. On observe en effet que ces infractions rappellent toujours un contexte infractionnel particulier : situation ou déclaration de guerre pour les violations du droit humanitaire et l'agression ; attaque généralisée ou systématique pour les crimes contre l'humanité, ce qui naturellement évoque la notion d'infraction de masse pour laquelle, au fond, semble être fait le système international. Il est d'ailleurs notable que s'agissant des crimes de guerre, l'article 8 du statut de Rome invite à une sélection des affaires relevant du système international puisqu'il y est indiqué que la compétence de la Cour doit être retenue particulièrement lorsque les crimes en question participent d'une politique ou d'un plan, ou lorsqu'ils sont commis à grande échelle.

La seule infraction qui tait ce contexte particulier est le génocide défini comme « *des actes commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* »⁶⁰. Pour autant le critère contextuel, dont l'absence marque sans doute une lacune du droit pénal international⁶¹, n'en apparaît pas moins en filigrane. Il convient d'observer tout d'abord que la définition internationale du génocide vise toujours une pluralité de victimes (les membres du groupe), ce qui dans les faits suppose une certaine méthode dans la commission des actes incriminés. Ensuite, cette infraction exige une intention particulière, celle de détruire tout ou partie d'un groupe, intention qui, dans les faits, ne pourra bien souvent être établie que s'il existe une attaque systématisée ou généralisée.

⁶⁰ Art. 6 du statut de Rome. Remarquons toutefois que la définition française du génocide fait quant à lui état d'un plan concerté, à défaut duquel cette qualification n'est pas envisageable, v. art. 211-1 C. pén.

⁶¹ Sur ce point, H. Asencio, *Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal. A propos de la loi du 9 août 2010*, JCP 2010, n° 37, p. 1691-1698.

Le fait que ce contexte particulier soit exigé est important et permet de faire la différence entre ce qui relève de la violation de droits fondamentaux et du droit pénal international. Une violation des droits de l'Homme pour grave qu'elle soit, ne sera pas nécessairement considérée comme une infraction universelle dès lors qu'elle ne s'inscrit pas dans un contexte particulier. Tel est le cas de la torture, par exemple.

La torture, dont l'interdit est posé par l'article 3 de la CESDH et qui constitue selon la Cr EDH une règle du *jus cogens*⁶², est sans doute une infraction internationale, en ce sens qu'elle porte atteinte à une valeur internationale, la dignité de la personne humaine. Pour autant, cette infraction ne peut être considérée comme une infraction universelle que si elle s'inscrit dans des circonstances particulières, de guerre, d'attaque généralisée ou systématique ou de volonté génocidaire, comme l'indique d'ailleurs le statut de Rome⁶³. C'est sans doute pour cette raison que le régime particulier des infractions universelles n'est pas automatiquement étendu aux violations des droits de l'Homme, notamment en termes de prescription ou de lois d'amnistie⁶⁴.

La même conclusion s'impose relativement à des attaques terroristes qui ne seront considérées comme des infractions universelles que si elles sont commises dans un contexte particulier de guerre contre les populations civiles ou si les attaques sont dirigées contre une catégorie particulière de la population. Dans ces cas cependant, il convient de remarquer que la spécificité de l'infraction de terrorisme, à savoir l'atteinte à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, s'efface au profit du caractère inhumain de l'infraction internationale, ce qui

⁶² CEDH, 18 déc. 1996, Aksoy, c/ Turquie, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, p. 2278, § 62 ; 28 juillet 1998, Selmouni c/ France, , req. n° 25803/94, § 95, CEDH 1999-V. Dans ces deux arrêts, les juges ont en effet souligné que « *même dans les circonstances les plus difficiles, telles la lutte contre le terrorisme ou le crime organisé, la Convention (européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales) prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

⁶³ Ainsi, les articles 7 et 8 du statut prévoient respectivement le crime contre l'Humanité et le crime de guerre par tortures. L'article 6 relatif au génocide n'y fait pas expressément référence. Se trouve néanmoins visée l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe ce qui naturellement permet de prendre en compte les actes de torture, et plus largement tous les traitements inhumains et dégradants commis à leur encontre.

⁶⁴ Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation semble faire une différence entre les infractions internationales (qui répondent à un régime juridique particulier) et les infractions de droit commun, comme les actes de torture en considérant que ces dernières peuvent faire l'objet d'une loi d'amnistie. La Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas aussi catégorique en jugeant que des actes de torture, dont l'interdiction relève du *jus cogens* ne peuvent être valablement amnistiés, et donc échapper à l'exercice d'une compétence universelle, du moins si aucun processus de réconciliation national n'est clairement identifié (v. CEDH, 17 mars 2009, RSC 2010, p. 353). Sur ce point, v. infra, sur la validité des lois d'amnistie.

peut par exemple expliquer que l'acte de terrorisme ne soit presque jamais mentionné au titre des actes constitutifs des infractions universelles⁶⁵, contrairement à la torture.

B. L'infraction européenne

La notion d'infraction européenne est spécialement floue et imprécise. Elle l'est à un double titre : d'abord parce qu'il semble que cette catégorie n'est pas, contrairement aux infractions universelles, une catégorie homogène (1). Ensuite parce que la structure de ces infractions est particulière, qui ressemble davantage à une infraction cadre qu'à une infraction au sens classique du terme (2).

1) Eclatement de l'infraction européenne

Les infractions que l'on voudrait qualifier d'européennes peuvent être sériées en deux types d'infractions distinctes. Les infractions contre l'Union européenne sont celles qui portent atteinte à un ordre européen préétabli : elles sont dans l'ordre européen l'équivalent des infractions universelles, car leur existence est fondée sur un système de valeurs suffisamment identifié et autonome. Cette première approche semble tout à fait logique tant il est vrai que le droit pénal se construit sur un système de valeurs sociales. A côté de ces infractions européennes par nature (a) apparaît cependant une série d'infractions à l'encontre desquelles une réponse européenne est organisée et qui peut donc également prétendre à la qualification d'infraction européenne. Ces infractions sont européennes avant tout parce qu'elles font l'objet d'une politique pénale européenne et que leur source est en conséquence d'inspiration européenne. Bref, ce sont des infractions dont la réponse pénale est organisée au niveau européen (b). Si actuellement aucune différence n'est véritablement établie entre ces différentes catégories d'infractions, il semble cependant qu'elle puisse servir à la détermination de règles juridiques différentes.

⁶⁵ On retiendra néanmoins que le statut du tribunal international pour le Rwanda vise les actes de terrorisme, au titre de la violation de l'article 3 commun aux conventions de Genève et au protocole additionnel II (art. 4 du statut du TPIR)

a) *L'infraction européenne par nature (infraction contre l'Union européenne).*

L'infraction européenne par nature est l'infraction qui porte atteinte aux intérêts de l'Union. En l'état actuel du droit, deux séries d'infractions semblent relever de cette catégorie : les infractions contre les intérêts financiers de l'Union (α) et les infractions contre les politiques européennes(β).

α) les infractions contre les intérêts financiers de l'Union.

Cette catégorie d'infractions est la première à avoir fait l'objet d'une réflexion doctrinale et un essai de conceptualisation autour du concept d'« eurodélit »⁶⁶. Elle regroupe les comportements qui portent atteinte aux intérêts économiques et financiers de l'Union tels que la fraude aux intérêts de l'Union, la corruption de fonctionnaires de l'Union et les abus commis par les fonctionnaires européens dans le cadre de leurs missions ainsi que le blanchiment consécutif à ces infractions⁶⁷. Curieusement cette catégorie particulière d'infractions ne se retrouve pas en tant que telle au sein des dispositions qui organisent le pouvoir normatif des instances européennes. L'article 83 du TFUE, en effet, ne se réfère qu'aux infractions graves présentant une dimension transfrontière ou aux infractions nécessaires à l'efficacité des politiques communes. Il faut se reporter aux dispositions relatives aux missions et aux fonctions d'Eurojust pour que les infractions contre les intérêts financiers de l'Union européenne soient nommées en tant que telles. Ainsi, après avoir précisé que « *La mission d'Eurojust est d'appuyer et de renforcer la coordination et la coopération entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites relatives à la criminalité grave affectant deux ou plusieurs États membres ou exigeant une poursuite sur des bases communes* », l'article 85 du TFUE précise que cette mission peut comprendre le déclenchement d'enquêtes pénales ainsi que la proposition de déclenchement de poursuites conduites par les autorités nationales compétentes, en particulier celles relatives à des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Quant à l'article 86 du TFUE, il prévoit que le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure

⁶⁶ *Corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne : introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union, sous la dir. de M. Delmas-Marty, Paris, Economica, 1997.

⁶⁷ Le corpus juris proposait de prendre en compte 8 catégories d'infractions: la fraude au budget communautaire, la fraude à des procédures communautaires d'adjudication, le blanchiment d'argent et le recel, l'association de malfaiteurs en vue de porter atteinte aux intérêts financiers de la communauté, la corruption (active ou passive), la malversation, l'abus de fonctions, la révélation de secrets officiels.

législative spéciale, peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust et ce pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union⁶⁸.

La difficulté résultant de cette manière d'aborder la notion d'infraction contre l'Union européenne apparaît immédiatement : si cette catégorie d'infraction existe sans conteste, elle n'est pas en tant que telle visée par l'article 83 du TFUE, article qui pourtant constitue la base légale de la compétence législative européenne. Certes, à défaut de viser cette catégorie spécifique, l'article 83 du TFUE comprend des infractions qui peuvent porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union, soit par nature –fabrication de fausse monnaie– soit en raison des circonstances de sa commission –corruption par exemple–. Mais la coïncidence entre les infractions pouvant être définies au niveau européen et la notion d'infraction contraire aux intérêts financiers de l'Union ne saurait être totale. On note particulièrement que des infractions considérées comme naturellement contraires aux intérêts de l'Union par le *corpus juris* ne figurent pas dans la liste dressée à l'article 83 du TFUE : ainsi de l'abus de fonctions, de la malversation ou de la révélation de secrets officiels, par exemple.

La situation peut paraître étrange relativement à des infractions qui sont par nature européennes : ne faut-il pas que ces dernières, plus que toutes autres, soient définies au niveau européen, les Etats n'ayant d'autre choix que d'adhérer à la définition européenne de l'infraction ? Une réponse affirmative paraîtrait assez logique. Pourtant, s'agissant des infractions qui protègent les intérêts de l'Union, la participation répressive des Etats à la sauvegarde de l'ordre public européen se trouve nécessairement assurée par des mécanismes de droit international et particulièrement en vertu de la primauté du droit de l'Union, sans que la compétence législative de l'Union n'ait besoin d'être mobilisée. Le principe de primauté du droit de l'Union a été dégagé dès 1964⁶⁹ et signifie que l'ordre, hier « communautaire », aujourd'hui de l'Union, prévaut, par nature, sur le droit national. Or, de ce principe, la CJCE en a déduit l'obligation des Etats de coopérer loyalement, en les obligeant à adopter des sanctions adéquates –et du moins dans des conditions analogues à celles rencontrées en droit

⁶⁸ Une partie de la doctrine a considéré que cette disposition donnait un pouvoir normatif à l'Union européenne. Pareille analyse semble cependant excessive ou du moins incertaine dans la mesure où l'article 86 ne fait aucune référence directe à ce pouvoir. Sur ce point, C. Sotis, *Criminaliser sans punir, Réflexion sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirect) de l'Union européenne prévu par le Traité de Lisbonne*, RSC 2010, p. 773 et s. , spéc., p. 783 et s

⁶⁹ CJCE, 15 juillet 1964, Costa, 6/ 64, Rec. CJCE, p. 585.

interne– en cas de violation du droit de l’Union⁷⁰, ces sanctions pouvant être de nature pénale. Aussi, on comprend qu’en ce domaine où il est question d’assurer la protection pénale des intérêts de l’Union, et particulièrement ses intérêts économiques et financiers, la reconnaissance d’une compétence législative du Parlement et du Conseil n’est pas nécessaire. La participation pénale des droits internes à la sanction des infractions européennes est en effet assurée par l’obligation de pénalisation adéquate, obligation à laquelle les Etats souscrivent notamment grâce au principe d’assimilation⁷¹.

Sans doute, le principe de pénalisation adéquate, auxquels les Etats se plient à travers la règle d’assimilation peut sembler imparfait. Et l’on a souligné qu’il ne permet pas de remédier aux disparités répressives nationales, et donc de garantir une harmonisation des infractions contre les intérêts financiers de l’Union. Or, c’est sans doute en ce domaine que l’unité a le plus besoin d’être assurée : s’agissant d’intérêts qui dépassent les Etats, et qui sont par nature européens, on ne conçoit guère qu’il existe des différences répressives au sein des pays membres de l’Union. Pourtant, en accordant aux organes de l’Union le pouvoir d’harmoniser les définitions et sanctions des infractions *a minima*, le traité de Lisbonne ne permet pas de totalement corriger cet écueil. A cet égard, le traité de Lisbonne semble s’être arrêté à mi-chemin : il aurait fallu clairement donner aux organes de l’Union le pouvoir de définir avec précision les infractions portant atteinte aux intérêts de l’Union, particulièrement financiers, afin que la sauvegarde des intérêts européens soit assurée à l’identique sur tout le territoire européen.

Etant dans le domaine d’une infraction européenne par nature, on comprend, en revanche, que la réponse pénale à l’infraction puisse s’organiser de manière active au niveau européen. Ainsi il semble tout à fait logique que les infractions contre les intérêts financiers de l’Union

⁷⁰ Pour un exemple récent relativement à des recours organisés de manière distincte deux procédures de mise en cause de responsabilité des Etats, devant le tribunal constitutionnel ou la CJUE, CJUE, arrêt du 26 janvier 2010, Transportes Urbanos, C-118/08

⁷¹ Le principe d’assimilation consiste à octroyer à une situation internationale et spécialement à un agent international le même statut pénal que celui réservé aux nationaux. Ainsi, en France la loi L. 2000-595 du 30 juin 2000 et la loi 2007-1598 du 13 novembre 2007 ont étendu aux fonctionnaires de la communauté européennes les infractions de corruption. Sur l’ensemble de la question, R. Vanni, *Le droit pénal français face à la corruption internationale : un bilan controversé*, Mémoire Paris I, 2009/2010, etic-intelligence.com/media/extra/20100908_M%A9moire%20Romain%20Vanni.pdf.

apparaissent dans les dispositions relatives aux fonctions d'Eurojust⁷² et du futur parquet européen⁷³. Naturellement, si la création d'un tribunal pénal européen aboutit, ce sont les infractions contre les intérêts financiers de l'Europe qu'il lui reviendra en tout premier lieu de juger.

β) Les infractions contre les politiques européennes

L'article 83.2 TFUE qui donne compétence à l'Union en matière pénale précise que le parlement européen et le Conseil peuvent adopter des règles minimales de définition et de sanction des infractions lorsque cela est indispensable à la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet d'une harmonisation. En prolongement de la jurisprudence de 2005⁷⁴ et 2007⁷⁵ ayant conduit à « communautariser » une partie de la compétence pénale, ces infractions sont tout entières tournées vers la protection des intérêts de l'Union. Il s'agit plus précisément de garantir l'efficacité des politiques européennes dans des domaines ayant fait l'objet d'une harmonisation en sorte que le droit pénal apparaît ici non seulement comme un droit gendarme, mais également comme un droit pénal internationalisé par voie d'accessoire, c'est-à-dire un droit pénal international qui se greffe sur un système normatif préexistant⁷⁶.

Cette catégorie d'infractions européennes par nature peut se révéler très large, puisqu'elle ne connaît pas de limite quant aux matières, ni aux domaines : la seule exigence justifiant le pouvoir d'incrimination et de sanction de l'Union réside ainsi dans une condition de nécessité ou plutôt d'indispensabilité, comme si le pouvoir de punir faisait implicitement et naturellement partie des prérogatives européennes.

⁷² Art. 85, a) TFUE.

⁷³ V. art. 86 TFUE : « Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés par le règlement prévu au paragraphe 1. Il exerce devant les juridictions compétentes des États membres l'action publique relative à ces infractions ». Pour l'heure les attributions du futur parquet européen ne concernent que les infractions contre les intérêts financiers de l'Union. Une résolution parlementaire en date du 14 août 2011 a cependant proposé que dès le départ, le parquet européen soit également compétent en matière de criminalité grave ayant une dimension transfrontière, comme le permet d'ailleurs l'art. 86, 4° du TFUE (Résolution sur la création du parquet européen, considérée comme définitive en application de l'article 151-7 du Règlement par l'Assemblée nationale le 14 août 2011, TA 726).

⁷⁴ CJCE, 13 sept. 2005, affaire C-174/03, Commission C/Conseil de l'Union, R. (de) Bellescize, Dr. pén. 2005, n° 12, p. 6-9.

⁷⁵ 23 octobre 2007 affaire C-440/05, Commission c/ Conseil de l'Union, E. Sanfrutos Cano, Rev. Dr. de l'Union européenne 2008, p. 173 et s. ; L. Grard, Rev. Droit des transports, 2007, n° 11, p. 28-30.

⁷⁶ Sur cette terminologie, D. Chilstein, préc.

Tout comme pour la catégorie précédente d'infractions européennes, la reconnaissance, au profit des organes de l'Union, d'un pouvoir normatif *a minima* ne semble pas cohérente, car elle revient à admettre que le droit de l'Union peut être sanctionné selon des modalités différentes par les pays membres de l'Union. Or, cette différence de traitement, qui va d'emblée contre le principe d'égalité des citoyens devant la loi européenne, est d'autant plus anormale que l'on se trouve dans des domaines ayant fait l'objet d'une harmonisation. S'agissant de la définition des éléments constitutifs de l'infraction, cette méthode de définition *a minima* semble contreproductive puisqu'elle risque de nuire à l'œuvre d'harmonisation sur laquelle se greffe le pouvoir pénal des instances européennes. Quant aux sanctions, la méthode des *minima* devrait également être revue, et plus précisément inversée : il serait en effet plus logique que le législateur européen fixe la gravité maximale de la peine – il aurait ainsi un contrôle complet sur la gravité abstraite de l'infraction, ce qui semble logique relativement à des infractions européennes par nature – ; quant aux minima, ils feraient l'objet d'un contrôle de la CJUE en application du principe d'effectivité du droit de l'Union, principe en vertu duquel un Etat ne peut mettre en cause l'exercice ou l'efficacité du droit de l'Union, ce qui l'oblige notamment à adopter des sanctions suffisamment dissuasives.

b) L'infraction dans l'Union européenne

Tant la nature (α) que la légitimité (β) de ce type d'infractions européennes doivent être précisées.

α) la nature des infractions commises dans l'Union européenne

L'autre grande catégorie d'infractions que l'on retrouve au niveau européen est celle des infractions transfrontière, c'est-à-dire des infractions qui impliquent plusieurs Etats et qui, s'agissant du territoire européen, se trouvent facilitées par l'ouverture des frontières et la libre circulation des personnes. Cette terminologie –infraction transfrontière– a été reprise par le Traité de Lisbonne à l'article 83.1 TFUE qui donne compétence au parlement et au Conseil pour établir des règles minimales dans le domaine de la criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière. Cette catégorie d'infractions que l'on évoque également lorsqu'on parle de grands trafics n'est pas parfaitement claire. La logique aurait sans doute voulu que l'on se trouve ici en présence d'une catégorie intermédiaire d'infractions, entre d'un côté les infractions nationales, et de l'autre, les infractions

européennes par nature : ces infractions seraient ainsi internationales et plus spécialement européennes par leur mode d'exécution, en ce sens qu'elles mettraient en cause plusieurs pays de l'Union. Les dispositions relatives à Europol⁷⁷ et Eurojust⁷⁸ invitent d'ailleurs à cette conclusion puisque ces deux institutions sont compétentes pour appuyer et coordonner la coopération lorsqu'une infraction –a priori, une de celles visées à l'article 83, autrement dit une infraction grave transfrontière⁷⁹– affecte deux ou plusieurs Etats membres. Or, si les pouvoirs des institutions policières et judiciaires européennes s'organisent autour d'infractions véritablement transnationales, il semblerait logique que la compétence normative de l'Union en fasse de même. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par le traité de Lisbonne.

En effet, les infractions visées à l'article 83.1 n'impliquent pas toutes un aspect transnational. Si les trafics peuvent par définition mettre en cause plusieurs Etats, il n'en est pas de même des infractions de terrorisme ou de corruption lesquelles peuvent naturellement se réaliser sur un seul Etat de l'Union. Cela est d'autant plus vrai que cette catégorie d'infractions dite transfrontière se définit soit par rapport à l'infraction elle-même, c'est-à-dire par rapport à son caractère ou son incidence⁸⁰ (et l'on pense bien sûr à l'aspect transnational), soit par rapport à la nécessité de les combattre en commun. Or ce dernier critère qui, risque en réalité d'englober le précédent, occulte la dimension transfrontière de l'infraction pour privilégier une approche finaliste de l'incrimination : la construction d'une politique pénale européenne autour des infractions particulièrement graves. Ici aussi donc, l'infraction ne devient internationale que parce qu'elle participe à la protection d'un ordre normatif international préexistant, l'ordre européen. Sur ce point, le traité de Lisbonne s'inscrit dans le prolongement des traités précédents puisqu'avant son entrée en vigueur, les décisions cadres adoptées dans le domaine de la criminalité transfrontière ce sont presque toujours fondées sur les anciens articles 31, 1, e) et 34, 2, b du TUE. Or ces dispositions qui constituaient la base légale de l'intervention européenne dans le domaine pénal rappelaient pour l'une, la nécessité d'une harmonisation minimale comme condition de la mise en œuvre de la coopération judiciaire, et pour l'autre, les conditions ou possibilités de coopération en vue de contribuer aux objectifs de l'Union.

⁷⁷ Art. 88 TFUE

⁷⁸ Art. 85 TFUE

⁷⁹ On remarque d'ailleurs que les articles 85 et 88 évoquent une criminalité grave affectant deux Etats au moins, alors que l'article 83 lui se réfère à criminalité grave transfrontière.

⁸⁰ Sur cette définition, v. art. 83 TFUE

De ce qui précède, il convient de conclure que contrairement aux infractions commises contre l'Union, les crimes et délits transfrontières qui se réalisent dans l'Union ne constituent pas des infractions européennes par nature. Le terrorisme, la traite des êtres humains, l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée ne protègent pas des valeurs exclusivement européennes, mais des valeurs internationales au sens large. Certes, ces infractions ne tombent pas sous le coup d'une juridiction pénale internationale et il est difficile à leur égard d'évoquer une coutume ou des règles internationales servant de fondement à la sanction pénale. Mais cette situation s'explique par le fait que les juridictions pénales internationales et internationalisées ont une compétence limitée aux infractions les plus graves parmi les crimes internationaux, et particulièrement aux infractions dont la commission relève d'un contexte particulier⁸¹. Cela étant, les infractions transfrontière européennes participent à la construction d'un ordre public européen en signifiant que les comportements qui relèvent de ce type de criminalité ne peuvent rester en dehors du champ pénal au sein de l'Union, et ce d'autant plus que l'ouverture des frontières européennes favorise non seulement la commission de ces infractions, mais également la fuite de leurs auteurs. Si la valeur protégée par ces infractions n'est pas exclusivement européenne en sorte que les infractions graves transfrontières n'apparaissent pas comme des infractions européennes par nature, leur incrimination ne participe pas moins à la création d'une politique pénale commune et donc à la construction d'un ordre public européen.

β) La légitimité d'une incrimination européenne

Puisque les infractions transfrontières ne constituent pas des infractions européennes par nature, la légitimité du pouvoir normatif européen en ce domaine pourrait être mise en cause, ou du moins interrogée.

En son principe, l'existence du pouvoir normatif européen se révèle sans doute nécessaire, en ce sens que sans lui, les pays membres de l'Union resteraient tout à fait libres d'incriminer ou pas les comportements en question. Or, un territoire qui n'aurait pas un langage commun relativement à des formes graves de criminalité ne serait pas un espace de sécurité de liberté

⁸¹ V. supra sur l'infraction universelle.

et de justice crédible. Certes, compte tenu du caractère grave des infractions en cause, il semble peu probable que les Etats n'aient pas, du moins a minima, déjà exercé ce pouvoir répressif. Toutefois, des différences peuvent exister entre les pays membres et la reconnaissance d'une compétence pénale en matière de criminalité transfrontière permet tantôt de fixer la politique pénale européenne en obligeant tous les Etats membres à incriminer certains comportements (c'est l'œuvre du Conseil et du Parlement en application de l'article 83 du TFUE) tantôt de contrôler la mise en œuvre de cette politique (à travers l'action de la CJUE lors des actions en manquement, notamment).

Ce pouvoir normatif n'est en revanche pas nécessaire à la coopération au sein de l'Union. En effet, on constate que s'agissant des infractions présentant un caractère transfrontière, la règle de double incrimination a disparu des instruments européens de coopération et particulièrement du mandat d'arrêt européen⁸². Du reste, la qualification de l'infraction donnée par l'Etat d'émission ne fait l'objet d'aucun contrôle sauf erreur manifeste d'appréciation⁸³, ce qui laisse une grande liberté aux législateurs nationaux.

En réalité, la reconnaissance d'une compétence pénale dans le domaine des infractions dites transfrontière est une œuvre politique qui tend à fixer des valeurs communes et participe à la construction de l'ordre public européen, en légitimant après coup la disparition de la règle de double incrimination notamment dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen.

L'infraction européenne apparaît ainsi comme une catégorie complexe dont l'homogénéité pourrait toutefois ressortir de la structure des infractions pouvant être qualifiées d'européennes.

2) La structure des infractions européennes

Le traité de Lisbonne, qui a reconnu le pouvoir normatif répressif aux organes de l'Union européenne, limite les pouvoirs du parlement et du Conseil, quelle que soit la nature de l'infraction au demeurant, à l'adoption de définitions minimales tant en ce qui concerne le comportement illicite que la sanction pénale afférente. Ainsi au niveau européen, le pouvoir d'incrimination et de sanction joue *a minima* : le conseil et le parlement se contentent de

⁸² V. art. 695-23 CPP.

⁸³ Cass. crim. 21 nov. 2007, B. 291 ; Crim. 26 avril 2006, AJDP 2006, p. 315 Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-88204. Sur ce contrôle, V. Malabat, *Absence de contrôle de la double incrimination des faits : étendue du pouvoir d'appréciation de la chambre de l'instruction*, JCP G 2008, II, n° 23, p. 32-36.

désigner un certain nombre de comportements qui doivent nécessairement faire l'objet d'une incrimination au niveau national, à défaut de quoi, les Etats s'exposent à une action en manquement⁸⁴.

Cette incrimination *a minima* entraîne plusieurs observations :

- Tout d'abord, elle tend à déterminer de manière générale les comportements qui ne peuvent en aucun cas échapper au champ pénal. A ce stade il semble donc que le législateur fixe des catégories de comportements illicites. La tâche de précision des infractions semble plutôt relever de la CJUE lorsque cette dernière sera confrontée au contentieux en interprétation d'une directive prévoyant des infractions pénales ou lors d'une action en manquement si un Etat ne respecte pas l'obligation d'incrimination prévue par une directive⁸⁵
- Ensuite, se pose la question de savoir si les Etats peuvent aller au-delà de ce qui est prévu au niveau européen. A priori, une réponse affirmative s'impose, l'Union ne faisant qu'établir des règles minimales d'incrimination⁸⁶. Le débat a surgi notamment en relation avec la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 sur la traite des êtres humains⁸⁷, laquelle remplace la précédente décision-cadre 2002/629/JAI. En effet, alors que la directive précise que l'exploitation des êtres humains « comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, y compris la mendicité, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude, l'exploitation d'activités criminelles, ou le prélèvement d'organes »⁸⁸, les Etats n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur l'incrimination de la prostitution elle-même ou sur celle du comportement du client. Aussi, plusieurs systèmes répressifs plus ou moins sévères cohabitent sur le territoire de l'Union, certains allant jusqu'à pénaliser les clients (Suède) ou les prostituées (Lituanie, Roumanie)⁸⁹.

⁸⁴ Art. 258 TFUE

⁸⁵ Art. 258 TFUE.

⁸⁶ V. art. 83-1 et 83-2 TFUE.

⁸⁷ JO publiée au Journal officiel du 15 avril 2010.

⁸⁸ Art. 2, 3 Directive 2011/36/UE.

⁸⁹ Pour un état des lieux, v. M. Ramot, Prostitution : Le casse tête européen, http://www.eurosduvillage.eu/spip.php?page=print&id_article=4841#nb2.

La liberté d'incrimination des Etats, pour autant ne peut être totale. S'agissant des infractions qui revêtent un caractère grave et transfrontière, le danger se trouve effectivement dans la latitude laissée aux États, lesquels peuvent être tentés par un excès de répression. On en veut pour preuve la définition de la collaboration à un acte terroriste retenue par le Code pénal espagnol qui vise l'action de tout groupement qui partage les mêmes fins qu'un groupe terroriste, ce qui permet d'y inclure les actions non terroristes des groupes partageant les mêmes objectifs politiques que ces groupes violents⁹⁰. Un contrôle du pouvoir d'incrimination des Etats est donc nécessaire. Ce dernier pourrait se développer à l'occasion d'une action en manquement exercée contre un État, pour violation du principe de proportion consacré par la charte européenne des droits fondamentaux⁹¹ lors de la transposition d'une directive de nature pénale, ou à l'occasion d'une question préjudicielle en interprétation relativement à la portée de cette même disposition. Il convient cependant de souligner la carence de la Charte des droits fondamentaux, laquelle s'est contentée de consacrer le principe de proportion des peines, non celui de l'incrimination. Or, dans un système où la coopération semble se passer, du moins pour les infractions les plus graves, d'une harmonisation parfaite, un contrôle européen fondé sur la nécessité de l'incrimination semble capital. Ce dernier pourrait toutefois résulter de la confrontation de la disposition pénale avec le respect des droits fondamentaux garantis au niveau européen, tels la liberté de pensée, de conscience et de religion⁹², la liberté d'expression et d'information⁹³, ou encore la liberté de réunion et d'association⁹⁴. C'est d'une certaine manière, et toute proportion gardée, ce que semble faire la chambre criminelle de la Cour de cassation lorsqu'elle refuse d'exécuter un mandat d'arrêt européen en cas d'inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue par l'état d'émission du mandat⁹⁵.

Il ressort de ces observations que l'infraction dite européenne répond à une structure tout à fait particulière. Elle se constitue :

- d'un plancher défini par les organes de l'Union : il s'agit de ce minimum que les Etats ont l'obligation d'intégrer dans le champ pénal

⁹⁰ Art. 576 du Code pénal espagnol. Pour une critique de cette disposition, *Amnistia Internacional*, Declaración pública, 3 juin 2009, Índice AI: EUR 41/009/2009.

⁹¹ Art. 49.3 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁹² Art. 10 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

⁹³ Art. 11 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

⁹⁴ Art. 12 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

⁹⁵ Cass. crim. 21 nov. 2007 ; Crim. 26 avril 2006, AJDP 2006, p. 315 Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-88204. Sur ce contrôle, V. Malabat, note sous, Cass. crim. 21 janv. 2007, préc.

- d'un plafond, autrement dit d'un maximum qui devrait être déterminé par le CJUE en application des droits fondamentaux et plus particulièrement du principe de proportion de la sanction et celui de nécessité de l'incrimination.

Ainsi qu'on a pu le suggérer⁹⁶ l'infraction européenne constitue donc une sorte d'infraction cadre qui vise à limiter la marge de manœuvre des États en fonction de l'ordre public répressif (obligation d'incrimination) et de la protection des droits fondamentaux (interdiction d'incrimination). Et c'est dans cette double limite que le législateur national peut exercer sa compétence.

C. L'infraction transnationale

L'infraction transnationale est, comme vu précédemment, celle dont le mode de réalisation ou les modalités d'exécution la rattachent à plusieurs pays⁹⁷. La difficulté relativement à ces infractions résulte du fait qu'elles ne semblent pas avoir d'espace répressif autonome, organisé. Soit, en effet, leur répression s'organise par voie conventionnelle classique (v. conventions sur trafic de stupéfiants ou traite des êtres humains notamment) soit elle relève d'un espace régional, plus ou moins intégré, comme cela peut être le cas avec les infractions dites transfrontière qui relèvent désormais de la compétence de l'Union européenne⁹⁸.

⁹⁶ A. Nieto Martín, *Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos : la corrupción como ejemplo*, WWW. Cienciaspenales.net, qui envisage l'eurodélict comme un type pénal de référence permettant de vérifier par équivalence la règle de double incrimination.

⁹⁷ Sur les modalités de ce rattachement, v. supra, relativement à la division de l'espace national et international.

⁹⁸ Sur ce point, v. infra, sur le régime juridique de l'infraction européenne.

Section 2 : Les implications du partage du champ normatif répressif.

La division du champ répressif normatif fait naître des espaces répressifs différenciés dont les finalités, tout comme le degré d'internationalisation des infractions qui en constituent la base sont naturellement distincts : il s'agit tantôt de lutter contre un phénomène d'impunité en créant un système de justice international ou internationalisé (infractions universelles) ; tantôt de créer un espace répressif commun et une politique pénale commune avec des règles de fonctionnement souples et efficaces (infractions européennes) ; tantôt, enfin, de faciliter la coopération des Etats qui resteront cependant les maîtres de la répression (infraction transfrontière, grands trafics en dehors de l'espace européen). Par conséquent, un régime dérogatoire est posé aussi bien pour les infractions universelles (§ I) que pour les infractions européennes (§ II) ou transfrontière (§ III).

§ I. Le régime juridique de l'infraction universelle

La particularité du régime juridique de l'infraction universelle apparaît à deux égards essentiellement : parce qu'il s'agit d'infractions naturelles tout d'abord, les sources de l'infraction universelle sont particulières, qui peuvent, contrairement aux exigences classiques du principe de légalité criminelle, être non écrites (A). Ensuite, la lutte contre l'impunité de laquelle procède le système de justice universelle, conduit à leur reconnaître des règles de répression beaucoup plus sévères que celles que l'on rencontre en application des règles du droit commun (B).

A. Particularité des sources de l'infraction universelle

Cette particularité tient au rôle reconnu à la coutume internationale (1) comme aux principes généraux du droit (2).

1) La coutume internationale:

La coutume internationale est visée à l'article 3 du statut du TPIY qui évoque les lois et coutumes de guerre. Le statut du TPIR n'y fait pas directement référence, pas plus que le statut de la CPI qui se contente d'évoquer, au titre du droit applicable, « les principes et

règles du droit international »⁹⁹. Au niveau national également, l'application de la coutume internationale, du moins comme outil d'incrimination a soulevé un certain nombre d'hostilités¹⁰⁰.

En ce qui concerne les incriminations définies par les tribunaux pénaux internationaux, la coutume internationale est toutefois bien présente. Dans la mesure où le Conseil de sécurité de l'ONU ne peut être considéré comme un organe législatif au sens du droit international, il est peu probable qu'il ait pu créer les infractions applicables par ces juridictions. Outre les cas où les actes incriminés sont établis par renvoi à une norme précise, il est donc possible de considérer que ce droit pénal international procède de la coutume et non de l'acte constitutif des tribunaux¹⁰¹. Le TPIY semble en ce sens : il a en effet jugé que la source de l'incrimination ne peut être cherchée dans son seul statut, bref que le droit appliqué par lui est d'origine coutumière, faute de quoi il n'aurait aucune légitimité à connaître des faits en question¹⁰².

Cette analyse est intéressante qui montre la façon dont l'invocation de la coutume internationale sert d'alibi à la violation du principe de légalité, et particulièrement à celui de la non rétroactivité de la loi pénale. Elle n'est d'ailleurs pas propre aux juridictions pénales ad hoc. La CESDH, dans un arrêt du 17 mai 2010¹⁰³ a effectivement considéré que des actes commis avant l'adoption des conventions de Genève relatives aux crimes de guerre pouvaient être poursuivis sous cette qualification en application des règles fondamentales des lois et coutumes de guerre (§ 216), de telle sorte que les poursuites engagées ne contrevenaient pas au principe de non rétroactivité de la loi. Or ainsi qu'il a été rappelé par l'opinion dissidente du juge COSTA, opinion à laquelle se rallient les juges KALAYDJIEVA et POALELUNGI l'existence de cette prétendue coutume internationale est plus que douteuse : « Historiquement, comme le note encore dans son opinion précitée le juge Myjer, c'est donc le procès de Nuremberg « qui, pour la première fois, a bien montré au monde extérieur que quiconque commettrait des crimes analogues à l'avenir pourrait être tenu pour personnellement responsable ». C'est par suite après les faits de la cause que le droit international nous semble avoir réglé le jus in bello avec suffisamment de précision. Que le procès de Nuremberg ait puni ex post facto les accusés traduits devant lui ne veut pas dire que tous les crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale pouvaient relever

⁹⁹ Art. 21 b) statut de Rome

¹⁰⁰ Cass. Crim. 17 déc. 2003, D. 2003, IR 1879.

¹⁰¹ En ce sens, E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, 2009, p. 622.

¹⁰² Aff. IT-99-37 AR72, Milutioniv et al., 21 mai 2003, § 39, cité par E. David., préc., p. 629.

¹⁰³ CEDH, Grande Chambre, 17 mai 2010, n° 36376/04 Konokov c/ Lettonie.

rétroactivement, aux fins de l'article 7 § 2 de la Convention, de l'incrimination de crimes de guerre et des pénalités y afférentes. Les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » ont été, à notre avis, énoncés clairement à Nuremberg, et pas avant. Sauf à postuler par principe qu'ils préexistaient. S'ils préexistaient, à partir de quand ? De la Seconde Guerre mondiale ? De la Première ? De la Guerre de Sécession et du Code Lieber ? N'est-il pas, avec tout le respect, quelque peu spéculatif de l'établir dans un arrêt rendu au début du XXI^e siècle ? La question mérite d'être posée ».

La référence à la coutume internationale pour définir une infraction ne pose pas pour seul problème la recherche d'une base juridique préexistante à la commission des faits (et donc d'une légalité formelle). Elle semble également peu compatible avec l'exigence d'accessibilité et de prévisibilité (ce qui correspond à l'exigence de légalité matérielle) de la source génératrice de responsabilité pénale¹⁰⁴. Sur ce point d'ailleurs les juridictions internationales sont en général assez peu exigeantes. Outre qu'elles ne semblent pas tenir compte du défaut de publicité de la coutume, et donc du fondement même de la présomption de connaissance de la norme pénale, elles se contentent souvent d'évoquer soit la qualité de l'auteur des faits¹⁰⁵, soit la gravité des actes¹⁰⁶ afin d'en déduire l'impossible ignorance des faits incriminés par la coutume. Or, une chose est de connaître le caractère répréhensible de l'acte, autre chose est de pouvoir l'identifier comme une infraction internationale, soumise à un régime dérogatoire particulièrement sévère¹⁰⁷.

La Cour pénale internationale n'évoque pas non plus directement la coutume. Cette possibilité pourrait même être condamnée d'emblée dans la mesure où l'article 9 du statut de Rome prévoit que la définition des crimes justiciables de la CPI est adoptée par l'assemblée des Etats membres et que ces définitions servent à interpréter les articles 6, 7 et 8 du statut. D'ailleurs, en application de ce principe, la compétence de la Cour relativement au crime d'agression a été expressément exclue jusqu'à l'adoption d'une définition de l'infraction par

¹⁰⁴ Sur ce point, CEDH, affaire Kononov, préc., D. 2010, p. 637, obs. B. Belda.

¹⁰⁵ V. CEDH, affaire Kononov, préc.

¹⁰⁶ *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, CIJ Recueil 1949, pp. 4-22 où la CIJ se fonde sur des considérations élémentaires d'humanité afin de conclure l'obligation de faire connaître l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales et d'en avertir les navires s'en approchant, et de considérer que ce comportement constitue un crime de guerre. Mais il est vrai que dans ce cas la responsabilité pénale individuelle n'est pas en cause.

¹⁰⁷ Pour une critique de cette démarche, B. Mazabraud, *la coutume en droit pénal français*, RPDP 2008, p. 329 et s.

l'assemblée des Etats membres¹⁰⁸. Toutefois, la possibilité de recourir à la coutume comme source de droit se déduit de celle donnée aux juges de la Haye d'appliquer les règles et principes du droit international (ce qui semble également englober la coutume). L'analyse semble se confirmer, en ce qui concerne la définition des incriminations, à la lecture de l'article 22 du statut de Rome. Effectivement, si le principe de légalité et celui de l'interprétation stricte de la loi pénale y sont affirmés (art. 22, 1 et 2), le statut précise néanmoins que « *Le présent article n'empêche pas qu'un comportement soit qualifié de crime au regard du droit international, indépendamment du présent Statut* »¹⁰⁹.

Malgré tout, le recours à la coutume internationale semble faire l'objet d'une double limite :

- Tout d'abord, conformément à l'article 21 du statut de Rome, le recours à cette règle du droit international est subsidiaire en ce sens qu'elle ne se justifie qu'après application du statut et du règlement de procédure et de preuve, ainsi que des traités. A la différence de l'article 38 de la CIJ qui énumère les sources du droit international public, le statut de Rome a établi, en effet, une hiérarchie entre les différentes sources du droit. C'est dire que la coutume ne peut jouer qu'à la condition que le statut de Rome n'ait pas réglé la question litigieuse et, en l'occurrence, qu'il n'ait pas entendu considérer le comportement en question comme non répréhensible. Pareille analyse du principe de subsidiarité a été retenue relativement à l'applicabilité des principes généraux du droit¹¹⁰ lorsqu'une chambre d'appel de la Cour pénale internationale a expliqué que le fait que le droit de recours contre les décisions rendues par les chambres préliminaires a été limitativement défini ne peut s'interpréter comme une lacune. Au contraire, dire que le droit d'appel est réservé à telle ou telle hypothèse revient à clore le débat sur ce point et empêche qu'une source non écrite du droit vienne compléter –et ici contredire– ces dispositions.

- Ensuite, le recours à la coutume internationale comme source d'incrimination se heurte aux limites de la compétence matérielle de la Cour. En effet, selon l'article 5 du statut de Rome, la Cour est compétente pour connaître des crimes de génocide, des crimes contre l'Humanité, des crimes de guerre et du crime d'agression¹¹¹. Cela signifie que les

¹⁰⁸ Art. 5, 2°.

¹⁰⁹ Art. 22, 3 Statut de Rome. Des dispositions similaires se retrouvent d'ailleurs à l'art. 7, 2 CEDH ou l'art. 49, 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹¹⁰ Ch. D'appel, 13 juillet 2006, § 23, obs. G. BITTI, RSC 2006, préc

¹¹¹ Une définition du crime d'agression a été adoptée lors de la conférence de Kampala qui devra être ratifiée par les parlements nationaux. Cette définition s'appuie sur la résolution 3314 de l'assemblée générale de l'ONU qui considère l'agression comme « un crime commis par un dirigeant politique ou militaire qui en raison de sa

juges de la Haye ne peuvent connaître d'autres infractions « qualifiées de crime au regard du droit international » qu'à la condition que ces dernières tombent sous le coup de ces catégories visées à l'article 5 du statut de Rome. En somme, l'illicéité d'un acte au regard de la coutume ne peut être prise en compte que si elle s'exprime dans le cadre des infractions visées à l'article 5, bref qu'elle vient compléter une incrimination prévue par le statut et non créer une infraction nouvelle.

Le recours à la coutume internationale pour définir un comportement pénalement répréhensible devrait donc rester marginal devant la Cour pénale internationale. D'autant plus qu'à en croire certains auteurs¹¹², la coutume ne pourrait en aucun cas être considérée comme une source de droit pénal. En effet, pour pouvoir invoquer une norme coutumière en droit pénal de fond, il faut nécessairement que l'interdiction –norme d'incrimination ou comportement jugé illicite– soit complétée par une norme de répression –sanction, elle-même établie par une pratique continue et partagée–. Or cette dernière ne peut véritablement s'exprimer en dehors de la pratique judiciaire. C'est dire qu'en réalité lorsqu'on évoque la coutume internationale, on se réfère plutôt à un principe général du droit (incrimination et sanction de tel comportement) dégagé par les pratiques nationales (ce qui est expressément visé par l'art. 21 du statut de Rome).

2) *Les principes généraux du droit*

Le recours aux principes généraux du droit est prévu à l'article 21 1, c) statut de Rome. La Cour peut les dégager « *à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues* ».

Compte tenu de l'incertitude qui entoure bien souvent les principes généraux du droit, ces derniers ne devraient avoir qu'un rôle réduit en matière d'incrimination¹¹³ sauf à considérer

nature ou son ampleur constitue une violation manifeste de la charte ». Mais la compétence de la CPI relativement à cette infraction ne sera effective qu'à partir de 2017 lorsque la décision sera prise à la majorité des Etats parties.

¹¹² C. Lombois, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1979, p. 53.

¹¹³ V. néanmoins, Ch. Appel du TPIY, 20 Fév. 2001, § 153-173, affaire Celebici, ayant considéré que les actes énumérés par l'article 3 commun de la convention de Genève sont tenus pour criminels d'après les principes

que ces principes, dégagés par une pratique législative et judiciaire suffisamment constante identifiable et partagée, reflètent l'état d'une coutume internationale.¹¹⁴ Cette analyse permettrait peut être de parer à l'argument selon lequel, faute d'établir une norme de répression, la coutume ne peut par principe être une source de droit pénal. En effet une pratique pénale concordante des différents Etats semble à même d'établir à la fois les éléments d'incrimination et de répression nécessaires à l'existence d'une coutume internationale, et faire ainsi de cette dernière une source d'incrimination autonome. La conclusion néanmoins ne vaut que dans la sphère internationale, seuls les statuts des juridictions pénales internationales permettant d'avoir recours à ce droit non écrit. En droit national, la Cour de cassation a rejeté cette possibilité, relativement à des faits de torture commis en Indochine¹¹⁵ ou en Algérie¹¹⁶. Cette position contraste sans doute avec celle adoptée par les juges français lors de la poursuite et le jugement des crimes contre l'Humanité commis pendant la seconde guerre mondiale. A leur égard, en effet, la qualification de crimes contre l'Humanité a été retenue au motif que l'incrimination d'un comportement par les principes généraux du droit des nations civilisées autorise une application rétroactive de la norme pénale nationale (Loi de 1964) ou internationale (accord de Londres et statut de Nuremberg)¹¹⁷. Cette solution qui consacre clairement l'application rétroactive d'une norme pénale nationale et internationale au motif que les comportements visés pouvaient naturellement être considérés comme criminels, en vertu des principes généraux du droit, s'explique par des raisons d'opportunité évidentes. Pour autant, la gêne de la Cour de cassation se fait sentir en certaines circonstances : elle a ainsi pu considérer que la qualification de crimes contre l'Humanité commis avant l'entrée en vigueur du dispositif pénal national et international se justifie parce que les violences commises étaient de toutes manières punissables et que la peine prononcée n'a pas excédé celle encourue au titre de cette qualification de droit commun¹¹⁸. Relativement à des faits de torture la CESDH adopte d'ailleurs un raisonnement comparable. Dans une décision du 17 mars 2009¹¹⁹ elle a en effet considéré que la torture étant érigée en circonstance aggravante des violences avant

généraux du droit reconnus par toutes les nations. Cette analyse a permis au TPIY d'étendre sa compétence matérielle aux infractions commises dans le cadre d'un conflit armé non international.

¹¹⁴ On notera à ce sujet que bien souvent, la coutume pénale internationale et les principes généraux du droit sont invoqués de manière conjointe afin de justifier l'extension du champ de l'incrimination. Dans l'affaire *Celibici* précédemment citée, le recours aux principes généraux du droit vient conforter l'idée que l'article du commun de la Convention de Genève fait partie du droit coutumier.

¹¹⁵ Crim. 1^{er} avril 1993, *Boudarel*, RDP 1994, com. n° 38, note J.-H. Robert

¹¹⁶ Crim. 17 juin 2003, B. 122.

¹¹⁷ Crim. 26 janv. 1984, affaire *Barbie*, n° 34.

¹¹⁸ Crim. 1^{er} juin 1995, B. 202, affaire *Touvier*.

¹¹⁹ *Ould dah*, préc

l'entrée en vigueur du Code pénal nouveau français, les poursuites sous la qualification autonome de torture se justifient, y compris au regard d'actes de violences commis avant 1994, dès lors que la peine prononcée n'excède pas la nouvelle peine plus sévère.

Au-delà de la particularité des sources de l'infraction universelle doit également être souligné son régime spécifique de répression.

B. Particularité des règles de répression de l'infraction universelle

La particularité des règles de répression se manifeste au regard de trois points particuliers qui pourraient conduire à une impunité intolérable : l'amnistie (1), la prescription (2) et les immunités (3).

1) L'amnistie

La question de la validité des lois d'amnistie en matière d'infractions universelles n'est pas, en dépit des apparences, close. On pourrait sans doute croire que les infractions internationales par nature¹²⁰, au premier rang desquelles les crimes contre l'humanité, sont hostiles à ce mécanisme¹²¹. Si les Etats s'engagent à poursuivre et à punir de tels méfaits, c'est vraisemblablement qu'ils rejettent l'idée qu'ils puissent échapper à la répression, notamment par le jeu de l'amnistie. Le régime juridique tout à fait particulier de ces infractions –imprescriptibilité¹²², défaut d'immunité attachée à la qualité officielle¹²³, absence

¹²⁰ Sur la définition des infractions internationales par nature, v. C. Lombois, *Droit pénal international*, préc., n° 33, où l'auteur considère que « l'infraction est internationale par nature parce qu'elle consiste en un comportement illicite qui porte atteinte aux fondements de la société internationale elle-même ». Plus loin, op. cit., n° 147, il précise que constituent des crimes internationaux, les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité *lato sensu*, dont le génocide.

¹²¹ En ce sens, v. Crim. 1^{er} avril 1993, *Boudarel*, RDP 1994, com. n° 38, note J.-H. Robert, considérant, après avoir écarté la qualification de crimes contre l'humanité, que « les faits sont amnistiés quelle que soit la qualification de droit commun retenue ». Pour des motifs comparables, v. Crim. 26 déc. 2000, B. 204. A ce propos, le Professeur J.-H. Robert, note sous Crim. 1^{er} avril 1993, préc., écrit : « La Cour, dans les motifs de l'arrêt rapporté, donne un indice sur l'incertaine question de savoir si une loi d'amnistie peut, à défaut de dispositions expresses, être appliquée aux crimes contre l'Humanité : elle semble pencher pour la négative, puisqu'elle relève que les infractions dénoncées étaient de droit commun ». En ce même sens, M. Massé, op.cit., n° 8. Faute de disposition textuelle claire relativement à la question, l'interprétation *a contrario*, doit cependant être maniée avec prudence.

¹²² Art. 29 du statut de Rome ; art. 213-5 C. pén.

¹²³ Art. 27 du statut de Rome.

de fait justificatif fondé sur l'ordre donné par un supérieur hiérarchique ou la loi¹²⁴ – inviterait, du reste à cette déduction analogique¹²⁵. Certaines juridictions pénales internationales sont incontestablement en ce sens qui n'hésitent pas à faire le lien entre, d'une part, la nature particulière des infractions en cause, et d'autre part, l'obligation internationale des Etats de lutter contre leur impunité, afin notamment, d'invalider des lois nationales d'amnistie¹²⁶. Il en est de même du statut du tribunal spécial pour le Sierra Leone¹²⁷, et semble-t-il de la chambre criminelle de la Cour de cassation : en effet, interrogée sur la validité d'une loi d'amnistie relativement aux faits commis en Algérie, les juges français ont commencé par écarter la qualification de crimes contre l'Humanité avant de conclure que la loi d'impunité pouvait être retenue en présence d'une infraction de droit commun (actes de torture en l'occurrence)¹²⁸.

Pour autant, ni les principes de Nuremberg¹²⁹ ni le statut de Rome¹³⁰, n'ont clairement pris position sur la question qui donc demeure entière ; par ailleurs l'interdiction de l'interprétation analogique en matière pénale devrait également conduire à approfondir la question. A cet égard, M. Frulli¹³¹ a tenté de faire l'inventaire des textes s'opposant à l'amnistie. Relativement aux crimes internationaux par nature, seuls deux textes permettraient de s'opposer aux lois d'amnistie : la loi n°10 du Conseil de contrôle interallié en Allemagne et la Convention interaméricaine sur les disparitions forcées. Toutefois, dans ce dernier instrument, l'interdiction de l'amnistie n'apparaît pas expressément mais se déduit de

¹²⁴ Art. 33, 1° du statut de Rome. Toutefois, la rédaction de cet article n'est pas tout à fait satisfaisante. En effet, si cette disposition pose le principe du maintien de la responsabilité pénale en cas d'ordre donné par le gouvernement ou un supérieur de commettre des infractions justiciables de la Cour pénale internationale, elle précise que l'agent peut être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il agit en vertu d'une obligation légale d'obéissance, qu'il n'a pas su que l'ordre était illégal ou que l'ordre n'ait pas été manifestement illégal. Il est vrai toutefois que, s'agissant du génocide ou des crimes contre l'humanité, le statut précise que l'ordre de commettre ces infractions est manifestement illicite, ce qui empêche leur auteur de se prévaloir d'une justification fondée sur une quelconque erreur ou devoir d'obéissance (art. 33, 2°).

¹²⁵ En ce sens, E. David, *Éléments de Droit pénal international et européen*, ULB, Bruylant, 2009, p. 1332, considérant que le caractère non amnistiable des crimes contre l'Humanité se déduit de leur imprescriptibilité. L'auteur explique que les effets de l'amnistie étant plus étendus que ceux de la prescription, l'imprescriptibilité emporte, *a fortiori*, l'interdiction du pardon légal.

¹²⁶ TPIY, ch. Jugement, Anto Furundzija, n° IT-95 17/1-T, 10 déc. 1998, § 155, estimant que les lois d'amnistie ne doivent pas pouvoir être opposées aux juridictions étrangères. Sur cette jurisprudence, v. G. B. Koudou, op. cit., p. 91 et s.

¹²⁷ Art. 10.

¹²⁸ Crim. affaire Boudarel, préc.

¹²⁹ Sur ce point, C. Lombois, *Droit pénal international*, préc., n° 143 et s.

¹³⁰ V. art. 25 à 31. La n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale est également restée muette sur ce point.

¹³¹ *Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction d'A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, Paris, 2002, p. 215 et s., spéc., p. 243

l'obligation faite aux Etats de punir les disparitions forcées et de l'interdiction faite aux auteurs de tels actes de se prévaloir d'un quelconque privilège, immunité ou dispense spéciale¹³². On peut d'ailleurs noter que l'interdiction de toute amnistie, clairement prévue à l'article 18 de la Déclaration des Nations Unies de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées n'a pas été reprise par la Convention du même nom, adoptée le 20 décembre 2006. S'agissant des violations des droits de l'homme, et particulièrement des tortures, l'auteur se réfère aux déclarations du Comité des droits de l'homme de l'ONU¹³³ et à la jurisprudence du comité et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹³⁴. Pour autant, face à l'absence d'une interdiction généralisée d'adopter des lois d'amnistie, M. Frulli concède que la recherche de cette prohibition, relativement à des infractions internationales ou des violations des droits de l'homme, doit essentiellement être orientée vers le droit coutumier¹³⁵.

L'explication à l'absence de position de principe sur la validité des lois d'amnistie en matière d'infractions universelles s'explique sans doute par la volonté des Etats de ne pas définitivement fermer la porte à un processus de réconciliation sociale impliquant certaines lois d'amnistie. C'est d'ailleurs en ce sens que pourrait être interprétée une décision récente de la CEDH¹³⁶, décision par laquelle les juges de Strasbourg ont reconnu la possibilité pour la France d'exercer sa compétence universelle relativement à des faits de torture commis en Mauritanie et amnistiés par une loi nationale. En effet, après avoir reconnu le principe de la compétence universelle, la Cour européenne a précisé que, faute de vider cette compétence de tout sens, les juges français devaient appliquer la loi française permettant la répression des faits au détriment de la loi mauritanienne d'amnistie. Au soutien de leur analyse, les juges soulignent d'ailleurs que la loi d'amnistie invoquée était abusive, d'abord parce qu'elle ne s'insérait dans aucun processus identifié de réconciliation, c'est-à-dire qu'elle constituait une loi de circonstance dont le but était de soustraire ses bénéficiaires à leur responsabilité pénale, et ensuite parce qu'elle était intervenue avant tout jugement, afin de faire obstacle à la poursuite du requérant. La Cour européenne des droits de l'Homme relève, au renfort de son propos, que le droit international, et particulièrement l'article 17 du statut de la Cour pénale

¹³² Art. 9, Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes adoptée à Belém do Pará, Brésil, le 9 juin 1994

¹³³ Observation générale n° 20 du Comité des droits de l'homme relative à l'article 7 du pacte international sur les droits civils et politiques

¹³⁴ v. CIDH, 14 mars 2001, Aguirre Chimbipuna C/ Pérou, serie C, n° 75 affaire dite « Barrios Altos »

¹³⁵ op. cit., p. 247

¹³⁶ CEDH, 17 mars 2009, c/ France.

internationale, n'excluent pas le jugement d'une personne amnistiée avant jugement dans son Etat d'origine¹³⁷.

Le critère abstrait d'appréciation d'une loi d'amnistie posé par la Cour peut paraître pertinent : en dépit de la gravité des faits dont il s'agit, on peut en effet comprendre que les nécessités de la paix et de la réconciliation sociale impliquent le pardon de certains actes, bref que la reconstruction nationale puisse entrer en conflit avec les intérêts de la répression. D'aucuns pensent même que le statut de Rome n'exclut pas cette possibilité, en considérant dans son article 53 que lorsque l'intérêt de la justice l'exige, le Procureur peut mettre fin aux actes d'investigation, et paralyser le jeu de la répression¹³⁸. Or, une politique de réconciliation dont ferait partie, par exemple, une loi d'amnistie ou certains bénéfiques pénaux, pourrait être perçue comme conforme aux intérêts de la justice¹³⁹.

La façon concrète d'apprécier la sincérité de la loi d'amnistie et son caractère abusif par rapport au droit international est cependant plus discutable. En effet, le critère temporel employé par les juges –avant/après le procès– est assez déroutant et délicat à interpréter. Sans doute, la réalité des poursuites et d'un jugement dont l'objet réside dans l'examen de la responsabilité pénale des auteurs des crimes soumis à compétence universelle, constitue un indice de bonne volonté de l'Etat territorialement compétent. Et l'on pourra raisonnablement penser qu'une amnistie postérieure au jugement répond véritablement à un souci d'apaisement et de reconstruction du pays. Mais il ne s'agit là que d'un indice, un Etat pouvant toujours se livrer à un simulacre de procès afin d'assurer l'impunité de certaines personnes *a posteriori*. Dans l'hypothèse donc où une loi d'amnistie viendrait prolonger cette justice factice, il semble difficile de juger qu'elle est conforme au droit international. Invoquera-t-on alors l'autorité de la chose jugée ? Sans doute, la technique juridique le permet ; mais en droit

¹³⁷ L'article 17 du statut de Rome énumère les cas où une affaire est irrecevable devant la Cour pénale internationale, notamment parce qu'elle fait l'objet de poursuites dans l'Etat territorialement compétent ou que l'affaire a déjà été jugée. Cette disposition ne considère cependant pas que l'amnistie accordée au niveau national constitue, en tant que telle, une cause d'irrecevabilité de l'affaire.

¹³⁸ Précisément, l'art. 53, 2) c du statut de Rome offre au Procureur la possibilité de ne pas mettre en mouvement l'action publique lorsque « *poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice, compte tenu de toutes les circonstances (...)* » (c'est nous qui soulignons). Relevons néanmoins que dans l'hypothèse où la chambre préliminaire examine de sa propre initiative la décision du Procureur, cette dernière doit recevoir confirmation (art. 53.3, b du statut de Rome).

¹³⁹ Contra, M. Frulli, op. cit., p. 250 : « *étant donné que le statut de la CPI concerne seulement les crimes les plus graves et qu'il donne une grande importance aux droits des victimes, il ne semble pas que l'article 53 puisse autoriser le procureur à ne pas ouvrir une enquête en raison d'une amnistie jointe à une procédure non judiciaire d'établissement de la vérité* ».

français, c'est encore à la condition que la sanction ait été exécutée¹⁴⁰, ce qui ne sera justement pas le cas en présence d'une loi d'amnistie. Du reste, si tel doit être le sens de la distinction avant et après jugement proposée par la Cour européenne des droits de l'homme, il faut alors avouer que l'objectif de justice assigné à la compétence universelle peut être facilement détourné. Mieux vaudrait donc admettre, qu'en toute hypothèse, la volonté de soustraire les auteurs d'infractions graves à leur responsabilité pénale s'oppose à la validité d'une loi d'amnistie, que cette dernière intervienne avant ou après jugement.

Mais, au-delà de la fraude, la manière la plus pertinente de dire si une loi de réconciliation – éventuellement une loi d'amnistie – est abusive par rapport au droit international réside probablement dans l'analyse de sa compatibilité avec les droits fondamentaux, et spécialement avec le droit des victimes à un recours effectif¹⁴¹. Issu de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce droit n'a sans doute pas encore été exploité dans toutes ses potentialités en droit européen¹⁴². Il a cependant donné lieu à des applications intéressantes outre atlantique, par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Ainsi, combinant droit à un recours effectif et droit à un procès équitable, les juges de San José ont-ils déduit l'existence d'un droit des victimes à la vérité¹⁴³ lequel semble difficilement compatible avec le principe de l'amnistie, du moins lorsque cette dernière est pure et simple. En effet, dans son acception individuelle, le droit à la vérité implique l'accès à la justice afin que l'Etat sanctionne les responsables des actes particulièrement odieux. Or, de toute évidence, une amnistie adoptée avant jugement contredit ce droit, qui s'oppose à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique¹⁴⁴. Quant à sa dimension collective, le droit à la vérité répond à la demande sociale d'information, une sorte de devoir de savoir et de mémoire. Ici encore, une amnistie, y compris après jugement, soulève des difficultés car

¹⁴⁰ Art. 692 CPP.

¹⁴¹ Il y aurait donc deux critères, l'un subjectif (fraude de l'Etat), l'autre objectif (atteinte aux droits fondamentaux) permettant de déterminer le caractère abusif d'une loi d'amnistie, ou plus généralement d'une mesure de réconciliation sociale.

¹⁴² En ce sens, J.P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Connaissances du droit, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, p. 87. Sur le contenu de ce droit aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, v. D. de Bruyn, *Le droit à un recours effectif*, in *Les droits au seuil du 3^{ème} millénaire*, Mélanges en hommage à P. Lambert, Bruyant, Bruxelles, 2000, p. 185 et s.

¹⁴³ Sur cette question, v. L. Burgogue-Larsen et A. Ubéda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op.cit., p.737 et s.

¹⁴⁴ Art. 6 CPP disposant que l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par l'amnistie.

l'interdiction qui en découle d'évoquer les faits objet de l'infraction amnistiée¹⁴⁵ pourrait aller contre les impératifs du savoir historique.

Il n'est dès lors guère étonnant que la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans une démarche plus radicale que la Cour européenne des droits de l'Homme, ait invalidé plusieurs lois d'amnistie, notamment au Chili et au Pérou, en considérant qu'elles contrevenaient au devoir des Etats d'établir la vérité sur les violations massives des droits de l'homme¹⁴⁶. En outre, lorsque la question de la conventionalité d'une loi accordant des réductions de peines et autres avantages pénaux aux paramilitaires colombiens démobilisés a été posée aux juges de San José, ceux-ci, tout en rappelant l'interdiction des mesures empêchant la poursuite et la sanction des graves violations aux droits de l'homme¹⁴⁷, ont également expliqué que la validité d'une loi transitionnelle doit être appréciée au regard de la proportionnalité de la sanction et de l'effectivité de la justice pénale¹⁴⁸ ; sans que, bien sûr, le processus de réconciliation ne s'érige en substitut de l'œuvre de justice¹⁴⁹.

On peut donc en déduire que si les nécessités de la réconciliation admettent un certain nombre d'alternatives ou bénéfiques pénaux, c'est à la condition qu'elles ne portent pas atteinte de manière disproportionnée aux droits des victimes, et qu'elles viennent en complément d'une justice effective, ce qui de toute évidence n'est pas le cas des lois d'auto-amnistie. A nous d'en déduire que, sauf hypothèse où elle s'analyse en une mesure d'indulgence personnelle¹⁵⁰,

¹⁴⁵ P. Conte, P. Maistre du Chambon, Droit pénal Général, Armand-Colin, 7^{ème} éd., 2004, Paris, n° 298 ; B. Bouloc, Droit pénal général, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 800.

¹⁴⁶ CIDH, 26 septembre 2006, Arellano et autres c/ Chili, Série C, n° 154, § 105 et s., soulignant que l'amnistie fait obstacle à l'obligation des Etats de poursuivre et de sanctionner les crimes contre l'humanité, *lato sensu* ; 14 mars 2001, Chimbipuna Aguirre c/ Pérou (affaire Barrios Altos), série C, n° 75, § 15 et s. Dans cette affaire, la Cour a considéré que l'amnistie, tout comme la prescription ou d'autres mesure faisant obstacle à l'investigation et à la sanction des responsables de violations massives des droits de l'homme, telles que, la torture ou les disparitions forcées, les exécutions sommaires et arbitraires contreviennent aux droits intangibles reconnus par le droit international et les droits de l'homme (§ 41). Il est intéressant de souligner le rapprochement effectué entre le régime juridique des infractions dites internationales par nature et celui applicable à la violation des droits de l'homme. En ce sens, M. Frulli, op. cit., p. 247.

¹⁴⁷ CIDH, 11 mai 2007, série C, n° 163, caso de la masacre de La Rochela, § 194 .

¹⁴⁸ Op. cit., § 196.

¹⁴⁹ Rapp., CIDH, 26 septembre 2006, Arellano et autres c/ Chili, Série C, n° 154 ; 29 nov. 2006, La cantuta c/ Pérou, Série C, n° 162 ; 4 juillet 2007, Zambrano Vélez c/ Equateur, Série C, n° 166, considérant que la vérité historique, essentiellement issue du travail des commissions de Vérité et de Réconciliation, ne peut en aucun cas se substituer à la vérité judiciaire, en sorte qu'elle ne fait pas obstacle à l'obligation d'enquête et de sanction des Etats.

¹⁵⁰ Cette mesure pourrait par exemple être consécutive à la collaboration de l'individu avec l'œuvre de justice et de réconciliation, ou encore à son rôle secondaire dans l'infraction.

bref qu'elle touche à la sanction non à l'incrimination¹⁵¹, et à la condition de n'être que partielle, l'amnistie, ou toute autre mesure équivalente, au demeurant, ne peut être conforme au droit international.

2) *La Prescription*

La question de la prescriptibilité ou de l'imprescriptibilité des infractions universelles est cruciale tant il est vrai qu'elle incarne le mieux le devoir des Etats de lutter contre ces infractions et le devoir de mémoire de la communauté internationale face à des comportements qui portent atteinte à l'ensemble de l'Humanité¹⁵².

Les statuts des tribunaux pénaux internationaux ne se sont pas directement prononcés sur la question de la prescription, mais le TPIY a pu, par exemple décider que la nature impérative de l'interdiction de la torture rend cette infraction imprescriptible¹⁵³. Seul l'article 29 de la Convention de Rome pose clairement le principe de l'imprescriptibilité des crimes relevant du champ de compétence de la CPI, ce principe s'appliquant, faute de précision, aussi bien à l'action publique qu'à l'exécution de la peine.

S'agissant des instruments de protection des droits de l'Homme, la Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de poser que la prescription de l'action publique pour des faits de torture ou de traitement inhumains ou dégradants vient faire obstacle au droit à un recours effectif porté par l'article 13 de la Convention¹⁵⁴, de même que la Cour interaméricaine des droits de l'Homme avait pu décider dès 2001 que les infractions graves dirigées contre les personnes comme la torture, les exécutions sommaires et les disparitions forcées ne devaient pas être soumises à la prescription¹⁵⁵. Relativement aux crimes de guerre, l'affaire *Kononov c. Lettonie*¹⁵⁶ a été l'occasion de préciser que les statuts des TMI de

¹⁵¹ C'est dire que l'amnistie réelle est par nature proscrite.

¹⁵² Sur la question, v. V. Malabat, *Prescription ou imprescriptibilité des infractions internationales*, in *Droit international pénal*, sous la dir. de H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, Pedone, 2^{ème} éd., à paraître.

¹⁵³ Affaire *Furundzija*, préc.

¹⁵⁴ CEDH, *Abdulsamet Yaman c/ Turquie*, 2 novembre 2004, n° 32446/96, § 55.

¹⁵⁵ CIDH, *Barrios Altos c/Pérou*, 14 mars 2001, Série C 75, § 41, qui reconnaît comme « *inadmissibles les dispositions d'amnistie, de prescription et l'établissement de mesures excluant la responsabilité, prétendant empêcher les enquêtes et la sanction des responsables des graves violations de droits de l'Homme (...); elles sont toutes interdites car elles contreviennent aux droits inabrogeables reconnus par le droit international des droits de l'Homme* ».

¹⁵⁶ CEDH, grande chambre, *Kononov c. Lettonie*, 17 mai 2010, n° 36376/04.

Nuremberg et de Tokyo ne prévoyant rien concernant la prescriptibilité des crimes de guerre alors il devait s'en déduire que ces derniers étaient imprescriptibles¹⁵⁷. C'est dire que l'imprescriptibilité des crimes internationaux constitue le principe et, leur prescription, une exception devant ainsi être expressément prévue¹⁵⁸.

En droit français, les crimes contre l'humanité (génocide et autres crimes contre l'Humanité) sont imprescriptibles (article 213-5 du code pénal). Il s'agit des seules infractions pour lesquelles l'imprescriptibilité est admise, en raison de leur exceptionnelle gravité. Dans un avis du 29 juin 2006, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) avait recommandé que le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre soit intégré dans le code pénal, rappelant que dans sa décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel a constaté la conformité de l'article 29 du Statut de Rome avec notre Constitution, en relevant « *qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* ». Le Sénat, dans le projet loi de 2008 sur l'adaptation du droit français au statut de la Cour pénale internationale, n'avait pas tenu compte de cette recommandation et avait réservé l'imprescriptibilité aux seuls crimes contre l'humanité afin d'en marquer le caractère incommensurable avec toute autre infraction. Malgré un nouvel avis du CNCDH¹⁵⁹ le rapport de la commission parlementaire (rapport Mariani du 19 mai 2010) n'a pas modifié son projet, et la loi du 9 août 2010 portant adaptation du droit français au statut de la Cour pénale internationale s'est contenté d'allonger les délais de prescription des crimes de guerre, en portant de 10 à 30 ans le délai de prescription de l'action publique pour les crimes de guerre et de 3 à 20 ans pour les délits de guerre, et portant de 20 ans à 30 ans le délai de prescription de la peine en matière criminelle et de 5 à 20 ans en matière délictuelle¹⁶⁰. Le législateur a expliqué cette différence par sa volonté de ne pas banaliser l'imprescriptibilité mais aussi afin que soit conservée la spécificité des crimes contre l'Humanité. Il a d'ailleurs invoqué que la loi du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes

¹⁵⁷ CEDH, grande chambre, Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010, n° 36376/04, § 232 et 233.

¹⁵⁸ En ce sens, v. opinion dissidente du juge Costa à laquelle se rallient les juges Kalaydjieva et Poalelungi, § 19.

¹⁵⁹ Avis du 6 novembre 2008 où il est recommandé que l'imprescriptibilité s'applique à tous les crimes relevant de la compétence de la CPI, considérant que le dispositif du projet de loi « *va à l'encontre de l'unité du régime applicable à l'ensemble des crimes relevant de la compétence du Statut de Rome* »

contre l'humanité insistait déjà sur la particularité de cette infraction et seulement sur celle-là¹⁶¹.

Cette solution est peu pertinente au regard de l'unité de la notion d'infraction internationale par nature. Certes, la prescriptibilité des crimes de guerre ne conduira pas nécessairement à leur impunité. Plus précisément, il se pourrait qu'une prescription acquise, soit interprétée comme une carence du système répressif national actionnant ainsi la compétence de la Cour pénale internationale en application de la règle de complémentarité. Il faut toutefois signaler que cette solution n'est pas certaine tant il est vrai que l'article 17 du statut de Rome, lequel prend le soin de définir la carence de l'Etat justifiant la compétence de la juridiction internationale, que ce soit par manque de volonté ou par incapacité, ne fait guère état de ce cas particulier. Il faudrait donc pour ce faire, se soustraire de l'article de l'article 17 et raisonner plus généralement sur le préambule du statut de Rome ainsi que son article premier soulignant le caractère complémentaire de la Cour pénale internationale.

3) *Immunités*

La question des immunités est abordée à l'article 27 du statut de Rome, lequel reprend une distinction classique du droit international entre immunités fonctionnelles (art. 27-1) et immunités personnelles (art. 27-2), distinction qui correspond en réalité à la différence entre les immunités de fond –faisant obstacle à la responsabilité– et les immunités de procédure –faisant obstacle à la poursuite–.

L'absence d'effet **des immunités fonctionnelles** est admise sans grande difficulté. Dégagée après la seconde guerre mondiale, l'absence d'effet des immunités de fond se retrouve dans les différents statuts des tribunaux pénaux internationaux : tribunal de Nuremberg (art. 9), tribunal de Tokyo (art. 6), TPIY (art. 7), TPIR (art. 6-2). Cette exception s'explique par le fait que, compte tenu de leur gravité, certains actes ne peuvent jamais être imputés à l'Etat en sorte que la personne qui les accomplit doit en répondre quelles que soient les circonstances. La qualité officielle (chef d'Etat, de gouvernement ou haut fonctionnaire) ne peut donc être vue comme une cause d'irresponsabilité pénale. Le TPIY, dans une décision du 3 mars 2000,

¹⁶⁰ Art. 462-10 du Code pénal.

¹⁶¹ Selon cet article : « *les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature* »,

a même jugé que la qualité officielle pouvait au contraire constituer un élément d'aggravation de la peine : la qualité officielle peut donc être vue comme une circonstance aggravante judiciaire des infractions universelles.

L'effet des **immunités personnelles** –ou de procédure– font l'objet d'une analyse plus mitigée qu'il s'agisse de leur reconnaissance ou de leur mise en œuvre par les juridictions internationales ou nationales.

Appliquée aux juridictions internationales, la reconnaissance de l'absence d'effet des immunités personnelles n'est pas toujours explicite. Si le statut de Rome exclut dans son art. 27-2 le jeu des immunités personnelles, les statuts des TPI n'ont pas clairement exprimé cette règle. En ce qui les concerne, certains auteurs considèrent que la règle se déduit toutefois de l'obligation faite aux Etats membres de l'ONU de coopérer avec les tribunaux pénaux internationaux. Cette analyse soulève cependant des difficultés en ce sens que d'une part, le constat d'un devoir de coopération ne préjuge pas de l'opposabilité des immunités et que, d'autre part, le devoir de coopération ne permet pas de préciser le domaine exact de l'exception au jeu des immunités. Pour preuve, cette difficulté se trouve également au sein du statut de Rome qui pourtant exclut l'effet de ces immunités. En effet, l'article 98 du statut de Rome relatif à la coopération de la Cour avec les Etats précise que « *La Cour ne peut présenter une demande d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité* ».

L'articulation des articles 27 et 98 du statut de Rome n'est pas parfaitement claire. Sans doute un Etat ne peut invoquer l'immunité personnelle d'un de ses agents pour faire obstacle à la compétence de la CPI, et à l'inverse il ne peut, de lui-même, procéder à la levée de l'immunité d'un agent appartenant à un Etat tiers, en procédant sur ce dernier à un acte de coercition. Toute la question demeure cependant de savoir si l'Etat tiers dont on parle est nécessairement un Etat non adhérent au statut de Rome ou s'il s'agit aussi d'un Etat adhérent à la CPI. Rien dans les textes ne permet véritablement de trouver une réponse à cette question. Avec un auteur, on pourrait néanmoins considérer que, sauf à vider l'article 27 de tout sens, l'article 98 doit être lu comme interdisant à un Etat partie à la CPI de négliger les immunités

personnelles des membres d'un Etat non partie au statut de Rome¹⁶². Sauf dans le cas où l'Etat tiers est néanmoins obligé de coopérer avec la CPI en application de la Charte des Nations Unies¹⁶³.

Dans la sphère nationale, les solutions sont plus réservées. Par un arrêt du 11 avril 2000, la Cour internationale de justice a considéré que l'immunité de juridiction pénale d'un ministre des affaires étrangères constitue une règle de droit international coutumier et que cette dernière s'applique même aux infractions les plus graves telles que les crimes contre l'Humanité et les violations graves du droit international humanitaire. La Cour précise cependant que cette immunité ne peut être opposée à une juridiction pénale internationale, telles les TPI ou la Cour pénale internationale. La Cour de cassation française a pu statuer dans un sens comparable en admettant dans l'affaire *Khadafi*¹⁶⁴ que le droit pénal coutumier et les principes généraux du droit international fondent l'immunité de juridiction des chefs d'Etat en exercice, sauf dispositions internationales contraires. Or tel est bien le cas de l'article 27 du statut de Rome.

La différence de traitement de la question des immunités selon qu'elle est opposée à une juridiction nationale ou internationale pourrait sans doute conduire à un fractionnement du droit pénal international, et plus spécialement du régime juridique de l'infraction universelle. Il est vrai toutefois que le juge national, y compris lorsqu'il exerce une compétence universelle, ne bénéficie pas de la même légitimité que le juge international¹⁶⁵, en sorte que cette différence de régime peut se comprendre. Toutefois, dès lors que la compétence universelle en matière d'infractions dites universelles ne peut être exercée qu'après avoir vérifié que la Cour décline sa propre compétence¹⁶⁶, la jurisprudence de la Chambre criminelle et de la CIJ mérite d'être nuancée. Si le refus de la Cour de connaître l'affaire se fonde sur une absence de carence de l'Etat territorialement compétent, l'immixtion d'une justice étrangère devrait, *a fortiori*, être considérée comme abusive. Si en revanche, des considérations qui tiennent à la gravité des faits ou au mode de participation du responsable se

¹⁶² M. Frulli, le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux, préc., p. 227.

¹⁶³ Tel est le cas lorsque le Conseil de Sécurité des Nations Unies saisit la CPI des faits commis sur le territoire d'un Etat non partie à la CPI (V. art. 25 et 103 de la Charte des Nations Unies).

¹⁶⁴ Crim. 13 mars 2001, n° pourvoi 00-87-215.

¹⁶⁵ Sur ce point, D. Chilstein, *De la retenue en matière de compétence universelle*, La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio Doctorum*, Dalloz 2009, p.25 et s.

¹⁶⁶ Art. 689-11 C. pén. , art. 23-4 Loi espagnole d'Organisation du pouvoir judiciaire.

trouvent en cause, bref si la Cour refuse d'exercer sa compétence en application d'une politique de sélection des affaires, alors l'immunité ne devrait pas être opposable au juge exerçant une compétence universelle. Dans le cas contraire, l'objectif d'impunité ne serait que partiellement atteint.

§ II. Le régime juridique de l'infraction européenne

Le régime juridique de l'infraction européenne ne fait encore l'objet d'aucune construction spécifique. Surtout, les règles applicables à l'infraction commise au sein de l'Union ou contre l'Union ne sont pas clairement distinguées. Or, la finalité et le fondement de ces infractions étant très différents, il n'est pas certain que le même régime juridique doive s'imposer d'emblée.

- **S'agissant tout d'abord des infractions contre l'Union européenne**, dans la mesure où ces infractions protègent un intérêt différencié de l'intérêt national, elles devraient être soumises à un régime juridique identique dans chaque pays membre de l'Union, notamment en termes de sanction et de prescription. Quant au futur parquet européen, il aurait naturellement intérêt à agir devant les juridictions nationales mais aussi devant une juridiction pénale européenne, si toutefois ce projet se concrétise. Relativement à ces infractions qui se fondent sur l'existence d'un ordre public européen suffisamment différencié, c'est donc la méthode de l'uniformisation, voire de l'unification du droit et celle de la centralisation des poursuites et du jugement qui devrait être privilégiée.
- **S'agissant ensuite des infractions dans l'Union européenne**, ces infractions que le TFUE qualifie d'infractions graves ayant une dimension transfrontière, elles ne se fondent pas sur la valeur européenne qu'elles protègent mais sur la finalité qu'elles poursuivent à savoir la création d'une politique pénale commune au sein de l'Union. A cet égard, contrairement aux infractions contre l'Union européenne, elles reposent sur une logique horizontale de territorialité : il s'agit de faire de l'espace européen, un espace répressif cohérent en évitant que l'ordre public national des pays membres ne vienne contredire les choix et les priorités adoptés au sein de l'Union, et ce de deux façons différentes :

- En obligeant les Etats à adopter un certain nombre de règles minimales de répression (définition et sanction des infractions¹⁶⁷, allongement ou suspension des délais de prescription¹⁶⁸) mais également de protection des victimes¹⁶⁹ ou des auteurs de l'infraction¹⁷⁰. C'est en ce sens que s'est prononcé le traité de Lisbonne, non seulement en conférant aux organes de l'Union le pouvoir de définir a minima les éléments constitutifs et les sanctions des infractions transfrontière¹⁷¹, mais également celui de procéder au rapprochement des dispositions législatives et règlementaires en matière de procédure pénale¹⁷².
- En levant les obstacles à la coopération entre Etats. Ainsi en est-il de l'élimination des conditions d'exercice de la compétence extraterritoriale (plainte préalable de la victime, condition de nationalité de l'auteur de l'infraction)¹⁷³, de la disparition de la règle de double incrimination en matière de remise¹⁷⁴ ou encore des obstacles liés à la prescription¹⁷⁵. Plus qu'une infraction transfrontière, c'est un espace pénal transfrontière que l'Union tend à créer.

En somme, le régime juridique de l'infraction commise au sein de l'Union européenne devrait s'articuler autour de deux logiques différentes :

- une première logique d'harmonisation *a minima*, afin que chaque système pénal réponde aux priorités répressives de l'Union ;

¹⁶⁷ Art. 83 TFUE. Mais avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, plusieurs décisions-cadres étaient en ce sens. Par ex, Décision-cadre 2002/475 sur la lutte contre le terrorisme prévoyant un rapprochement des définitions du terrorisme et le renforcement des sanctions en ce domaine ; Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue.

¹⁶⁸ Art. 9, 2. Directive 2011/36/UE 5 avril 2011, relative à la traite des êtres humains : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre, lorsque la nature des faits le demande, que les infractions visées aux articles 2 et 3 donnent lieu à des poursuites pendant une période suffisamment longue après que la victime a atteint l'âge de la majorité ».

¹⁶⁹ Directive 2011/36/UE u 5 avril 2011, art. 9 précise que les Etats s'agissant des infractions relatives à la traite des êtres humains doivent s'assurer que les poursuites ne dépendent pas de la plainte de la victime.

¹⁷⁰ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil, du 20 octobre 2010, relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales

¹⁷¹ Art. 83 TFUE.

¹⁷² Art. 82 TFUE.

¹⁷³ En ce sens, v. par ex. Décision cadre 22 déc. 2003 sur l'exploitation sexuelle d'enfants.

¹⁷⁴ Art. 2 Décision-cadre 2002/584/JAI: Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres

¹⁷⁵ Ce n'est toutefois pas la solution retenue puisque la prescription acquise dans l'Etat d'exécution peut encore s'opposer à la remise. Cela était prévu comme une faculté dans la Décision cadre de 2002(art. 4) Pour la France, le refus d'exécution doit être dans ce cas obligatoire v. art. 695-22, 4° C. pén.

- une logique de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, ensuite, afin que les systèmes répressifs nationaux ne puissent pas faire obstacle à l'application de la politique pénale de l'Union au nom de leurs spécificités.

En ce sens, ni les différences de définition des infractions ni les règles de poursuite distinctes, notamment en matière de prescription, ne devrait faire obstacle à la coopération, sauf bien sûr si ces dernières sont incompatibles avec le droit de l'Union. De ce point de vue, le bon fonctionnement du principe de reconnaissance mutuelle repose moins sur l'harmonisation normative que sur le contrôle de la norme nationale litigieuse au regard du droit de l'Union, et notamment de la charte des droits fondamentaux¹⁷⁶.

§ III. Le régime juridique de l'infraction transfrontière

Cette catégorie d'infraction que l'on a définie comme l'infraction dont le mode de réalisation met en cause plusieurs Etats, constitue une catégorie difficile à cerner en ce sens qu'elle ne dispose pas d'un espace répressif autonome et clairement différencié. En effet, si cette infraction se commet au sein du territoire de l'Union, elle s'inscrira alors, dans la grande majorité des cas, dans la catégorie des infractions dites transfrontière et obéira à son régime juridique. Certes, la catégorie des infractions transnationales est-elle plus large que celle de la criminalité grave transfrontière visée par le traité de Lisbonne. Et l'on peut, par exemple penser à des trafics non visés par le traité international, tels que le trafic de véhicules volés, le trafic de substances hormonales ou de matières nucléaires et radioactives¹⁷⁷. Cette réalité est toutefois prise en compte puisque, relativement à ces grands trafics, les règles de coopération sont largement assouplies sur le territoire de l'Union, notamment par l'abandon de la règle de double incrimination en matière de mandat d'arrêt européen¹⁷⁸. La solution semble logique puisque relativement à des infractions qui concernent plusieurs Etats, l'intérêt de construire la notion d'infraction transnationale réside dans la levée des obstacles à la coopération de manière à ce que la notion de territoire soit étendue à tous les Etats concernés. Dans ce même ordre d'idées, en dehors du territoire de l'Union, la réponse pénale à l'infraction

¹⁷⁶ C'est en ce sens qu'il convient de lire l'article 1^{er}, 3^o de la Décision cadre 2002/584/JAI: Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres

¹⁷⁷ Art. 2. 2 de la décision cadre du 13 juin 2002, préc., relative au mandat d'arrêt européen ; Adde., art. 695-23 CPP. Sur ce contrôle, v. *Infra*, p. 199 et s.

¹⁷⁸ Art. 2. 2 de la décision cadre du 13 juin 2002, préc., relative au mandat d'arrêt européen ; Adde., art. 695-23 CPP.

transnationale devrait passer par la consécration de la règle *aut dedere aut judicare*. Et lorsque les différences de définition ou de procédure (par exemple, relativement à des règles de prescription) conduisent à rendre impossible la poursuite dans un pays concerné, ce dernier ne devrait pouvoir se soustraire à la coopération, précisément parce que l'impossibilité de juger devrait, en application du principe précité, conduire à la remise.

CHAPITRE II - Le partage concurrentiel de la compétence répressive

L'une des conséquences immédiates du partage du champ normatif répressif en fonction notamment de la nature des infractions à dimension internationale devrait être le partage de la compétence répressive entre les différents espaces pénaux ayant vocation à connaître de la criminalité internationale. En d'autres termes, la nature de l'infraction concernée devrait être un indice de la détermination du juge naturellement compétent¹⁷⁹ pour en juger. Or, pour l'heure, et en l'absence de partage net du champ normatif répressif, le partage de la compétence répressive est loin d'être une réalité.

En matière de répression de la criminalité internationale, c'est en effet moins à un partage qu'à une concurrence des compétences entre les différents espaces répressifs que l'on assiste (section 1). Il s'ensuit donc des conflits, verticaux ou horizontaux, de compétence, c'est-à-dire des situations dans lesquelles des juridictions, entendues au sens large d'autorités¹⁸⁰, pénales nationales ou internationales, se déclarent simultanément compétentes –on parle alors de conflit positif de compétence–, ou incompétentes –on parle alors de conflit négatif de compétence–, pour connaître d'une affaire présentant des liens, plus ou moins étroits, avec chacune d'entre elles. Or les modes de résolution des conflits proposés jusqu'à présent peinent, en partie au moins, à régler de tels conflits (section 2).

Section 1 - La prédominance de la concurrence sur le partage

Section 2 - L'insuffisance des modes de lutte contre les conflits de compétence

¹⁷⁹ V. T. Clay, *Dictionnaire de la justice*, sous la dir. de M. Loïc Cadiet, PUF 2004, v° *Juge naturel*, p. 680 à 682. V. également, G. Royer, *Le juge naturel en droit criminel interne*, RSC 2006, pp. 787 et s.

¹⁸⁰ Le choix d'une telle conception de la notion de juridiction a largement été influencé par la jurisprudence en matière pénale de la C.J.C.E., devenue C.J.U.E. depuis le traité de Lisbonne.

Section 1 - La prédominance de la concurrence sur le partage

Nul ne conteste désormais le principe selon lequel à l'internationalisation de la criminalité, doit répondre l'internationalisation de la justice pénale, l'objectif étant d'éviter que la dimension internationale de l'infraction commise n'offre aux coupables une source d'impunité. Cependant, les difficultés ne manquent pas de surgir lorsque vient le temps d'organiser une telle internationalisation de la répression puisque tant les Etats, soucieux de préserver jalousement leurs prérogatives nationalistes, que la Communauté internationale, attentive à ce que certains grands délinquants internationaux soient réellement jugés, se montrent désireux d'optimiser la coordination de leurs actions répressives mais non au prix de certains sacrifices : celui de la souveraineté pour les premiers et celui d'un véritable procès pour la seconde.

Par conséquent, et à l'échelle nationale tout d'abord, les États, afin d'éviter que les délinquants internationaux ne glissent entre les mailles des filets des justices pénales nationales, ont étendu, souvent de manière excessive, leurs compétences nationales sans qu'une coordination, nationale, régionale ou internationale, efficace de leurs actions n'existe en parallèle. La conséquence est alors une **concurrence des compétences nationales répressives pour une même infraction**, autrement dit une **concurrence horizontale de compétences**, et dès lors une multiplication des conflits transnationaux de compétence sans que de réelles solutions à un tel phénomène ne soient trouvées.

À l'échelle internationale ensuite, il faut mentionner la compétence de juridictions pénales internationales ou internationalisées spécialement créées pour connaître de certaines infractions internationales alors que les États sont également compétents pour en juger¹⁸¹. Cette fois **la concurrence des compétences** n'est plus horizontale mais **verticale**. Toutefois, et contrairement à la première hypothèse, des règles de priorité de compétence existent en la matière afin d'éviter que de véritables conflits de compétence ne se nouent entre juridictions nationales et juridictions verticales.

Il n'en demeure pas moins que la concurrence des compétences répressives née de la superposition des espaces répressifs nationaux entre eux et nationaux et verticaux existe. Elle

¹⁸¹ Néanmoins, ces derniers ne peuvent ou ne veulent parfois pas les juger pour des raisons juridiques et/ou politiques.

peut être non seulement horizontale (§ I) mais également verticale (§ II), et est dès lors une cause au moins potentielle de conflits de compétence. Seules les solutions apportées à de tels conflits diffèrent.

§ I – Les conflits de compétence verticaux

Le développement des juridictions internationales au XX^{ème} siècle et en particulier la création d'une juridiction répressive internationale permanente a entraîné un conflit théorique de compétence entre juridictions nationales et juridictions internationales, qualifié de vertical. Cette concurrence de compétence entre des juridictions appartenant à des ordres juridiques différents –national et international– s'explique au regard du contexte historique et politique de création des juridictions internationales.

La création d'une juridiction pénale internationale pourrait en théorie être décidée pour lui attribuer compétence exclusive sur certains faits ou certaines qualifications qui seraient par exemple considérés comme tellement graves qu'ils ne pourraient être laissés à la compétence de juridictions étatiques. Si l'on fait des juridictions répressives internationales des juridictions destinées au jugement des grands criminels d'Etat, alors, effectivement, leur compétence peut être envisagée comme exclusive de celle des juridictions nationales pour deux raisons. Tout d'abord les juridictions de l'Etat concerné ne sont pas nécessairement en position de vouloir et pouvoir juger les gouvernants ou anciens gouvernants de leur propre Etat. Ensuite, la compétence des juridictions étrangères peut paraître illégitime parce que s'exerçant au prix d'une ingérence dans la souveraineté d'un autre Etat¹⁸².

Mais, outre qu'il a été vu que la compétence des juridictions internationales n'a pas nécessairement à être limitée à la criminalité d'Etat¹⁸³, d'autres arguments ont joué contre l'attribution d'une compétence exclusive aux juridictions internationales.

¹⁸² Ainsi la création d'une juridiction internationale pour juger l'empereur d'Allemagne Guillaume II à l'issue de la première guerre mondiale et la qualification retenue à son encontre (« offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ») ont été considérées comme « le résultat de la divergence des nations sur la possibilité de mettre en cause un chef d'Etat devant une souveraineté étrangère ». V. L. Soula, *La justice pénale internationale, un rêve de juristes*, in *Juge national, européen et international*, Cujas, à paraître, 2012.

¹⁸³ V. supra, à propos de la définition de l'infraction universelle.

Les premiers travaux menés en 1920 dans le cadre du Conseil de la Société des Nations ont ainsi repoussé le projet de création d'une Cour pénale internationale considérant qu'en l'absence de loi ou code pénal international il était préférable de maintenir la compétence des juridictions nationales¹⁸⁴.

Si la seconde guerre mondiale mettra en évidence la nécessité de la création de juridictions répressives internationales et, plus spécifiquement, d'une juridiction pénale internationale permanente¹⁸⁵, les travaux menés dès lors n'envisagent pas sa compétence comme exclusive de celle des juridictions nationales. Par exemple, le projet rédigé en 1947 et présenté par la France à la commission pour le développement progressif du droit international et de sa codification proposait la création d'une Cour de justice spéciale compétente pour toutes les infractions internationales commises en tant de paix, pour les crimes de guerre et toutes les infractions de droit commun connexes au crime contre l'humanité perpétré par les gouvernants d'un Etat mais sa compétence n'est prévue que comme facultative, la décision étant laissée à l'Etat détenant le criminel de le juger, de l'extrader ou de le remettre à la juridiction internationale¹⁸⁶.

De même, lorsque le projet de Convention sur la prévention et la répression du génocide a été examiné devant les Nations Unies, certains représentants ont défendu la nécessité de créer une juridiction pénale internationale pour en connaître, ce qui conduira à une opposition entre ceux qui estiment que « les Etats ne sauraient renoncer à la juridiction pénale qu'ils exercent sur leurs territoires parce que c'est une violation de leur souveraineté » et ceux qui « font valoir que le génocide ne peut se commettre sans être favorisé ou toléré par l'Etat, ce qui en fait un crime international qui requiert une juridiction internationale »¹⁸⁷.

Ces débats illustrent bien que la détermination du caractère exclusif ou concurrent de la compétence des juridictions internationales se joue entre légitimité des juridictions pour connaître de certains crimes et souveraineté nationale.

¹⁸⁴ Sur ce point, L. Soula, *op. cit.*

¹⁸⁵ V. en ce sens, H. Donnedieu de Vabres, *Les leçons de l'histoire et le progrès du droit pénal international*, RSC 1951, p. 384 et s.

¹⁸⁶ V. L. Soula, *op. cit.*

¹⁸⁷ V. L. Soula, *op. cit.*

Parce que la souveraineté nationale est ainsi au cœur de la difficulté, la décision de conférer une compétence exclusive à des juridictions répressives internationales, qui porte atteinte au droit des Etats d'exercer leur propre compétence en matière pénale, n'a donc pas été prise¹⁸⁸.

De ce point de vue, parce que la création des TPI Y et R a été décidée et imposée par le Conseil de sécurité de l'ONU, leur compétence aurait pu être envisagée comme exclusive. Ce choix n'a toutefois pas été fait non seulement pour des raisons non matérielles, compte tenu du nombre trop important d'affaires qui auraient relevé de leurs compétence, mais aussi parce qu'il paraissait préférable d'encourager les Etats à exercer leur propre compétence¹⁸⁹.

La nature conventionnelle du statut de la CPI a permis aux Etats de manifester leur souci de préserver leur souveraineté et donc, leur compétence. De ce fait, aucune compétence exclusive n'est reconnue à la CPI, son statut insistant au contraire à plusieurs reprises sur sa complémentarité¹⁹⁰.

La différence des modes de création de ces différentes juridictions internationales (résolution du Conseil de sécurité de l'ONU ou convention internationale) explique toutefois des différences dans l'affirmation de leur compétence et plus exactement dans les rapports entre leur compétence et celle des juridictions nationales. Si les statuts des TPI Y et TPI R mais

¹⁸⁸ V. toutefois, pour une juridiction internationalisée, le cas des chambres spéciales pour le Timor Oriental qui se sont vues reconnaître une compétence exclusive pour les crimes graves listés. V. *Regulation n° 2000/11 on the organization of courts in East Timor, UNTAET, Section 10 (Exclusive Jurisdiction for Serious Crimes)* :

“10.1 The District Court in Dili shall have exclusive jurisdiction over the following serious criminal offences:

- (a) Genocide
- (b) War crimes
- (c) Crimes against humanity
- (d) Murder
- (e) Sexual offences
- (f) Torture

10.2 With regard to the criminal offences listed in Section 10.1 (d) – (f) of the present regulation, the District Court in Dili shall have exclusive jurisdiction only insofar as the offence was committed in the period between 1 January 1999 and 25 October 1999.

10.3 The Transitional Administrator, after consultation of the Court Presidency, may decide to establish panels with the expertise to exercise exclusive jurisdiction vested in the court by Section 10.1 of the present regulation. Such panels shall be composed of both East Timorese and international judges, appointed to the Court in accordance with UNTAET Regulation No. 1999/3.

10.4 The establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences shall not preclude the jurisdiction of an international tribunal for East Timor over these offences, once such a tribunal is established.”

¹⁸⁹ V. en ce sens Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, UN Doc. S/25704, 3/5/1993, § 64, p. 18 ainsi que TPI Y, rapport annuel 1994, § 87, p. 27.

¹⁹⁰ La lecture du statut révèle ainsi combien cette complémentarité de la CPI est importante puisqu'elle est affirmée non seulement dans le préambule du statut mais aussi dans son article 1^{er} avant d'être déclinée techniquement dans les articles 17 et 18 du statut de la CPI.

aussi le statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone prévoient ainsi expressément la concurrence de la compétence du TPI avec les juridictions nationales¹⁹¹, le statut de la Cour pénale internationale est en revanche moins explicite. La lecture de l'article 17 du statut de la CPI, qui concerne selon son titre, non pas la compétence de la Cour, mais la recevabilité des affaires qui sont portées à sa connaissance, permet toutefois de comprendre que la CPI ne peut en réalité exercer sa compétence que si les juridictions d'un Etat ne sont pas saisies des mêmes faits ou si ces juridictions n'ont pas la volonté ou sont dans l'incapacité de les juger¹⁹². La concurrence des compétences entre juge national et CPI a donc souhaitée être évitée en posant la complémentarité de la Cour pénale internationale. Mais qu'il s'agisse de poser la primauté des TPI ou la complémentarité de la CPI, dans les cas, il ne s'agit que de prévoir un mode de règlement du conflit entre des compétences concurrentes¹⁹³.

¹⁹¹ V. art. 8 du statut du TSSL, art. 8 du statut TPI R et art. 9 du statut TPI Y. Ce dernier, intitulé « Compétences concurrentes » dispose que : « 1. Le Tribunal international et les juridictions nationales sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1er janvier 1991.

2. Le Tribunal international a la primauté sur les juridictions nationales. A tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions nationales de se dessaisir en sa faveur conformément au présent statut et à son règlement. »

¹⁹² Art. 17 statut CPI : « 1. Eu égard au dixième alinéa du préambule et à l'article 1er, une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque :

- a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce, à moins que cet Etat n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ;
- b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce et que cet Etat a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'Etat de mener véritablement à bien des poursuites ;
- c) La personne concernée a déjà été jugée par la Cour en vertu de l'article 20, paragraphe 3 ;
- d) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite.

2. Pour déterminer s'il y a un manque de volonté de l'Etat dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes :

- a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'Etat a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 ;
- b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée ;
- c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée.

3. Pour déterminer s'il y a une incapacité de l'Etat dans un cas d'espèce, la Cour considère si l'Etat est incapable, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure. »

¹⁹³ V. *infra* l'insuffisance des mécanismes de lutte contre les conflits verticaux de compétence.

Parce que la souveraineté des Etats joue donc un rôle crucial dans la détermination de leur compétence répressive, il peut être présagé que la concurrence des compétences sera exacerbée dans les relations horizontales.

§ II – Les conflits de compétence horizontaux

En ce qui concerne les conflits de compétence horizontaux nationaux ou transnationaux, le phénomène de concurrence des compétences répressives est particulièrement remarquable dans le cadre de l'Union européenne. La construction d'un espace pénal européen fonctionnel n'est pas chose aisée tant la matière pénale est sensible en terme de souveraineté. Ainsi, l'action de l'Union européenne tendant à améliorer l'articulation des justices pénales nationales européennes fut longtemps inefficace car bridée par des réflexes nationalistes¹⁹⁴. Toute la difficulté consistait et consiste encore à trouver un savant équilibre entre la dynamique souverainiste des États et la dynamique intégrative de l'Union européenne. Or, l'espace pénal européen est tiraillé entre d'un côté, un objectif sécuritaire, la justice pénale européenne devant marcher à l'amble des formes de la criminalité européenne, et de l'autre côté, un objectif de protection des droits fondamentaux, label d'exemplarité et de légitimité de cette même justice. Sans surprise, le premier a souvent pris le pas sur le second. En effet, les Etats ont voulu un temps sauvegarder leurs instruments nationaux de défense des droits et libertés, alors même que l'intégration européenne semblait appeler une remise en question de ces mêmes instruments¹⁹⁵. Cela se révèle particulièrement vrai dans le domaine des conflits de compétence entre juridictions répressives des Etats membres.

Ces conflits de compétence, qui peuvent parfois porter atteinte au droit d'une personne à ne pas être jugée deux fois pour les mêmes faits, se doublent nécessairement de conflits, au demeurant plus délicats, de lois en raison de la consécration du principe de solidarité des compétences législative et judiciaire en matière pénale¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Toutefois, les murailles souverainistes érigées par les Etats semblent peu à peu se fissurer, ouvrant la voie à de profonds changements en la matière : v. infra.

¹⁹⁵ Cependant, les efforts entrepris récemment visent précisément à garantir ces droits fondamentaux au sein de l'Union européenne.

¹⁹⁶ Ce principe exprime la règle selon laquelle la compétence du juge pénal français –compétence judiciaire– est liée à l'applicabilité de la loi pénale française –compétence législative– (cette règle étant posée par l'article 689 CPP) mais aussi celle selon laquelle le juge pénal français n'applique que la loi pénale française.

Plus précisément, au sein de l'Union Européenne, le risque de conflits positifs est aujourd'hui élevé sous l'effet de plusieurs facteurs :

- **Le phénomène de mondialisation** a d'abord favorisé le développement d'une criminalité internationale, l'Union Européenne constituant une cible de choix du fait de sa richesse et de sa facilité d'accès et de circulation grâce à l'espace Schengen.
- À cela s'est ajouté **l'augmentation de la mobilité des personnes et le développement d'Internet**. Les infractions dont la répression intéresse deux ou plusieurs Etats se sont donc multipliées.
- Ensuite, et pour répondre à cette internationalisation de la délinquance, **la répression a dû s'internationaliser**. Les Etats souverains, soucieux de préserver leur autonomie répressive, ont alors préféré à la coopération **l'extension de leurs compétences nationales**, non seulement extraterritoriales mais également territoriale. Ils ont donc apporté des réponses nationales à des phénomènes européens, encouragés en cela par l'Union européenne elle-même. L'Union européenne a en effet eu le souci de lutter contre les conflits négatifs de compétence notamment en ce qui concerne les infractions portant atteinte à ses intérêts. Ainsi, l'article 7 de la Décision-cadre du 29 mai 2000 en matière de protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro oblige les Etats membres ayant l'euro comme monnaie à retenir leur compétence pour tout atteinte qui y serait portée quelque soit le lieu de commission de l'infraction et la nationalité de l'auteur de l'infraction.

Or il peut paraître paradoxal que la tendance soit d'éviter les conflits négatifs de compétences, par conséquent de plus en plus théoriques au sein de l'Union Européenne¹⁹⁷, en stimulant les Etats à étendre leurs titres de compétence, ce qui participe directement de la multiplication des conflits positifs de compétences, sans qu'il n'y ait de progrès majeurs dans le sens d'une prévention ou d'un règlement de ces conflits, ce qui conduisait au sacrifice de certains droits fondamentaux.

De multiples compétences répressives se trouvent donc en concurrence pour juger une même infraction. Un tel état de fait aurait pu être acceptable s'il avait été assorti corrélativement de garanties assurant une bonne coordination des compétences, ce qui n'a pas été le cas. Cette

¹⁹⁷ À l'exception peut-être des infractions de fraude aux intérêts financiers des communautés : c'est là une illustration du fait que le conflit négatif de compétences témoigne plus d'un désintérêt de la répression que d'une lacune de cette dernière.

absence de coordination efficace se manifeste par l'insuffisance des modes de lutte contre les conflits de compétence.

Section 2 - L'insuffisance des modes de lutte contre les conflits de compétence

Pour créer des mécanismes de lutte contre les conflits de compétence, deux méthodes sont envisageables qui, loin de s'exclure, sont complémentaires : **une méthode préventive** et **une méthode curative**. Encore faut-il situer avec précision le curseur permettant de basculer de la prévention au règlement des conflits. Si l'on entend le terme de conflit de compétence moins dans le sens d'actions simultanées, que dans le sens de résultat de ces actions simultanées de compétences incompatibles, il est dès lors possible de fixer le curseur au moment où une décision définitive sur le fond de l'affaire a été rendue par un Etat membre.

On parle alors de prévention des conflits en l'absence de décision sur le fond, et de règlement des conflits en présence d'une ou plusieurs décisions sur le fond.

Prenant la mesure du caractère néfaste de la multiplication des compétences concurrentes, notamment quant à l'exemplarité et la légitimité de la justice pénale internationale en construction, les acteurs nationaux et internationaux ont tenté de mettre au point des mécanismes de lutte contre les conflits de compétence, les réponses exclusivement nationales se révélant inadaptées.

Ce fut notamment le cas de l'Union européenne pour ce qui est des conflits de compétence horizontaux. Au sein de cet espace, les discussions engagées sont longtemps restées lettre morte, à l'exception peut-être de l'application de la règle *ne bis in idem*. Pour autant, cela ne signifie pas que des mécanismes de lutte contre les conflits de compétence ne furent pas élaborés, mais ils se limitèrent souvent au règlement de ces conflits, et non à leur prévention, et se présentèrent sous la forme de simples ébauches du fait des nombreuses réticences qu'ils soulevèrent. Ils se révélèrent dès lors insuffisants.

Dans une certaine mesure, cette insuffisance peut également être transposée aux mécanismes de règlement des conflits de compétence verticaux (§ I), même si leur efficacité semble *a priori*, plus convaincante que celle relative aux conflits de compétence horizontaux (§ II).

§ I - L'insuffisance des mécanismes de lutte contre les conflits verticaux

Des mécanismes de règlement des conflits ont été prévus tant pour les TPI (A) que pour la CPI (B) qui sont distincts compte tenu de la différence affichée entre primauté des premiers et complémentarité de la seconde mais qui n'en posent pas moins tous deux des difficultés d'application.

A – Le règlement des conflits de compétence avec les TPI

Le règlement de ces conflits de compétence verticaux est aux mains des TPI compte tenu de l'affirmation de la primauté de leur compétence et du pouvoir de dessaisissement des juridictions nationales qui leur a été octroyé (1). La mise en œuvre de ces mécanismes de règlement des conflits verticaux n'en pose pas moins certaines difficultés (2).

1) Les mécanismes de règlement des conflits de compétence avec les TPI

Affirmée expressément dans les statuts des TPI Y et R ainsi que dans le statut du TSSL, la primauté de la compétence des TPI sur les juridictions nationales signifie qu'en cas de concurrence de compétence, celle des TPI doit l'emporter. Ce principe reçoit deux traductions techniques différentes selon que les juridictions nationales ont, ou pas, déjà rendu leur décision.

La primauté de compétence des TPI se traduit ainsi en premier lieu par la faculté de dessaisir les juridictions nationales à n'importe quel stade de la procédure¹⁹⁸. La mise en œuvre du principe de primauté est donc plutôt nuancée et pragmatique qui n'emporte pas compétence systématique et exclusive du TPI mais laisse à ce dernier la maîtrise de sa compétence en lui offrant la possibilité de dessaisir la juridiction nationale ou de la laisser exercer sa compétence, voire de lui renvoyer une affaire¹⁹⁹.

Lorsque, en second lieu, les juridictions nationales ont déjà rendu leur décision sur les faits relevant également de la compétence d'un TPI, la primauté reconnue à la compétence des TPI

¹⁹⁸ Art. 9 statut TPI Y et art. 8 statut TPI R.

¹⁹⁹ Cette dernière possibilité n'est envisagée que par le règlement de procédure et de preuve, v. par ex. art. 11 bis RPP TPI Y.

lui permet d'écarter le jeu de la règle *ne bis in idem* dans des cas qui sont précisés par les statuts et qui diffèrent d'ailleurs légèrement entre les deux TPI.

Ainsi, les statuts des TPI Y et R²⁰⁰ prévoient que ces Tribunaux pourront juger une personne ayant déjà été traduite devant une juridiction nationale pour les mêmes faits si la qualification donnée était celle d'un crime de droit commun, ce qui peut être le cas si la législation interne n'a par exemple pas consacré les notions de génocide ou de crime contre l'humanité, ou si la juridiction nationale n'était pas indépendante ou impartiale ou encore si la procédure engagée n'a pas été diligemment menée ou visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale.

En revanche la décision rendue par un TPI s'impose aux juridictions nationales qui ne peuvent juger le même individu pour les mêmes faits et sans qu'il ne soit prévu qu'elles puissent écarter le jeu de cette règle *ne bis in idem*.

C'est dire que, si la primauté de compétence des TPI ne se traduit pas par leur compétence exclusive pour les faits relevant de leur juridiction, elle se manifeste par le pouvoir laissé au TPI de maîtriser l'exercice de sa propre compétence et d'imposer sa décision aux juridictions nationales. Cette règle est donc de nature à régler tout conflit positif de compétence mais n'en soulève pas moins certaines difficultés.

2) Les difficultés de mise en œuvre du règlement des conflits de compétence avec les TPI

L'exercice par les TPI de leur faculté de dessaisissement et plus largement de leur primauté a en effet révélé un certain nombre de difficultés qu'il est intéressant de mettre en évidence pour mieux comprendre les enjeux et les difficultés du fonctionnement de la justice

²⁰⁰ Art 9 statut TPI R et art. 10 2. et 3. statut TPI Y, ce dernier prévoyant que « Quiconque a été traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire ne peut subséquemment être traduit devant le Tribunal international que si :

a) le fait pour lequel il a été jugé était qualifié crime de droit commun ; ou
b) la juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale ou indépendante, la procédure engagée devant elle visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale, ou la poursuite n'a pas été exercée avec diligence.

3. Pour décider de la peine à infliger à une personne condamnée pour un crime visé par le présent statut, le Tribunal international tient compte de la mesure dans laquelle cette personne a déjà purgé toute peine qui pourrait lui avoir été infligée par une juridiction nationale pour le même fait ».

internationale et pour en tirer des leçons sur les mécanismes à privilégier pour le règlement des conflits de compétence verticaux.

Trois points peuvent ainsi être abordés qu'il s'agisse de l'information préalable au règlement du conflit, de l'exercice de la faculté de dessaisissement ou de l'exercice de la faculté de renvoi devant une juridiction nationale.

- **l'information préalable au règlement du conflit de compétence**

L'information du TPI qu'une procédure devant une juridiction nationale est en cours sur les mêmes faits est indispensable pour permettre au TPI de faire valoir sa primauté qu'elle se traduise ou non par l'exercice de sa faculté de dessaisissement.

Les RPP des TPI permettent ainsi au Procureur, lorsqu'il lui apparaît qu'une infraction relevant de la compétence du tribunal fait ou a fait l'objet d'enquêtes ou de poursuites pénales devant une juridiction interne, de demander à l'Etat concerné de lui transmettre toutes les informations pertinentes²⁰¹. Cette obligation de coopération est particulièrement utile mais ne permet pas exactement d'imposer aux Etats qu'ils informent le TPI de leur saisine pour des faits relevant *a priori* de sa compétence puisqu'elle ne vise que l'hypothèse où ce conflit de compétence est apparu aux yeux du Procureur des TPI. Cette information précoce, portée à la connaissance du TPI dès que la juridiction interne retient sa compétence, pourrait pourtant permettre de régler au plus tôt le conflit de compétence et d'éviter sinon un dessaisissement, du moins un dessaisissement tardif, plus problématique tant pour les autorités judiciaires et étatiques concernées que pour les justiciables, qu'il s'agisse des personnes mises en cause – qui doivent notamment adapter leur défense à de nouvelles règles de procédure– ou des victimes –dont le rôle et la place dans le procès pénal peuvent radicalement changer²⁰² d'une juridiction à l'autre–. On peut ainsi saluer la loi française du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation à la résolution du Conseil de sécurité instituant le TPI Y d'avoir posé que le TPI est informé de « *toute procédure en cours portant sur des faits qui pourraient relever de sa compétence* »²⁰³.

²⁰¹ Art. 8 RPP TPI Y et art. 8 RPP TPI R.

²⁰² Si certaines législations internes à l'instar de la France reconnaissent à la victime la qualité de partie au procès pénal et les droits subséquents, les TPI ne les considèrent que comme des témoins. V. sur ce point et les divergences de législations internes, *La victime sur la scène pénale en Europe*, sous la dir. de G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges, PUF, coll. Les voies du droit, 2008.

²⁰³ Art. 2 al. 3, loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991.

Une telle obligation d'information paraît indispensable à promouvoir pour un règlement du conflit de compétence le plus rapide possible. Elle paraît d'ailleurs s'inscrire plus largement dans la coopération nécessaire entre juridictions nationales et internationales pour le règlement du conflit mais aussi pour l'exercice de leur compétence. Dans cet objectif, il a déjà été relevé qu'une information réciproque entre juridictions internes et internationales est souhaitable²⁰⁴, surtout si l'objectif de la concurrence des compétences est également de pousser les juridictions nationales à exercer leur compétence²⁰⁵.

- **L'exercice par les TPI de leur faculté de dessaisissement**

La faculté pour un TPI de dessaisir une juridiction nationale est la traduction technique de sa primauté de juridiction. L'exercice de cette faculté et la pratique qu'en ont développé le TPI Y et le TPI R ont révélé des difficultés qui devraient être mieux prises en compte à l'avenir, qu'elles concernent les conditions de fond de cette faculté ou sa procédure.

- Les conditions de fond de la faculté de dessaisissement

Parce que cette faculté de dessaisissement est exceptionnelle en droit international, elle devrait, selon certains auteurs, être soumise à des conditions strictes²⁰⁶.

Pourtant les motifs prévus par les RPP des TPI sont au contraire assez larges. Pour le TPI Y, le procureur peut ainsi fonder sa demande de dessaisissement d'une juridiction interne au motif que l'infraction a reçu une qualification de droit commun, que la procédure engagée n'est ni indépendante ni impartiale ou n'est pas menée avec diligence ou enfin que l'objet de la procédure porte sur des faits ou des points de droit qui ont une incidence sur des enquêtes ou des poursuites en cours devant le tribunal²⁰⁷. C'est surtout ce dernier fondement qui laisse une grande marge de manœuvre au Procureur et qui a d'ailleurs été exploité bien plus largement encore par le RPP du TPI R et du TSSL qui prévoient cette possibilité de demander le dessaisissement lorsque les faits font l'objet d'une enquête du Procureur, lorsqu'ils devraient faire l'objet d'une enquête compte tenu notamment de la gravité des infractions, de

²⁰⁴ V. par ex. E. Lambert-Abdelgawad, *Le dessaisissement des tribunaux nationaux au profit des tribunaux pénaux internationaux : un encadrement abusif par le droit international de l'exercice de la compétence judiciaire interne*, RGDI 2004-2, p. 407 et s., spéc. p. 412.

²⁰⁵ Il est d'ailleurs sans doute significatif que le statut de la CPI prévoit l'obligation pour le procureur d'informer les Etats parties et les Etats qui pourraient être compétents pour juger les faits concernés (art 18 1. du statut CPI).

²⁰⁶ En ce sens, v. notamment E. Lambert-Abdelgawad, *op. cit., loc. cit.*

²⁰⁷ Art. 9 RPP TPI Y.

la qualité de l'accusé ou de l'importance générale des points soulevés par l'affaire et enfin lorsque les faits font l'objet d'un acte d'accusation devant le tribunal²⁰⁸.

Laisser le Procureur demander le dessaisissement dès que les faits ont un lien avec une affaire sur laquelle il enquête et, par conséquent, avant qu'un acte d'accusation ne vise la personne concernée par la procédure interne est sans aucun doute excessif. Si l'on peut comprendre le souhait d'un Procureur d'avoir une vision globale des faits sur lesquels il enquête, il ne semble toutefois pas que cette enquête implique systématiquement un dessaisissement des juridictions internes. Obtenir de ces juridictions leurs éléments de preuve sur les faits qui intéressent le Procureur serait largement suffisant à cette fin et en tout cas pour lui permettre de se déterminer sur la nécessité et la possibilité d'une mise en accusation.

Plus largement, on peut concevoir deux fondements distincts à la demande de dessaisissement : ceux fondés sur la nécessité de la procédure devant le TPI et ceux fondés sur l'insuffisance de la procédure interne. Si l'on considère que les premiers laissent trop de pouvoir au Procureur pour mettre en œuvre un dessaisissement qui porte atteinte à la souveraineté des Etats, sans doute faut-il alors recommander que la demande de dessaisissement soit fondée sur des éléments objectifs établissant l'insuffisance ou les défauts de la procédure menée en interne. Toutefois, ces motifs, qui sont également prévus dans le RPP du TPI Y posent des difficultés d'application.

S'agissant d'abord du motif selon lequel la procédure interne est diligentée sur les mêmes faits mais pour une qualification différente, si l'on peut effectivement analyser le choix d'une qualification de droit commun comme manifestant la volonté d'adoucir la responsabilité de la personne mise en cause, ce choix peut également s'expliquer par l'absence de qualification spéciale en droit interne pour les infractions relevant de la compétence des TPI. Dans cette dernière hypothèse, le défaut d'harmonisation substantielle doit certes être regretté mais il n'en reste pas moins que la procédure interne n'apparaît pas, de ce simple fait, comme défailante.

En ce qui concerne ensuite le fondement tiré des défauts de la procédure interne qui ne serait ni indépendante ni impartiale, il paraît en réalité plutôt difficile à caractériser. La chambre de première instance du TPI Y a ainsi refusé de retenir ce fondement pour une demande de dessaisissement parce que le Procureur n'avait pas rapporté la preuve du défaut d'impartialité

²⁰⁸ Art 9 RPP TPI R et TSSL

et d'indépendance de la procédure²⁰⁹. Ce dernier avait pourtant fondé sa requête sur les refus constants de l'Etat de procéder à l'arrestation de l'individu malgré les mandats émis par le TPI et en avait déduit que la procédure interne avait pour objectif de faire échapper l'intéressé à une procédure internationale. Autrement dit, le Procureur doit se fonder sur des éléments objectifs avérés pour qualifier les défauts de la procédure suivie en interne, le risque qu'une procédure ne présente pas les garanties d'indépendance ou d'impartialité ne pouvant suffire. Parce que la caractérisation de ces critères objectifs est ainsi délicate, on peut comprendre que les Procureurs aient privilégié les autres fondements de la demande de dessaisissement. Mais parce qu'il n'est pas satisfaisant de fonder cette demande sur la seule utilité que peut lui trouver le Procureur, une conciliation des intérêts en jeu devrait donc être trouvée.

- La procédure de dessaisissement

La procédure de dessaisissement, telle qu'elle est prévue au règlement de procédure et de preuve reste assez sommaire et a soulevé certaines difficultés qui ont dû être réglées par la jurisprudence des TPI.

C'est ainsi que s'est tout d'abord posée la question de savoir à quel moment la demande de dessaisissement pouvait intervenir, la question se dédoublant d'ailleurs selon que l'on envisage le déroulement de la procédure devant le TPI ou devant la juridiction interne. En ce qui concerne tout d'abord la procédure devant le TPI, il est clair que la demande de dessaisissement peut être formulée avant même qu'un acte d'accusation n'ait été pris, le RPP du TPIR précisant d'ailleurs que la demande peut être faite dès lors que les faits devraient faire l'objet d'une enquête par le Procureur²¹⁰. En ce qui concerne ensuite la procédure interne, les difficultés se posent au contraire lorsque cette procédure est très avancée. Outre que l'on peut considérer qu'il n'est alors pas nécessairement pertinent pour la justice de recommencer une procédure devant une autre juridiction, les droits de la personne mise en cause peuvent être menacés par cette nouvelle procédure qui va lui être imposée.

Peut donc ensuite se poser la question du respect des droits fondamentaux tout au long et du fait de cette procédure de dessaisissement. Si le dessaisissement est possible lorsque certains droits fondamentaux (droit à un tribunal indépendant et impartial notamment) ne sont pas

²⁰⁹ Affaire *Hôpital de Vukovar*, IT-95-13-D, TPI Y audience du 9 décembre 1998.

²¹⁰ Art. 9 RPP TPI R et TSSL.

respectés, le problème est bien plutôt de déterminer ici si l'exercice même de la faculté de dessaisissement n'est pas de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée. La règle *ne bis in idem* s'oppose ainsi tout d'abord à ce qu'un individu soit jugé deux fois pour les mêmes faits et si certaines exceptions sont traditionnellement posées en droit international à l'application de cette règle c'est uniquement lorsque la première procédure s'est révélée défailante. Or, il a été vu que les fondements de la demande de dessaisissement ne se limitent pas à cette hypothèse.

C'est ensuite le droit pour l'accusé de disposer du temps et des facilités nécessaires pour sa défense qui peut poser problème lorsque le procès est repris devant une nouvelle juridiction obéissant à des règles procédurales distinctes²¹¹.

Enfin, la nature juridique de l'acte de dessaisissement aurait dû sans nul doute être mieux précisée. A la différence d'une ordonnance de renvoi, la demande de dessaisissement n'est en effet pas une ordonnance du tribunal et certains lui ont par conséquent dénié tout caractère obligatoire²¹². Les RPP prévoient pourtant que le non-respect d'une demande officielle de dessaisissement peut être soumis au Conseil de sécurité de l'ONU²¹³ et les TPI ont posé le caractère contraignant de ces demandes²¹⁴.

Les critères permettant au Procureur de solliciter le dessaisissement d'une juridiction interne sont donc larges tandis que la procédure de dessaisissement laisse planer quelques doutes : la faculté pour les TPI de dessaisir les juridictions internes aurait ainsi pu donner lieu à de nombreux abus qui n'ont pourtant pas eu lieu tant il apparaît qu'en réalité les Etats se sont plutôt montrés réticents à exercer leur compétence lorsque les faits relevaient également de celle d'un TPI²¹⁵.

L'utilisation de cette procédure par les TPI est de toute façon aujourd'hui en grande partie dépassée dans le contexte de fin des travaux de ces juridictions. C'est donc bien plutôt sur l'exercice par les TPI de leur faculté de renvoi que l'on peut s'interroger.

²¹¹ Art. 21 statut TPI Y.

²¹² V. P. Weckel, *L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie*, AFDI, 1993, pp. 232 et s., spéc. p. 259.

²¹³ V. par ex. art. 11 RPP TPI Y et Résolution 1207 (1998).

²¹⁴ V. *Affaire Mucic et consorts*, IT-96-21, ch. de première instance, 16 novembre 1998, spéc. § 177.

²¹⁵ En ce sens notamment, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *Le dessaisissement des tribunaux nationaux au profit des tribunaux pénaux internationaux*, RGDIP 2004-2, p. 407 et s.

- **L'exercice par les TPI de leur faculté de renvoi**

Cette faculté de renvoi de l'acte d'accusation devant une juridiction nationale a été ajoutée dans les RPP et figure, au même titre que la faculté de dessaisissement, dans le chapitre consacré à la primauté du tribunal. C'est dire que la primauté des TPI se manifeste moins par leur faculté de juger les faits relevant de la compétence de juridictions nationales que par le pouvoir de contrôler la désignation de la juridiction chargée de juger ces faits, qu'il s'agisse du TPI ou des juridictions étatiques.

Le renvoi de l'acte d'accusation devant une juridiction interne n'emporte d'ailleurs pas fin de la compétence des TPI, ni fin de leur primauté puisque, avant que l'accusé ne soit déclaré coupable ou acquitté par la juridiction de renvoi, le TPI peut annuler l'ordonnance de renvoi et demander le dessaisissement²¹⁶.

Le renvoi de l'acte d'accusation apparaît donc bien plutôt comme un mode de gestion de la compétence que comme un mécanisme de résolution des conflits de compétence mais il n'en reste pas moins intéressant à aborder de ce dernier point de vue dans la mesure où il paraît tout de même peu probable qu'une demande de dessaisissement fasse suite à une demande de renvoi.

Plusieurs éléments confirment l'analyse de la faculté de renvoi comme un moyen de gestion de flux des affaires relevant de la compétence des TPI. En premier lieu on peut ainsi observer que le renvoi peut être effectué envers les autorités d'un Etat n'ayant pas encore exercé sa compétence dès lors qu'il est disposé à l'accepter et à l'exercer²¹⁷.

En second lieu, les RPP ne posent pas de conditions de fond à ce renvoi, laissant ainsi la formation de renvoi libre d'en décider. Les seules conditions posées sont en effet liées au respect des droits fondamentaux de l'accusé, la formation de renvoi devant s'assurer qu'il bénéficiera d'un procès équitable et qu'il ne sera pas condamné à la peine capitale ni exécuté²¹⁸. Pour le reste, le Règlement de Procédure et de Preuve se contente de donner des indications à la formation de renvoi, lui demandant ainsi de tenir compte de la gravité des crimes reprochés et de la position hiérarchique de l'accusé pour décider du renvoi

²¹⁶ V. par ex. art 11 *bis* F) RPP TPI Y.

²¹⁷ Art. 11 *bis* A) RPP TPIY qui prévoit que la formation de renvoi détermine « s'il y a lieu de renvoyer l'affaire aux autorités de l'Etat :

- i) Sur le territoire duquel le crime a été commis,
- ii) Dans lequel l'accusé a été arrêté, ou
- iii) Ayant compétence et étant disposé et tout à fait prêt à accepter une telle affaire. »

²¹⁸ Art. 11 *bis* B) RPP TPIY.

conformément à la Résolution 1534 (2004) du Conseil de Sécurité de l'ONU qui, pour la mise en œuvre de la stratégie d'achèvement des travaux des TPI, demande aux TPI de limiter les nouveaux actes d'accusation aux plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de leur compétence et d'envisager le renvoi devant les juridictions nationales pour les affaires impliquant des accusés de rang intermédiaire ou subalterne.

Si elle ne tranche donc pas un conflit de compétence entre le TPI et une juridiction interne, la faculté de renvoi n'en suscite pas moins certaines observations. Elle est en effet moins un renoncement du TPI à exercer sa compétence qu'une délégation de cette compétence²¹⁹ qui manifeste donc à part entière la primauté du TPI et n'entend pas nécessairement laisser libre cours à la compétence interne.

C'est dire combien le principe de primauté des TPI marque le jugement des faits relevant de leur compétence qu'ils soient jugés par les TPI ou par les juridictions nationales et doit conduire à envisager distinctement le règlement des conflits de compétence avec la CPI.

B – Le règlement des conflits de compétence avec la CPI

La Cour pénale internationale est fondée sur le principe de complémentarité ainsi que le rappellent le préambule et le corps de son statut. Cette complémentarité ayant en effet été indispensable pour favoriser l'adoption du statut, elle est donc exprimée dès le préambule, est rappelée dans l'article 1^{er} du statut et est techniquement développée à l'article 17 du statut²²⁰.

²¹⁹ Sur cette qualification, v. O. Cahn, *Le jugement en France par délégation d'une juridiction pénale internationale*, Rev. sc. crim. 2008, pp. 273 et s., spéc. p. 276.

²²⁰ Art. 17 statut CPI :

1. *Eu égard au dixième alinéa du préambule et à l'article premier, une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque :*

a) *L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ;*

b) *L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites ;*

c) *La personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20, paragraphe 3 ;*

d) *L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite.*

2. *Pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes :*

Ce dernier article, assez long, pose ainsi les circonstances dans lesquelles une affaire doit être déclarée irrecevable par la Cour. Plusieurs hypothèses sont visées qui manifestent ce caractère complémentaire de la compétence de la Cour. La Cour pénale internationale doit ainsi juger une affaire irrecevable :

- tout d'abord lorsqu'elle fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce à moins que cet Etat n'ait pas la volonté ou ne soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites

- ensuite lorsque l'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un Etat compétent et que cet Etat a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'Etat de mener à bien des poursuites

- enfin lorsque la personne concernée a déjà été jugée pour les mêmes faits sauf si la procédure devant cette juridiction avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour ou si la procédure devant cette juridiction n'a pas été menée de manière indépendante et impartiale et démentait l'intention de traduire l'intéressé en justice²²¹.

Si l'on veut tenter de synthétiser ces hypothèses d'irrecevabilité, ce n'est finalement qu'à défaut de poursuites ou de procédures valables exercées par un Etat que la Cour pénale internationale peut justifier de sa compétence. Ce principe de complémentarité limite donc les hypothèses où la Cour pénale internationale pourra juger recevables les affaires qui lui sont soumises et peut apparaître comme une mise en œuvre, dans l'ordre vertical, de la forme absolue de la règle *ne bis in idem* qui interdit les doubles poursuites²²². Sans doute la Cour

a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 ;

b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée ;

c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée.

3. Pour déterminer s'il y a incapacité de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère si l'État est incapable, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure.

²²¹ V. également art. 20 3 du statut CPI (*Ne bis in idem*).

²²² Sur l'application et les insuffisances de cette règle dans l'ordre horizontal, v. *infra*.

pénale internationale n'est pas entièrement soumise au bon vouloir des Etats puisqu'il lui est donné de contrôler la qualité des procédures nationales entamées pour apprécier la recevabilité des affaires qu'elle a à connaître²²³. La chambre d'appel a ainsi pu souligner que la première étape de ce contrôle consiste tout d'abord à déterminer si des procédures sont menées ou ont été menées ou non au niveau national mais aussi que ce n'est qu'en cas de réponse affirmative, qu'une deuxième étape impose alors d'apprécier le manque de volonté et de capacité de l'état à juger les faits. Autrement dit, la chambre d'appel a pu décider que l'inaction de l'Etat rend l'affaire recevable devant la CPI²²⁴, sous réserve toutefois de l'article 17-1 d du statut qui permet à la Cour de ne pas donner suite aux affaires qui ne sont pas suffisamment graves.

Toutefois le principe de complémentarité est également vu comme devant permettre d'encourager les Etats à exercer leur compétence²²⁵ ce qui explique d'ailleurs que l'article 18 du statut prévoit que, lorsque le Procureur a déterminé qu'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête ou lorsqu'il a ouvert une enquête, il doit le notifier aux Etats parties et aux Etats qui auraient normalement compétence à l'égard des crimes dont il s'agit pour leur permettre d'exercer leur compétence²²⁶.

²²³ Sur l'interprétation de la notion d'affaire, v, Ch. Préliminaire II, *Situation en République du Kenya*, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du statut de Rome, 31 mars 2010, . ICC 01/09 spéc. § 41 à 48.

²²⁴ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, ICC-01/04-01/07-1497, §78.

²²⁵ Cf. ICC-OTP 2003, *The principle of complementarity in practice*, qui expose les deux aspects du principe de complémentarité : « partnership and vigilance ». « *Partnership highlights the fact that the relationship with States that are genuinely investigating and prosecuting can and should be a positive, constructive one. The Prosecutor can, acting within the mandate provided by the Statute, encourage the State concerned to initiate national proceedings, help develop cooperative anti-impunity strategies, and possibly provide advice and certain forms of assistance to facilitate national efforts. There may also be situations where the Office of the Prosecutor (OTP) and the State concerned agree that a consensual division of labour is in the best interests of justice; for example, where a conflict-torn State is unable to carry out effective proceedings against persons most responsible*

Vigilance marks the converse principle that, at the same time, the ICC must diligently carry out its responsibilities under the Statute. The Prosecutor must be able to gather information in order to verify that national procedures are carried out genuinely. Cooperative States should generally benefit from a presumption of bona fides and baseline levels of scrutiny, but where there are indicia that a national process is not genuine, the Prosecutor must be poised to take follow-up steps, leading if necessary to an exercise of jurisdiction ».

²²⁶ Article 18 (DÉCISION PRÉLIMINAIRE SUR LA RECEVABILITÉ) statut CPI

1. Lorsqu'une situation a été déférée à la Cour comme le prévoit l'article 13, alinéa a), et que le Procureur a déterminé qu'il y aurait une base raisonnable pour ouvrir une enquête, ou lorsque le Procureur a ouvert une enquête au titre des articles 13, paragraphe c), et 15, le Procureur le notifie à tous les États Parties et aux États qui, selon les renseignements disponibles, auraient normalement compétence à l'égard des crimes dont il s'agit. Il peut le faire à titre confidentiel et, quand il juge que cela est nécessaire pour protéger des personnes,

Ce n'est donc qu'en cas d'une double inaction des Etats normalement compétent – avant la notification par le Procureur et après cette notification– que la Cour pourra juger l'affaire recevable.

Lorsqu'un Etat a exercé sa compétence, l'affaire ne sera recevable devant la Cour que si la procédure menée devant les juridictions internes ne traduit pas la volonté de l'Etat de juger effectivement les responsables. Ce critère doit être explicite.

Il implique ainsi tout d'abord que l'Etat doit avoir manifesté sa volonté de juger les plus hauts responsables pour les faits les plus graves pour que l'irrecevabilité de l'affaire devant la CPI puisse être légitimement soulevée²²⁷.

Se pose ensuite la question de savoir comment la CPI va pouvoir exercer son contrôle sur les procédures diligentées par les juridictions nationales. La question implique ainsi de

prévenir la destruction d'éléments de preuve ou empêcher la fuite de personnes, il peut restreindre l'étendue des renseignements qu'il communique aux États.

2. Dans le mois qui suit la réception de cette notification, un État peut informer la Cour qu'il ouvre ou a ouvert une enquête sur ses ressortissants ou d'autres personnes sous sa juridiction pour des actes criminels qui pourraient être constitutifs des crimes visés à l'article 5 et qui ont un rapport avec les renseignements notifiés aux États. Si l'État le lui demande, le Procureur lui défère le soin de l'enquête sur ces personnes, à moins que la Chambre préliminaire ne l'autorise, sur sa demande, à faire enquête lui-même.

3. Ce sursis à enquêter peut être réexaminé par le Procureur six mois après avoir été décidé, ou à tout moment où il se sera produit un changement notable de circonstances découlant du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien l'enquête modifie sensiblement les circonstances.

4. L'État intéressé ou le Procureur peut relever appel devant la Chambre d'appel de la décision de la Chambre préliminaire, comme le prévoit l'article 82. Cet appel peut être examiné selon une procédure accélérée.

5. Lorsqu'il sursoit à enquêter comme prévu au paragraphe 2, le Procureur peut demander à l'État concerné de lui rendre régulièrement compte des progrès de son enquête et, le cas échéant, des poursuites engagées par la suite. Les États Parties répondent à ces demandes sans retard injustifié.

6. En attendant la décision de la Chambre préliminaire, ou à tout moment après avoir décidé de surseoir à son enquête comme le prévoit le présent article, le Procureur peut, à titre exceptionnel, demander à la Chambre préliminaire l'autorisation de prendre les mesures d'enquête nécessaires pour préserver des éléments de preuve dans le cas où l'occasion de recueillir des éléments de preuve importants ne se représentera pas ou s'il y a un risque appréciable que ces éléments de preuve ne soient plus disponibles par la suite.

7. L'État qui a contesté une décision de la Chambre préliminaire en vertu du présent article peut contester la recevabilité d'une affaire au regard de l'article 19 en invoquant des faits nouveaux ou un changement de circonstances notables.

²²⁷ V. par ex. Ch. Préliminaire II, *Situation en République du Kenya*, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du statut de Rome, 31 mars 2010, ICC 01/09 spéc. § 183 où il est relevé que « du fait de l'absence de procédures engagées devant les juridictions nationales contre les personnes portant la responsabilité la plus lourde pour les crimes contre l'humanité allégués, le Procureur a considéré que la ou les affaires auxquelles son enquête sur la situation pourrait donner lieu seraient actuellement recevables ». V. également, Ch. Préliminaire III, *Situation en République de Côte d'Ivoire*, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du statut de Rome, 3 octobre 2011, ICC 02/11 spéc. § 200 : « *With regard to the proceedings in France, the Prosecutor submits that the investigations conducted by the French judicial authorities are limited to two distinct incidents and they do not relate to the most serious crimes under the jurisdiction of the Court* ».

déterminer des critères permettant d'apprécier la volonté de l'Etat de mener à bien les poursuites qu'il a engagées. Le document informel sur le principe de complémentarité est intéressant qui fournit en annexe 4 une liste des indices révélant l'absence de volonté ou de capacité des Etats à mener à bien les procédures parmi lesquels figurent notamment les délais de la procédure, l'indépendance et l'impartialité des juridictions ou encore le manque de personnel judiciaire, ou d'infrastructures²²⁸. La question est sans doute surtout celle des moyens effectifs de contrôle. Si le procureur peut demander les renseignements qui lui sont nécessaires et doit mener son enquête pour apprécier la recevabilité de l'affaire, il reste possible que dans certaines hypothèses les Etats conservent la main mise sur la situation des personnes poursuivies sans avoir véritablement l'intention de mener à bien les poursuites et la procédure. Le risque est aussi que si la procédure interne a été jugée insuffisante pour s'opposer à la recevabilité de l'affaire devant la CPI, l'Etat ne soit guère disposé à coopérer avec le Procureur pour rassembler les preuves nécessaires.

La complémentarité de la Cour pénale internationale était une de ses conditions d'existence et elle est sans doute en soi une bonne chose : il est en effet légitime que des criminels soient d'abord jugés dans leur pays ou dans le pays de commission des crimes²²⁹. On peut ainsi saluer le fait que le statut de la CPI ait prévu une information précoce des Etats pour les inciter à exercer leur compétence ce qui permet de plus de prévenir le conflit de compétence entre juridictions nationales et CPI.

Malgré tout, pour assurer la lutte contre l'impunité, il peut apparaître nécessaire que la Cour pénale internationale soit maître de sa propre compétence et qu'elle puisse donc contrôler effectivement la valeur des procédures suivies devant les juridictions internes. Si ce contrôle est effectif, il pourra être question d'une complémentarité réussie ; à défaut, la Cour pénale internationale ne sera que subsidiaire.

C'est dire que le règlement satisfaisant de la concurrence des compétences dans l'ordre vertical ne peut se faire qu'avec la bonne coopération des Etats concernés, difficulté qui se retrouve d'ailleurs dans l'ordre horizontal.

²²⁸ Cf. ICC-OTP 2003, *The principle of complementarity in practice, Annex 4 : List of indicia of unwillingness or inability to genuinely carry out proceedings.*

²²⁹ Sur la valeur d'exemplarité d'une justice nationale, v. Tzvetan TODOROV, *Les limites de la justice*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY, PUF, 2002, p. 43 et s.

§ II - L'insuffisance des mécanismes de lutte contre les conflits horizontaux

Doivent être envisagés successivement les mécanismes de lutte contre les conflits de compétence qui sont posés à l'échelle nationale (A) puis à l'échelle européenne (B).

A – L'insuffisance des mécanismes de luttés prévus à l'échelle nationale

En ce qui concerne les conflits de compétence horizontaux ou transnationaux, et à l'échelle exclusivement nationale tout d'abord, les seuls remparts érigés contre de tels conflits sont le principe de **l'opportunité des poursuites** (1) laissée au ministère public ou, en France, à une éventuelle victime, et **la règle ne bis in idem** dans sa version transnationale (2). Or ils se montrent tous deux impuissants à résoudre adéquatement ces conflits.

1 – L'opportunité des poursuites

L'opportunité des poursuites est un mécanisme peu fiable du point de vue de la sécurité juridique car laissé à la discrétion des individus, professionnels ou simples justiciables. Or ces derniers seront souvent enclins à déclencher des poursuites, et ce malgré l'existence d'une procédure parallèle dans un autre État et donc un risque potentiel de conflit de compétence, dès lors que l'infraction concernée entretient des liens plus ou moins étroits avec la France pour les premiers ou touchent leurs intérêts personnels pour les seconds.

2 – La règle ne bis in idem

La règle *ne bis in idem* dans sa version transnationale²³⁰ ensuite prévoit que nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits.

²³⁰ Sur cette question, cf. notamment l'intervention d'A. Klip sur *Ne bis in idem*, lors du colloque consacré à « L'influence de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le droit pénal (international) », et organisé à Genève les 19 et 20 février 2010, ainsi que celles de D. Chilstein sur *Le règlement des conflits de compétence* et de S. Stein sur *La règle ne bis in idem*, lors du colloque intitulé « Quels principes pour une politique criminelle européenne après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ? » et organisé à Strasbourg le jeudi 25 novembre 2010.

Elle se présente sous **deux formes** :

- une forme absolue - elle permet de résoudre les conflits de compétence en évitant l'ouverture d'une seconde procédure dans une même cause dans l'hypothèse où une décision définitive sur le fond a déjà mis fin à la procédure dans un autre Etat (interdiction des doubles poursuites) - , et
- une forme relative – lorsque la forme absolue de la règle n'a pu empêcher qu'une nouvelle décision définitive sur le fond intervienne, et plus précisément une décision de condamnation, elle permet d'imputer la peine déjà subie à l'étranger sur celle prononcée en France ou inversement (interdiction des doubles peines) - .

Le plus souvent, seule sa forme absolue est prise en considération à l'échelle nationale. Cette règle est *a priori* plus respectueuse de la sécurité juridique puisque fondée sur des critères déterminés.

Pour autant, elle n'est pour l'heure pas beaucoup plus satisfaisante que l'opportunité des poursuites en matière de résolution des conflits de compétence et, ce pour au moins deux raisons.

En effet, il s'agit en premier lieu d'un **mécanisme qui intervient *a posteriori*** : ainsi, elle ne fait obstacle à l'ouverture d'une seconde procédure ou au prononcé d'une seconde peine qu'une fois une décision définitive sur le fond rendue par un des États compétents pour juger de l'affaire. Or c'est justement ce dernier qui sera désigné comme seul compétent du simple fait qu'il a mené la procédure à son terme plus rapidement que les autres. Le choix de la compétence répressive apparaît dès lors comme le fruit du hasard puisque basé sur un critère exclusivement temporel. Aussi, si la règle *ne bis in idem* est certes un outil efficace de résolution des conflits de compétence, elle ne devrait toutefois intervenir qu'en dernier recours dans le cadre plus large de la lutte contre les conflits de compétence. En effet, avec cette règle, la primauté est accordée de fait à la procédure aboutissant le plus rapidement et à la décision sur le fond devenue définitive la première, ce qui est peu compatible avec la coopération judiciaire pénale et explique entre autres les exceptions et restrictions auxquelles le principe reste soumis.

Précisément et en second lieu, **le champ d'application (a) ainsi que la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* proprement dite (b) sont limités par les réflexes souverainistes de la plupart des États.** D'ailleurs, qu'elle ait une source interne ou internationale, la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* est très loin d'être extensive.

a) *champ d'application restreint de ne bis in idem*

Aussi, la position souverainiste du législateur français conduit à une efficacité bridée des instruments de coopération internationaux et le domaine d'application de la règle se présente alors sous l'aspect d'« *une étoffe irrégulièrement ajourée* »²³¹. **Plus exactement, le législateur français répugne à reconnaître de manière large la règle *ne bis in idem*,** cette affirmation devant toutefois être précisée en fonction du chef de compétence.

Par conséquent, lorsqu'une infraction est rattachable, même de manière très ténue, au territoire français et relève donc de la **compétence territoriale de la loi française**, c'est un rejet catégorique de la règle *ne bis in idem* qui est constaté, ceci en raison d'une application stricte de la territorialité des décisions pénales²³².

Toutefois, et par exception, exclusivement lorsque l'infraction relève de la compétence extraterritoriale de la loi française - **compétence personnelle active ou passive et compétence universelle**²³³ -, l'intervention de la règle *ne bis in idem* est autorisée par la conception plus souple de la territorialité des décisions pénales adoptée.

L'hypothèse de la **compétence extraterritoriale qualifiée de réelle**²³⁴ doit cependant être mise à part puisque, dans ce cas, le jeu de la règle *ne bis in idem* est exclu eu égard à l'importance des intérêts touchés.

Aussi, la place réservée à la règle par le droit pénal interne lorsque le législateur fixe unilatéralement la compétence de la loi pénale française est dans l'ensemble réduite, et surtout presque inexistante dès lors que l'ordre public français a été troublé ou que les intérêts essentiels de la France ont été atteints. Cela témoigne indéniablement d'une défiance persistante envers les juridictions étrangères.

²³¹ M. Pralus, *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis*, Rev.sc.crim., 1996, p.552.

²³² V. les articles 113-1 et s. C.P.

²³³ V. les articles 113-6, 113-7, 113-9 et 113-11 C.P. pour la compétence personnelle et 689 C.P.P. et s. (notamment 692) pour la compétence universelle.

²³⁴ V. l'article 113-10 C.P.

Or, la France, par voie de convention et à l'égard de certains États, pourrait vouloir donner plus d'efficacité à la règle *ne bis in idem*. Les conventions de plus en plus nombreuses admettant le jeu de la règle et auxquelles la France est partie contribuent ainsi à la réduction du risque de cumul de répressions étatiques. Malheureusement, leur efficacité n'est que très réduite : soit la règle est cantonnée à une sphère particulière limitée dans l'espace²³⁵ ou du fait de la particularité du mécanisme²³⁶ ou encore de la nature de la criminalité²³⁷ concerné(e), soit elle est exclue par l'effet d'une volonté unilatérale, par exemple, par la formulation de réserves étatiques²³⁸, ou par l'appréciation souveraine des juridictions pénales internationales²³⁹.

Par conséquent, les conventions internationales sont très décevantes quant à la reconnaissance de la portée internationale de la règle *ne bis in idem*. Les accords internationaux souscrits par

²³⁵ Par exemple, seul l'espace national est parfois concerné : v. l'article 14§7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 auquel la France a adhéré par la loi du 25 juin 1980 et est liée depuis le 4 février 1981, et l'article 4§1 du protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme élaboré à Strasbourg le 22 novembre 1984 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988.

²³⁶ La règle *ne bis in idem* apparaît alors comme un motif de refus des mécanismes procéduraux de coopération visés dans certaines conventions de portée générale. Ainsi, diverses conventions sur l'extradition et l'assistance en matière pénale contiennent une réglementation plus souple de la règle *ne bis in idem*. V. pour l'extradition et le mandat d'arrêt européen, la Convention européenne d'extradition de Paris du 13 décembre 1957 (Conseil de l'Europe), les nombreuses conventions bilatérales conclues par la France (une trentaine), et la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres. Ensuite, plusieurs autres conventions internationales prévoient l'application de la règle *ne bis in idem* dans des hypothèses plus larges que le droit commun français : v., même si elle n'a pas été signée par la France, la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970 et la Convention européenne du 15 mai 1972 sur la transmission des procédures répressives, ainsi que, au sein de l'Union européenne, les premières décisions-cadres qui concrétisent le principe de la reconnaissance mutuelle dans le secteur pénal (la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve et la décision-cadre relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation). V. enfin la Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition (Strasbourg, 1964), et la Convention européenne sur le transfèrement des personnes condamnées (Strasbourg, 1983) (Protocole additionnel de 1997).

²³⁷ V. la Convention relative au blanchiment, au dépistage et à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990 (article 18§1, e) ; la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (article 7§1) et ses Premier (1996) et Second Protocoles (1997) ; la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne (article 10) ; la Convention européenne sur la répression des infractions routières (Strasbourg, 1964) (article 9§1-a notamment) ; la Convention universelle sur les publications obscènes du 12 septembre 1923 (article 2 alinéa 2) ; la Convention unique sur les stupéfiants, signée à New York le 30 mars 1961 et entrée en vigueur à l'égard de la France le 21 mars 1969 (article 36§2, a, iv).

²³⁸ V. notamment, la Convention de Schengen du 19 juin 1990 portant application de la Convention de Schengen du 14 juin 1985 (articles 54 à 58).

²³⁹ V. les Statuts des T.P.I. et de la C.P.I. relatifs aux infractions internationales par nature, ainsi que la jurisprudence de la C.J.C.E., devenue C.J.U.E., relative à un cumul possible des sanctions communautaires et pénales.

la France, alors même qu'ils proclament le principe *ne bis in idem* dans des termes, le plus souvent, plus généraux que ceux figurant en droit français, n'en modifient pas pour autant les solutions de droit commun.

b) Difficultés de mise en œuvre de la règle ne bis in idem

Outre le champ d'application restreint de la règle *ne bis in idem*, s'ajoute le problème de sa mise en œuvre puisque **les conditions d'application de la règle²⁴⁰, tant relatives à l'aspect non bis²⁴¹ qu'à l'aspect in idem²⁴², sont conçues et interprétées de manière très restrictives par le droit positif français**. En effet, lorsqu'il s'agit de décisions répressives émanant d'autorités nationales étrangères, le dogme de la territorialité fait très souvent sa réapparition et prive la règle *ne bis in idem* d'une portée extensive, alors même que les décisions répressives rendues par les juridictions internationales se voient reconnaître par les États l'autorité négative de la chose jugée. Ce bilan dressé pour la France reflète assez bien la situation qui prévaut dans la majorité des législations nationales, du moins européennes.

En conséquence, les modes nationaux de lutte contre les conflits de compétence horizontaux s'avérant inefficaces et donc peu protecteurs des droits fondamentaux individuels, des solutions ont dû être recherchées à une autre échelle, à savoir l'échelle régionale, et plus spécifiquement européenne.

B – La recherche de mécanismes de lutte à l'échelle européenne

En effet, l'espace de l'Union européenne est un lieu d'étude privilégié dans la mesure où il s'agit d'un espace de confiance *a priori* particulièrement propice à l'émergence de solutions satisfaisantes, comme par exemple la coordination interétatique des compétences nationales, pour prévenir et régler les conflits transnationaux de compétence. Or, de manière surprenante, la lutte contre les conflits transnationaux de compétences est encore loin d'être satisfaisante au sein de l'Union européenne alors qu'une certaine confiance mutuelle est censée exister

²⁴⁰ V. les articles 113-9 C.P. et 692 C.P.P.

²⁴¹ Dans l'hypothèse où un jugement étranger peut être invoqué pour faire obstacle à une nouvelle poursuite en France, il faut une décision étrangère définitive et qu'en cas de condamnation, la peine ait été exécutée ou prescrite.

²⁴² Il faut en outre que la répression étrangère et la répression française soient relatives « aux mêmes faits ».

entre les États membres. Au sein de l'Union européenne des mécanismes de prévention et de règlement des conflits existent mais souvent de manière imparfaite, soit en tant que réalisations de droit positif, soit en tant que simples projets.

Plus précisément, et en présence d'au moins une décision définitive sur le fond rendue par l'un des États membres se déclarant compétents pour connaître d'une affaire, il existe un véritable conflit de compétences, dont la résolution repose principalement sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale, corollaire du principe de libre circulation des personnes. Or, l'un des enjeux de la reconnaissance mutuelle est l'application d'un mécanisme bien connu de résolution des conflits de compétences, à savoir la règle *ne bis in idem* dans sa version transnationale tant relative qu'absolue. Dès lors, cette règle **constitue le mécanisme privilégié de lutte contre les conflits de compétences, tant pour les États que pour l'Union européenne elle-même, alors qu'en tant que mécanisme tardif, elle ne devrait intervenir que de manière subsidiaire.**

Dans l'hypothèse où la règle *ne bis in idem* dans sa version absolue n'a pu empêcher une nouvelle décision définitive de condamnation d'intervenir, les conséquences négatives qui en découlent pour le condamné devraient au moins être tempérées par une version atténuée de cette règle²⁴³, à savoir l'imputation de la peine déjà subie à l'étranger sur celle prononcée en France ou inversement. Ainsi, à défaut de pouvoir empêcher le cumul des poursuites, le principe *ne bis in idem* devrait permettre d'éviter la double sanction. S'il paraît équitable de déduire de la peine nouvelle prononcée en France la peine déjà subie à l'étranger, le droit commun français, à l'image de la plupart des autres droits nationaux européens, ne le prévoit pas²⁴⁴. L'Union européenne aurait pu être d'un secours remarquable pour corriger une telle carence, or les conventions qui lient la France et rendent parfois facultative, parfois obligatoire, cette imputation de la peine sont encore trop peu nombreuses. Il faut tout de même mentionner l'article 56 de la Convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990 (C.A.A.S.)²⁴⁵ selon lequel la déduction de la durée de la peine déjà subie à l'étranger est obligatoire en ce qui concerne les peines privatives de liberté. Elle n'est en revanche que relative dans les autres cas puisque dépendante des législations nationales.

²⁴³ P. Couvrat, *Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines*, Rev.sc.crim., 1987, pp.266 à 268

²⁴⁴ V. Cass.crim., 21 octobre 1997 ; CE 9 décembre 1983, *Gasparini*

²⁴⁵ V. également l'article 3 de la Convention de Bruxelles entre les États membres des CE relative à l'application du principe *ne bis in idem* du 25 mai 1987

Telle qu'appréhendée par le droit de l'Union européenne, la règle *ne bis in idem* dans sa version absolue présente également des imperfections. Dans l'espace européen, un certain nombre de normes impératives régissent l'application de cette règle, au premier rang desquelles figurent les articles 54 à 58 de la plus libérale des conventions en la matière, à savoir la C.A.A.S.²⁴⁶. Cette disposition va plus loin que les clauses traditionnelles de *ne bis in idem* dans les traités d'extradition et autres accords de coopération internationale²⁴⁷. Il était donc permis de nourrir les espoirs les plus grands quant à une application pleine et entière d'une telle règle dans sa dimension transnationale. C'était sans compter sur la possibilité laissée aux Etats parties de formuler des réserves à une telle convention²⁴⁸, réserves qui aboutissent finalement à ne consacrer la règle *ne bis in idem* que dans les mêmes hypothèses que celles prévues par le droit interne de chaque Etat²⁴⁹.

La C.J.C.E., désormais C.J.U.E., s'appuyant sur le concept d'espace de liberté, de sécurité et de justice (E.L.S.J.) et faisant fi des frilosités étatiques, semble pourtant bien décider à permettre à la règle contenue dans l'article 54 de la Convention de jouer pleinement son rôle, ceci en concevant de manière très souple les conditions de sa mise en œuvre. Ainsi, la C.J.U.E. donne une interprétation très large, car matérielle, des décisions susceptibles de fonder le « *bis* », notamment en ne se limitant pas à une conception étroite du « jugement ». Selon elle, il ne s'agit pas forcément d'une décision rendue par une juridiction, d'instruction ou de jugement, mais qui peut émaner, dans certaines hypothèses, du Ministère Public²⁵⁰, à la condition toutefois qu'une appréciation sur le fond ait été émise²⁵¹. Cette sentence répressive étrangère peut être tout aussi bien une décision de relaxe ou d'acquiescement - peu important d'ailleurs la cause pour laquelle l'acquiescement ou la relaxe a été prononcé(e), qu'il s'agisse d'une insuffisance de preuves²⁵² ou d'une prescription de l'action publique²⁵³ - qu'une décision de condamnation. Toutefois, il doit s'agir d'une décision définitive²⁵⁴.

²⁴⁶ L'acquis Schengen est désormais intégré dans le droit de l'UE.

²⁴⁷ Elle étend notamment la portée de l'autorité négative des jugements rendus dans un pays de l'espace Schengen à tous les pays qui en font partie, alors même que les accords traditionnels de coopération limitent cette portée aux deux seuls Etats concernés, l'Etat requérant et l'Etat requis.

²⁴⁸ Article 55 de la CAAS qui autorise une partie contractante à déclarer qu'elle n'est pas liée par l'article 54 dans trois grandes hypothèses.

²⁴⁹ V. supra

²⁵⁰ CJCE, 11 février 2003, aff. jointes C-187/01 et C-385/01, *H.Gözütok et K.Brügge* (procédures d'extinction de l'action publique par lesquelles le parquet met fin, sans l'intervention d'une juridiction, à la procédure pénale engagée dans cet Etat, après que le prévenu a satisfait à certaines obligations)

²⁵¹ CJCE, 10 mars 2005, aff. C-469/03, *Filomeno Mario Miraglia*

²⁵² CJCE, 28 septembre 2006, aff. C-150/05 *Van Straaten* (cette insuffisance de charges n'a cependant pas la même portée selon la juridiction qui la constate : instruction ou jugement)

L'article 54 de la C.A.A.S. exige en outre, qu'en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution²⁵⁵ ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation²⁵⁶, cette condition étant à nouveau conçue de manière souple tant par la C.A.A.S. que par la C.J.U.E. Enfin, et toujours fidèle à son objectif d'application extensive de la règle *ne bis in idem*, la C.J.U.E. opte pour une conception large de l'*idem*, la notion de faits étant fondée sur la matérialité²⁵⁷, et non sur la qualification juridique ou l'intérêt juridique protégé. La Cour affirme en outre qu'il appartient aux instances nationales compétentes de vérifier si les faits matériels constituent un ensemble de faits indissociablement liés dans le temps, dans l'espace ainsi que par leur objet²⁵⁸.

Malgré les dispositions libérales de la C.A.A.S., l'application de la règle *ne bis in idem* est encore loin d'être satisfaisante dans le cadre de l'Union européenne. Aussi et de manière très surprenante, **l'application de la règle au sein de l'Europe n'est pas encore une réalité** : en effet, en raison des différents espaces européens (Conseil de l'Europe, Union européenne, Espace Schengen), l'évolution européenne n'est pas uniforme. Or, l'atteinte portée à la maxime *ne bis in idem* est encore moins acceptable quand elle intervient dans le contexte européen qui accorde avant tout la primauté aux droits des individus par rapport aux préoccupations d'ordre public.

Par conséquent, qu'ils interviennent à l'échelle nationale, régionale ou internationale, les mécanismes de lutte contre les conflits transnationaux de compétence évoqués jusqu'à

²⁵³ CJCE, 28 septembre 2006, aff.C-467/04 *Gasparini*

²⁵⁴ V. notamment la question du caractère définitif du jugement rendu *in absentia* : CJCE, 11 décembre 2008, aff.C-297/07 *Bourquain*. V. également à propos d'une décision de suspendre des poursuites pénales qui n'éteint pas définitivement l'action publique : CJCE, 22 décembre 2008, aff.C-491/07 *Turansky*. V.à propos de ces deux décisions, S. Manacorda, *Un bilan des dynamiques d'intégration pénale à l'aube du traité de Lisbonne*, Rev.sc.crim., 2009, pp.927 à 938.

²⁵⁵ CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-288/05 *Kretzinger* (peine d'emprisonnement assortie d'un sursis : tant que la peine est applicable et la période d'épreuve court, la peine est en cours d'exécution. Une fois la période de probation écoulée, la peine est considérée comme exécutée. La GAV ou la DP, en tant que mesures antérieures au jugement définitif, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 54 CAAS. De plus, le fait que l'Etat de condamnation puisse émettre un MAE afin de faire exécuter la sentence n'amène pas à considérer que cette condamnation soit en cours d'exécution.)

²⁵⁶ Cette hypothèse recouvre sans aucun doute le cas de la prescription (la question est en revanche plus délicate en ce qui concerne la grâce et l'amnistie).

²⁵⁷ CJCE, 9 mars 2006, aff. C-436/04, *Van Esbroeck* ; arrêts *Van Straaten* et *Gasparini* préc. ; arrêt. *Kretzinger* préc. qui a pu faire douter de l'approche matérielle de la notion de faits par la CJCE, et l'aff. *Kraaijerbrink* (CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-367/05 *Kraaijerbrink*) qui a effacé tout doute en la matière (l'élément moral commun à des faits distincts n'est pas suffisant à leur conférer l'identité voulue par l'article 54 CAAS dès lors que les biens objets de chacune des infractions sont différents)

²⁵⁸ CJCE, 9 mars 2006, *Van Esbroeck*, préc.

présent, et principalement la règle *ne bis in idem*, sont loin d'avoir prouvé leur efficacité de manière patente en ce domaine.

De surcroît, ils concernent principalement le règlement des conflits, alors pourtant que la priorité devait être donnée à la prévention de ces mêmes conflits. En effet, dans la société internationale actuelle, sur le plan régional et *a fortiori* sur le plan international, la solidarité entre États, qui est la condition du jeu de la règle *ne bis in idem*, est encore insuffisante : ceci explique pourquoi il existe de nombreux obstacles à une reconnaissance extensive de la règle *ne bis in idem* en droit pénal international, obstacles qui sont le fait des États souverains agissant tant à une échelle interne qu'à une échelle internationale. Or, malgré cette insuffisance originelle des modes de résolution des conflits de compétence transnationaux et au sein de l'Union européenne en particulier, un souffle nouveau semble animer la question notamment avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

Quelle que soit la nature du conflit de compétence concerné, horizontal ou vertical, et celle des solutions apportées, nationales, européennes ou internationales, c'est à une mise en cohérence des différents espaces répressifs qu'il faut procéder de manière à garantir une organisation fonctionnelle, et par conséquent efficace, de ces derniers. En d'autres termes, ce constat objectif de l'inefficacité des modes de résolution existants doit servir de base à l'amélioration ou à l'élaboration de mécanismes plus opérationnels, et nécessairement plus cohérents de lutte des conflits de compétence.

TITRE 2 – La mise en cohérence des espaces répressifs

La mise en cohérence des espaces répressifs peut se faire soit par un partage de cet espace soit par l'organisation de la coexistence de ces espaces répressifs. Là encore les difficultés, et donc les solutions envisageables, ne sont pas les mêmes selon que l'on envisage la mise en cohérence des compétences dans l'ordre vertical ou dans l'ordre horizontal.

CHAPITRE I- La mise en cohérence verticale des compétences répressives

CHAPITRE II- La mise en cohérence horizontale des compétences répressives

CHAPITRE I- La mise en cohérence verticale des compétences répressives

L'infraction universelle telle que définie auparavant a conduit à la création d'un système de justice spécifique, le système de justice pénale internationale. Ce système se compose des différentes juridictions pénales internationales mais également des juridictions pénales hybrides qui occupent un espace intermédiaire entre le système judiciaire purement national et l'international²⁵⁹. Certes, ces dernières se distinguent des juridictions internationales en ce qu'elles sont globalement intégrées au système national, ou du moins en ce qu'elles appliquent en partie le droit national²⁶⁰ ; elles n'en répondent pas moins à des logiques internationales de fonctionnement et d'organisation, ce qui permet d'en souligner l'originalité et de les distinguer du système national pur. Par ailleurs, si certaines juridictions pénales internationalisées, sont également compétentes pour des infractions dites de droit commun, comme cela peut être le cas pour les chambres spéciales du Kosovo²⁶¹ ou le tribunal du Timor Leste²⁶², cette situation s'explique par la prédominance nationale de ces juridictions et par le fait soit, qu'elles assurent une sorte de transition entre la justice internationale et la justice nationale (Kosovo), soit en raison d'une relation d'indivisibilité matérielle ou temporelle entre l'infraction internationale et nationale (Timor Leste).

Si l'infraction universelle a donc conduit à la création d'un système pénal international ou internationalisé, le cloisonnement avec le système interne n'est pas pour autant tout à fait étanche. D'abord parce qu'une infraction universelle peut également être justiciable d'une juridiction interne²⁶³, et ensuite parce que le système international, bien que spécial, ne peut naturellement absorber l'ensemble du contentieux relatif aux infractions universelles.

²⁵⁹ Tel est le cas du tribunal pénal pour le Timor Leste, du tribunal spécial pour le Liban, des chambres extraordinaires pour le Cambodge ou des chambres spéciales en Bosnie ou au Kosovo. C'est également le cas du tribunal spécial pour le Sierra Leone, mais avec un niveau d'internationalisation plus fort que les précédents puisqu'il n'est pas considéré comme intégrant Sierra Léonais

²⁶⁰ C'est le cas notamment du Tribunal spécial pour le Sierra Leone et des chambres spéciales pour le Kosovo.

²⁶¹ Ces chambres spéciales statuent en effet en application du droit interne et quelle que soit la nature de l'infraction. Sur ce particularisme, A.-C. Martineau, *Les juridictions pénales internationalisées, Un nouveau modèle de justice hybride*, Ed. Pédone, Paris, 2007, p. 132.

²⁶² Le tribunal est compétent pour juger outre des crimes contre l'humanité, le génocide ou les crimes de guerre, les meurtres, les violences sexuelles ou les tortures

²⁶³ Cette compétence nationale peut être reconnue par priorité, comme c'est le cas dans le statut de Rome, ou à titre subsidiaire, comme c'est le cas dans les statuts des TPI pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, mais également dans toutes les juridictions pénales internationalisées.

La coexistence verticale de plusieurs compétences répressives doit ainsi être organisée à défaut de pouvoir reconnaître parfaitement un partage vertical de l'espace répressif.

Section 1 – L'organisation de la coexistence verticale des compétences répressives

Section 2 – Le partage vertical de l'espace répressif.

Section 1 – L'organisation de la coexistence verticale des compétences répressives

Organiser la coexistence des compétences répressives c'est admettre qu'elles sont concurrentes tout en évitant que cette concurrence ne soit néfaste à l'exercice de la justice. Cette concurrence des compétences a pu être présentée comme un moyen de lutter contre l'impunité²⁶⁴ et, s'il est sans doute satisfaisant d'avoir plusieurs juridictions pouvant *a priori* retenir leur compétence pour une infraction internationale, cette concurrence ne doit pas subsister au moment de l'exercice même des compétences et tout au long de la procédure au risque d'en ralentir ou d'en bloquer le déroulement²⁶⁵.

L'organisation de cette coexistence implique alors sans doute d'améliorer le règlement des conflits de compétence entre juridictions nationales et internationales. Dans l'ordre vertical, cela passe surtout par une amélioration de l'information réciproque entre les juridictions en concours. Seule cette information réciproque permet en effet, soit une gestion satisfaisante par les TPI de leur compétence en leur permettant notamment de décider de se saisir ou de laisser l'affaire jugée par les juges nationaux, soit une appréciation correcte par la CPI de l'existence de procédures internes aptes à réaliser l'œuvre de justice²⁶⁶.

Régler la concurrence entre juridictions nationales et internationales pour mieux organiser leur coexistence implique ainsi de déterminer le juge le mieux placé pour connaître de l'affaire²⁶⁷. La détermination du juge naturel²⁶⁸ pour connaître de l'infraction internationale n'est pas aisée qui peut se faire selon des critères différents.

Le juge le mieux placé peut ainsi en premier lieu être déterminé selon un critère technique en tenant compte des éléments concrets de l'affaire. Il pourra alors être fait référence à l'avancement de la procédure et plus particulièrement à la possession des éléments de preuve déterminants ou encore à la détention des principales personnes mises en cause. Tous ces éléments sont en effet importants qui montrent que ce juge a tous les éléments pour mener à bien le procès tandis qu'un autre juge devra les obtenir par le jeu d'une coopération qui pourra

²⁶⁴ V. *supra*.

²⁶⁵ Il est en effet évident qu'un Etat exerçant sa propre compétence ne pourra coopérer pleinement avec une juridiction internationale qui sollicite par exemple une remise des personnes en cause ou des éléments de preuve alors qu'il a lui-même besoin de ces éléments pour mener à bien la procédure qu'il diligente.

²⁶⁶ Sur ces points, v. *supra*.

²⁶⁷ Sur cette notion de juge le mieux placé, v. *infra*.

²⁶⁸ Sur la notion de juge naturel en droit interne, v. G. Royer, *Le juge naturel en droit criminel interne*, Rev. Sc. crim. 2006, p. 787 et s.

être longue. Ce critère conduit ainsi à privilégier la juridiction la mieux à même de rendre une décision dans les meilleurs délais mais ne peut être appliqué sans nuances²⁶⁹. L'avancement de la procédure ne préjuge en effet en rien de la qualité de cette procédure²⁷⁰ et on ne peut donc qu'approuver les statuts des différentes juridictions internationales de toujours prévoir leur compétence lorsque les procédures menées devant des juridictions nationales ne présentent pas les garanties nécessaires²⁷¹.

Le juge le mieux placé peut, en second lieu, être déterminé selon un critère faisant référence, non plus à ses aptitudes techniques, mais à sa légitimité pour juger une infraction internationale. Si certains ont pu souligner la valeur d'exemple de la justice nationale²⁷², la compétence d'une juridiction nationale est parfois critiquée comme l'expression d'une justice de vainqueurs ou comme n'étant pas légitime pour juger de l'appareil d'Etat dont elle était ou est encore dépendante –sinon dans son exercice du moins dans son organisation– ou encore comme ne pouvant juger de faits qui concernent principalement un état étranger sans méconnaître la souveraineté de cet Etat. C'est donc le contexte politique particulier qui doit permettre au cas par cas de déterminer lesquelles, des juridictions nationales ou internationales, sont les mieux placées pour connaître d'une infraction internationale sans que l'on puisse considérer *a priori* et d'un point de vue général que les juridictions nationales ou internationales doivent être compétentes. C'est admettre que les infractions internationales par nature²⁷³ ne relèvent pas systématiquement et par principe d'une juridiction pénale internationale.

Cette détermination du juge le mieux placé pour connaître de l'infraction internationale au cas par cas est sans doute la plus pragmatique et donc la plus praticable. Il resterait toutefois souhaitable de pouvoir déterminer à l'avance la juridiction dont la compétence pourrait s'imposer ce qui amène non plus seulement à constater une coexistence des juridictions internes et internationales mais à tenter de poser un véritable partage des compétences qui reste à déterminer.

²⁶⁹ V. *infra* les critiques exprimées sur la règle *prior tempore*.

²⁷⁰ Si on peut présumer qu'il est de l'intérêt des personnes mises en cause d'être jugées dans un délai raisonnable, ce n'est pas la seule garantie à laquelle doit satisfaire la procédure interne.

²⁷¹ V. *supra*.

²⁷² Sur la valeur d'exemplarité d'une justice nationale, v. Tzvetan TODOROV, *Les limites de la justice*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY, PUF, 2002, p. 43 et s.

²⁷³ Sur la notion, v. *supra*.

Section 2 – Le partage vertical de l’espace répressif

Dans l’ordre vertical le partage de l’espace répressif est envisageable parce qu’il est évident que les juridictions pénales internationales n’ont pas pour objet d’exercer leur compétence sur toutes les infractions relevant de la compétence des juridictions nationales mais seulement sur les infractions universelles pour lesquelles on leur a spécifiquement attribué compétence.

La compétence spéciale de ces juridictions semble encore accentuée aujourd’hui alors que l’accent est mis sur la complémentarité de la Cour pénale internationale. Parce qu’il est aujourd’hui admis que ces juridictions ne peuvent connaître de toutes les infractions qui pourraient entrer dans leur compétence, il convient donc de penser le partage de compétence pour les infractions internationales entre juridictions internationales et nationales.

La compétence des juridictions internationales ou internationalisées doit ainsi être limitée en fonction de critères qui permettront non seulement de rendre compte du caractère spécial de cette justice mais également de son caractère exemplaire. A cet égard, plusieurs critères peuvent être pris en considération : un critère objectif –la gravité de l’infraction– (§ I) et un critère subjectif –la personne responsable– (§ II).

§ I - La limitation de la compétence internationale en fonction de la gravité de l’infraction

Ce critère de gravité apparaît dans les préambules des différents statuts. Tel est le cas du préambule des TPIY et TPIR qui retient leur compétence pour les infractions graves au droit humanitaire, mais plus généralement de l’ensemble des juridictions pénales internationalisées.

Le statut de la Cour pénale internationale est en ce sens, mais de manière plus précise. Non seulement il indique dans son préambule, et son article premier, que la Cour a été instituée pour juger les crimes les plus graves, mais en outre, la condition de gravité de l’affaire est érigée soit en condition de la compétence de la juridiction, soit en conditions de recevabilité de l’affaire²⁷⁴. Ainsi s’agissant des crimes de guerre, l’article 8 du statut ne se contente pas de définir les éléments constitutifs de l’infraction mais précise que la Cour est compétente pour connaître des crimes de guerre notamment lorsque les faits sont suffisamment graves, c’est à

²⁷⁴ Art. 17 du statut de Rome.

dire qu'ils sont commis dans le cadre d'un plan ou d'une politique (ce qui renvoie en réalité au critère du contexte, et donc à la nature universelle de l'infraction) ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis à grande échelle (gravité). Plus généralement l'article 17 d) du statut de Rome considère que l'affaire est irrecevable si elle n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite.

La distinction entre la gravité de l'infraction, gravité abstraite, et celle de l'affaire ou de la situation déférée à la Cour, gravité concrète, est particulièrement intéressante.

A s'en tenir à la gravité des infractions, il semble en effet très difficile de faire le départ entre le domaine d'action des juridictions internationales ou internationalisées et celui des juridictions nationales. Parce que les infractions visées par leurs statuts sont par nature graves, on devrait en effet conclure que tout comportement tombant sous cette qualification pourrait – si les autres conditions sont réunies – être jugé par une juridiction internationale ou internationalisé. Et l'on constate que la référence à la gravité des infractions ne fait en réalité qu'annoncer ou justifier la compétence matérielle de ces juridictions.

Si l'on raisonne en revanche sur la gravité de l'affaire ou de la situation, la gravité concrète en d'autres termes, les choses se présentent différemment, car la question de la qualification est alors dépassée pour s'en tenir aux circonstances et aux effets de l'infraction. Ainsi, parmi les infractions internationales, seules les plus tragiques reviendraient à la Cour pénale internationale²⁷⁵.

Les critères permettant d'apprécier la gravité d'une affaire sont difficiles à établir. Le bureau du procureur de la Cour pénale internationale semble avoir privilégié les critères qui tiennent à l'échelle, la nature, le mode opératoire ou de l'impact du crime²⁷⁶. Plus précisément dans une décision du 24 février 2006, la 1^{ere} chambre préliminaire de la Cour pénale internationale²⁷⁷ semble avoir voulu dégager des critères judiciaires d'appréciation de gravité. Ils étaient au nombre de trois : le caractère systématique ou à grande échelle de l'infraction (et particulièrement le nombre de victimes), lesquels doivent causer une indignation particulière à la communauté internationale, la position de haut responsable et le rôle de direction ou de

²⁷⁵ V. Ch. Préliminaire I, Affaire *Lubanga*, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, ICC-01/04-01/06-8, § 41, déclarant que « *le seuil de gravité vient s'ajouter à la sélection soigneuse faite par les rédacteurs s'agissant des crimes compris aux articles 6 à 8 du statut (...)* Ainsi, le fait qu'une affaire vise l'un des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, n'est pas suffisant pour qu'elle soit recevable devant la Cour ».

²⁷⁶ Document de politique générale relatif aux examens préliminaires, Projet, octobre 2010, La Haye, § 67 et s.

²⁷⁷ ICC-01/04-01/06-37, §42 et s.

contrôle des auteurs. Mais cette analyse a été par la suite condamnée comme comportant une erreur de droit²⁷⁸ :

- d'abord parce qu'aucun des critères choisis n'est précisément visé par le statut de Rome ; ensuite parce que la gravité d'une affaire pourrait tout à fait apparaître en dehors de ces critères
- enfin, parce qu'une démarche trop figée des critères de gravité de l'affaire risquerait de restreindre la compétence de la Cour pénale internationale, avec le risque de modifier la définition des infractions universelles. La solution se comprend, surtout si l'on tient compte de critères renvoyant à la matérialité de l'infraction comme celui de la planification ou d'attaque massive, que l'on trouve par exemple dans la définition du crime contre l'humanité, mais non dans celle de génocide.

Malgré tout la question de la compétence et celle de la recevabilité d'une affaire pour défaut de gravité sont deux questions différentes. La première se réfère à l'aptitude de la juridiction à agir dans un certain domaine, celui des infractions dites universelles ; la seconde ne se comprend, en l'occurrence, que par rapport à l'intérêt à agir devant cette juridiction, intérêt qui doit être suffisamment important, car conformément au caractère spécial de la justice internationale ou internationalisée, l'exercice du pouvoir juridictionnel doit rester exceptionnel²⁷⁹.

A cet égard, l'élaboration de critères permettant d'apprécier la gravité semble inévitable, et l'on ne voit pas dans les faits comment on pourrait ne pas tenir compte de l'ampleur de l'infraction, de la nature des actes accomplis et des conséquences du crime pour la population²⁸⁰. Il faudrait seulement que les critères choisis apparaissent comme des critères positifs de gravité, non comme des critères négatifs, c'est-à-dire que leur présence doive conduire à faire présumer la gravité d'une affaire, sans pour autant que leur absence ne soit automatiquement sanctionnée par l'irrecevabilité devant une juridiction internationale ou

²⁷⁸ ICC-01/04, appel 13 juillet 2006, publié le 23-09-2008.

²⁷⁹ Il est ainsi significatif que l'art. 53 1 c du statut CPI prévoit que le Procureur peut conclure qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre « S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice ».

²⁸⁰ V en ce sens par ex. Ch. Préliminaire II, *Situation en République du Kenya*, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du statut de Rome, 31 mars 2010, ICC 01/09 spéc. § 62 où, pour apprécier la gravité d'un crime il est indiqué qu'il peut être fait référence à l'ampleur des crimes allégués, à la nature du comportement illicite ou des crimes allégués, aux moyens employés pour leur exécution ainsi qu'à l'impact de ces crimes et au préjudice causé aux victimes et à leur famille.

internationalisée. C'est au fond le sens de la décision de la chambre d'appel de 2008²⁸¹ qui, sans préciser la façon d'apprécier la gravité d'une affaire ou d'une situation, considère clairement que cette question ne peut être une question de droit.

§ II - La limitation de la compétence internationale fondée sur la personne responsable.

Deux critères de limitation de la compétence des juridictions internationales ou internationalisées peuvent être ici explorés : celui du degré de responsabilité de l'auteur de l'infraction (A), et celui de sa qualité spécifique (B).

A – La limitation de la compétence internationale fondée sur le degré de responsabilité de l'auteur de l'infraction

Le degré de responsabilité apparaît comme un critère de répartition du champ répressif à l'art. 1^{er} du statut du tribunal spécial pour la Sierra Leone²⁸², ou dans les statuts des chambres spéciales pour le Cambodge qui visent les personnes ayant la responsabilité la plus lourde ou les principaux responsables²⁸³. Les autres juridictions internationales ou internationalisées se gardent de pareille référence, mais l'on constate que leur intérêt s'est porté sur les principaux responsables. S'agissant de la stratégie de fin de travaux des TPIY et TPIR, le Conseil de sécurité des Nations Unies a effectivement demandé à ces juridictions de concentrer leur action sur la poursuite et le jugement des personnes qui portent la plus lourde responsabilité des crimes commis au Rwanda et dans l'ex-Yougoslavie, tout en facilitant les transferts des accusés de moindre rang vers les juridictions nationale compétentes²⁸⁴. Le statut de la Cour pénale internationale ne prévoit rien sur cette distinction. On pourrait même penser que cette concentration des poursuites sur les principaux responsables serait contraire au principe de

²⁸¹ Préc.

²⁸² Art. 1^{er} TSSL: Il est créé un Tribunal spécial pour la Sierra Leone chargé de poursuivre les personnes qui portent la responsabilité la plus lourde des violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commis sur le territoire de la Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996 (apparaît également dans le préambule)

²⁸³ L'accord concernant la poursuite des Khmers rouges vise les dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables. Sur ce point, A.-L. Martineau, *Les juridictions pénales internationales, Un nouveau modèle hybride ?*, Ed. Pédone, Paris, 2007, p. 89 et s.

²⁸⁴ La résolution 1534 du Conseil de sécurité des nations unies, demande dans son point 5 « à chaque tribunal – TPIR et TPIY - de veiller à ce que les nouveaux actes d'accusation qu'il examinera et confirmera visent les plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de leur compétence ».

complémentarité et de non discrimination dans les poursuites, de même qu'elle pourrait aboutir à l'impunité de toute une série de personnes²⁸⁵. Mais il semble précisément que le principe de complémentarité permette au juge territorialement compétent de connaître de ces affaires, notamment en application de la politique de complémentarité positive²⁸⁶. Cette politique qui consiste en un dialogue étroit entre la Cour pénale internationale et les acteurs nationaux, vise en effet à encourager la justice nationale tout en se gardant la possibilité de procéder à un partage des tâches, partage dans lequel la Cour, plus à même pour lutter contre l'impunité, se réserverait le contentieux relativement aux personnes qui portent la plus haute responsabilité²⁸⁷.

Toute la question demeure cependant dans le fait de savoir qui sont les principaux responsables de l'infraction. Ce terme n'a jamais fait l'objet d'une définition précise ; mais si l'on se réfère aux statuts des juridictions qui ont directement ou indirectement admis ce mode de sélection de la compétence internationale, on ne peut qu'être frappé par l'importance que semble avoir la notion d'auteur moral, c'est-à-dire l'instigateur de l'infraction. Tel est le cas du statut du tribunal pour la Sierra Leone, de celui de l'ex Yougoslavie ou de Rwanda qui incriminent la planification, l'incitation, l'ordre de commettre l'infraction avant son exécution²⁸⁸.

Cette mise en avant de l'auteur moral que l'on peut donc considérer comme faisant partie des principaux responsables s'explique par la nature des infractions universelles. Sont en effet principalement en cause des infractions qui s'intègrent dans un système ou une planification, si bien que les instigateurs apparaissent comme les principaux coupables, en tous les cas au sens moral et politique. Cette façon d'aborder la question ne se retrouve cependant pas au sein du statut de Rome, sans doute parce que s'agissant d'une juridiction permanente, on n'a pas voulu, d'emblée, stigmatiser tel ou tel mode de participation. A cet égard, l'action et l'instigation sont mises sur un même plan comme des modes de participation équivalents et autonomes, ce qui laisse donc au juge le soin de déterminer dans chaque affaire quels ont été

²⁸⁵ J. Mbokani, *L'impact de la stratégie de poursuite du procureur de la Cour pénale internationale sur la lutte contre l'impunité et la prévention des crimes de droit international*, Droits fondamentaux, n° 7, 2008

²⁸⁶ Sur cette notion, *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*, Projet, Octobre 2010, La Haye, p. 21.

²⁸⁷ Sur ce concept, *Document de politique générale relatif aux examens préliminaire*, préc., n° 52 et s. On doit d'ailleurs signaler la Cour a parfois souligné qu'elle constitue l'instance la plus appropriée et efficace pour enquêter sur les personnes portant la responsabilité la plus lourde, bien souvent d'ailleurs parce que les justices nationales rencontrent des difficultés à les appréhender. Par exemple, Ch. pré. II, 8 juillet 2005, ICC 02/04, mandat d'arrêt Dominique Ogwen.

²⁸⁸ Art. 7 statut du TPIY ; art. 6 statut du TPIR ; art. 6 du statut du tribunal spécial pour le Sierra Leone.

les principaux responsables²⁸⁹. Pour autant, cette discussion n'a pas échappé aux Etats parties notamment lors de l'adoption de la définition de l'agression. La question s'est effectivement posée de savoir si l'exécution d'un acte d'agression devait ou non être visé dans la définition de l'infraction, le risque étant alors que seuls des exécutants et non les instigateurs de l'infraction se trouvent poursuivis devant la Cour. Et s'il est vrai que, finalement, l'exécution a aussi été retenue comme mode de réalisation de l'agression, c'est tout simplement parce que la sélection des personnes justiciables de la CPI se fait, pour cette infraction particulière, *ratione personae* car seuls les dirigeants peuvent se rendre coupables de cette infraction²⁹⁰.

La priorité donnée à la poursuite des principaux responsables peut sembler un choix réaliste en ce sens que les juridictions internationales ne peuvent de toutes façons absorber tout le contentieux qui leur revient en application des règles de compétence. Elle soulève néanmoins un certain nombre de difficultés quant à la question de savoir s'il convient d'établir un traitement pénal différent entre les principaux responsables et les responsables intermédiaires. C'est plus spécifiquement la question des bénéfices pénaux, tels que l'amnistie, accordés aux uns et aux autres qui se pose.

Cette différence a pu être faite dans certains cas. Il semblerait, par exemple, que les responsables de moindre rang aient, dès le départ, bénéficié d'un certain nombre de bénéfices pénaux et de mécanismes de réduction de peines devant les juridictions Gacaca au Rwanda, contrairement aux principaux responsables qui ont relevé, pour l'essentiel, soit du tribunal pénal international pour le Rwanda, soit des juridictions nationales ordinaires²⁹¹. Elle apparaît également au Cambodge ou en Sierra Leone puisque l'interdiction de l'amnistie ou de la grâce ne concerne que les personnes justiciables des juridictions internationalisées, autrement dit les principaux responsables, en application des statuts. La position du droit international étant quelque peu incertaine sur la validité ou l'invalidité des lois d'amnistie, il est pour le moment difficile de donner une réponse ferme à cette question. Ce qui est certain, en revanche, c'est qu'au-delà de la question des lois d'amnistie, une différenciation trop clivée entre les principaux responsables et les responsables de second rang, notamment à travers la répartition du champ répressif, risque à terme de contourner ou de réduire à néant un certain nombre de règles du droit pénal international, lesquelles visent précisément à rappeler qu'il ne

²⁸⁹ Art. 25 du statut de Rome vise en réalité d'abord l'auteur matériel, puis l'auteur moral de l'infraction.

²⁹⁰ Sur ce point, E. Salmon, *Le crime d'agression après Kampala : souveraineté des Etats et lutte contre l'impunité, préc.*

²⁹¹ Sur ce point, F. Sobo, *Justice transitionnelle : le point sur les juridictions Gacaca au Rwanda*, RSC 2009, p. 763 et s.

faut pas négliger la responsabilité des subalternes. Ainsi en est-il de la règle selon laquelle l'ordre de commettre un crime contre l'humanité ou un génocide n'est jamais justificatif²⁹².

B - La limitation de la compétence internationale fondée sur la qualité des responsables

A. La répartition du champ répressif fondée sur la qualité des responsables

Tout comme le degré des responsabilités, la qualité des responsables et particulièrement leur relation avec le pouvoir d'Etat a été admis soit, comme critère de compétence, soit comme critère de sélection du juge compétent. Alors, par exemple, que le statut des chambres extraordinaires pour le Cambodge vise les dirigeants du Kampuchéa²⁹³, les résolutions des nations unies organisant la clôture des travaux des juridictions pour l'ex -Yougoslavie ou le Rwanda invitent à se concentrer sur les personnes ayant le plus haut rang politique ou militaire²⁹⁴. Semblablement, la communication du bureau du procureur de la Cour pénale internationale relative à l'examen préliminaire des affaires²⁹⁵ définit la stratégie des poursuites non seulement en fonction des responsabilités les plus lourdes mais également en raison de la qualité de dirigeants de l'Etat ou de l'organisation présumée responsable de ces crimes.

La référence à la qualité de l'auteur dans le choix du juge compétent se comprend aisément. Tout d'abord, parce que la qualité particulière de dirigeant coïncide souvent avec celle d'auteur moral et donc de principal responsable. Ensuite, parce que la criminalité d'Etat, apparaît par nature plus grave que la criminalité de droit commun. Chargée d'évoquer les critères permettant d'apprécier la gravité d'une infraction internationale, la Commission internationale soulignait à ce titre que le fait que lesdites infractions aient été commises avec le couvert de l'Etat, et donc par des fonctionnaires d'Etat, constitue un critère de gravité

²⁹² Art. 33 du statut de Rome ; art. 6 du statut du TPIR, art. 7 statut du TPIY. Ces deux derniers instruments admettent néanmoins que de tels ordres puissent entraîner une diminution de la peine.

²⁹³ Art. 1^{er} de la loi cambodgienne du 10 août 2001 portant création des chambres extraordinaires. Le statut du tribunal spécial pour la Sierra Leone, est également en ce sens, quoique de manière moins nette, en précisant dans son article 1^{er} que le tribunal est « habilité à juger les personnes qui portent la plus lourde responsabilité des violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commis sur le territoire de la Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996, y compris les dirigeants (c'est nous qui soulignons) qui, en commettant ce type de crimes, ont menacé l'instauration et la mise en œuvre du processus de paix en Sierra Leone ».

²⁹⁴ Res. 1534 préc.

²⁹⁵ Préc.

objectif²⁹⁶. A cet égard, une très grande partie des statuts des juridictions internationales ou internationalisées prend le soin de régler les questions relatives aux immunités des officiels et d'assouplir les conditions de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, lesquels sont responsables non seulement en cas d'action mais également en cas d'omission en raison de leur devoir d'agir. Ainsi, il semblerait que les dirigeants politiques soient sinon en droit, du moins en fait, les principaux justiciables des juridictions internationales.

Cette analyse se comprend d'autant plus que, si le système de justice international ou internationalisé a pour objet de lutter contre l'impunité, il lui revient surtout de lutter contre les impunités les plus choquantes, ce qui est évidemment le cas des dirigeants d'Etats. Au reste, c'est bien à l'égard des principaux responsables politiques d'Etat que la volonté de véritablement poursuivre et juger les faits au niveau national peut être mise en cause. C'est ce qu'a rappelé le rapport du conseil de sécurité de l'ONU sur la saisine de la CPI dans la situation du Darfour. Le rapport souligne en effet la difficulté d'enquêter ou de poursuivre les personnes en position d'autorité et qui contrôlent l'appareil d'Etat²⁹⁷. Et ce qui est vrai pour le juge territorialement compétent l'est également pour le juge étranger exerçant une compétence universelle puisque l'on sait que les immunités diplomatiques ne peuvent être opposées aux juges nationaux même en présence d'infractions dites internationales par nature²⁹⁸.

La mise en cohérence verticale des compétences passe ainsi sans doute principalement par une meilleure répartition des affaires, un partage substantiel de l'espace répressif, ce qui est très différent de la technique de mise en cohérence qui peut être retenue dans l'ordre horizontal.

²⁹⁶ Annales CDI 1995, Vol II, 2^{ème} partie, p. 26, §90. Pour un détail des différents critères, v. J. MBOKANI, *L'impact de la stratégie de poursuite du procureur de la Cour pénale internationale sur la lutte contre l'impunité et la prévention des crimes de droit international*, Droits fondamentaux, n° 7, janv. 2008, p. 21 et s.

²⁹⁷ Report on the International Commission on inquiry on Darfur to the United States, Secretary General, 25 janv. 2005. Pour une étude de ce rapport, M. Delmas-Marty, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal*, RSC2005, p. 473.

²⁹⁸ CIJ, 11 avril 2000, affaire du mandat d'arrêt c/ Rep. Dem. Congo, Rev. Gén. De droit Public 2001, p. 209 ; Cass. crim., 13 mars 2001, Affaire Kadhafi, Dalloz, 2001, jurisp., p. 2633 ;

CHAPITRE II - La mise en cohérence horizontale des compétences répressives

La mise en cohérence horizontale des compétences répressives appelle nécessairement une amélioration des mécanismes de lutte contre les conflits de compétence existants, que ces mécanismes soient préventifs ou simplement curatifs. Toutefois, cette amélioration des outils n'est pas suffisante et doit être complétée par une coopération efficace de ceux qui seront amenés à les mettre en œuvre.

Dès lors, si la conception de mécanismes de lutte contre les conflits de compétences est nécessaire, elle est loin d'être suffisante ; encore faut-il que les acteurs puissent ou veuillent faire fonctionner de tels mécanismes.

Section 1 : Les mécanismes de la mise en cohérence

Section 2 : Les acteurs de la mise en cohérence

Section 1 - Les mécanismes de la mise en cohérence

Les mécanismes de mise en cohérence des compétences répressives peuvent aussi bien être de prévention que de règlement proprement dit. Toutefois, la priorité devrait être donnée aux premiers, tandis que les seconds devraient rester exceptionnels. Dans le cas particulier des conflits transnationaux de compétence, il semble que des solutions ne puissent être trouvées qu'à l'échelle supranationale, et plus précisément à l'échelle régionale, c'est-à-dire celle de l'Union européenne, les particularismes étatiques faisant obstacle à toute coordination spontanée et d'initiative nationale des compétences.

§ I - La mise en cohérence a priori : la litispendance et la hiérarchisation des compétences

En matière de conflits transnationaux de compétence, il serait assurément plus efficace de donner la primauté aux mécanismes de prévention, de manière à empêcher la survenance d'un véritable conflit entre les différentes juridictions pénales et ainsi à échapper aux difficultés de résolution y afférentes.

Plus précisément, pour éviter que le choix de l'Etat compétent ne soit le fruit du hasard et donc pour rendre le jeu de la règle *ne bis in idem* exceptionnel, il faudrait centraliser les poursuites dans un seul Etat avant même qu'une décision définitive sur le fond ne soit rendue.

Un système d'attribution de compétence pourrait ainsi intervenir :

- soit en cours de procédure, grâce à une sorte de mécanisme de litispendance
- soit avant toute procédure, grâce à l'harmonisation des règles de compétences et à la hiérarchisation des critères de compétence.

En matière de conflits de compétence horizontaux, ces deux pistes ont précisément été explorées récemment, avec plus ou moins de succès, par l'Union européenne. Elles l'ont été également mais de manière beaucoup plus aboutie en droit international privé²⁹⁹, où les intérêts privés priment sur les intérêts étatiques à la différence du droit pénal international. Certains des mécanismes élaborés pour la matière civile pourraient ainsi être adaptés à la

²⁹⁹ V. notamment, S. Clavel, *L'harmonisation des règles de compétence et des procédures de règlement des conflits (exception de litispendance)*, in sous la direction de F. Jault-Seseke, J. Lelieur et C. Pigache, *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, Actes du 25^{ème} colloque des Instituts d'études judiciaires organisé les 20 et 21 mars 2009 à l'Université de Rouen, Dalloz, Paris, 2009, pp.45 à 61.

matière pénale, comme par exemple la répartition des compétences entre les États, la litispendance, ou l'institution du *forum non conveniens*³⁰⁰. Mais le retard accumulé par la matière pénale sur ce point s'explique principalement par le fait qu'en présence d'un conflit positif de compétence, la renonciation par les États à l'exercice de leur compétence répressive est vécue comme une renonciation à l'exercice d'une partie de leur souveraineté³⁰¹. Il n'en faut pas moins explorer ces deux pistes qui proposent une centralisation des poursuites soit en cours de procédure (A), soit avant toute procédure (B).

A - La centralisation des poursuites en cours de procédure

L'un des effets négatifs du conflit de compétence est de permettre aux autorités judiciaires de plusieurs États de connaître concurremment de la même affaire, ce qui engendre, outre des pertes de temps et d'argent, une absence d'appréciation globale du phénomène criminel.

La résolution des conflits positifs de compétence nécessite donc l'identification en amont des affaires susceptibles de donner lieu à un conflit de compétence puis la centralisation des poursuites dans un seul des États intéressés par l'affaire³⁰².

Toutefois, conséquence logique de la désignation de l'État compétent pour traiter de l'affaire, un tel mécanisme ne pourra fonctionner que si les droits nationaux permettent de suspendre voire de mettre un terme à la procédure qu'ils ont engagée, à raison de procédures parallèles dans d'autres États. Simple au stade de l'enquête ou des poursuites, la suspension ou la conclusion de la procédure paraît plus délicate au stade de l'information, et *a priori* juridiquement impossible au stade du jugement. Une disposition contraignante de l'Union européenne en la matière ne serait donc pas inutile, et même à encourager selon Monsieur Abassi, Adjoint du Membre National pour la France à Eurojust³⁰³.

³⁰⁰ Et ce malgré quelques difficultés et limites qui entachent ces règles de compétence et ces procédures de règlement des conflits (répartition rigide des compétences basée sur la proximité ; limites de la priorité chronologique prévalant en cas de litispendance, même si une hiérarchisation des compétences fait son chemin ; respect encore insuffisant du principe de reconnaissance mutuelle).

³⁰¹ V. l'intervention de D. Chilstein sur *Le règlement des conflits de compétence*, lors du colloque intitulé « Quels principes pour une politique criminelle européenne après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ? » et organisé à Strasbourg, le jeudi 25 novembre 2010. Or, il pourrait être tout à fait concevable que la renonciation soit spontanée de la part des États, et donc respectueuse de leur souveraineté car expression même de cette dernière (à mettre en parallèle avec l'institution du *forum non conveniens* qui existe en matière civile).

³⁰² V. pour comparaison, les règles de litispendance en matière civile

³⁰³ V. notamment la situation des pays où est appliqué le principe de la légalité des poursuites qui est réglée par la décision-cadre du 30 novembre 2009

Pour permettre une centralisation des poursuites en cours de procédure, l'Union européenne a tout d'abord imaginé des mesures incitatives destinées à créer un dialogue, simple³⁰⁴ ou dirigé³⁰⁵ selon que des critères ont été déterminés pour aboutir à une telle centralisation, entre autorités des États membres³⁰⁶.

Le Livre vert relatif aux conflits de compétences et au principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales au sein de l'Union européenne publiée le 23 décembre 2005 s'inscrit dans ce mouvement. Le mécanisme élaboré comprenait trois étapes, chacune étant assortie d'obligations à la charge des États :

- l'identification et l'information des parties intéressées,
- puis la négociation entre les différents États concernés dans le but de définir une juridiction unique pour la continuation de la procédure ouverte
- enfin, un système de médiation en cas de désaccord entre les États.

Une étape supplémentaire, prenant la forme d'une décision contraignante prise par un organisme au niveau de l'Union européenne, avait également été envisagée en cas d'échec de la médiation. Une liste de critères pour le choix d'un État membre compétent devait en outre être fournie.

Ce Livre vert fut suivi d'une proposition de décision-cadre présentée le 20 janvier 2009 par la République tchèque, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie et la Suède, tendant à établir un mécanisme de prévention et de règlement des conflits potentiels de compétence dans les procédures pénales très similaire à celui évoqué dans le Livre vert.

La décision-cadre, finalement adoptée le 30 novembre 2009, prévoit, afin d'éviter des procédures pénales parallèles dans différents États membres susceptibles de donner lieu à des jugements définitifs dans deux États membres ou plus, la mise en place, après une étape de prise de contact³⁰⁷ et d'information, de consultations directes entre autorités nationales en vue de dégager un consensus sur une concentration possible des procédures pénales dans un seul

³⁰⁴ Article 7§3 de la décision-cadre du 29 mai 2000 sur la protection de l'euro

³⁰⁵ Article 7 de la décision-cadre du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires

³⁰⁶ E. Barbe, *Comment pallier l'absence de règles harmonisées de conflit de compétences en matière pénale ?*, in sous la direction de F. Jault-Seseke, J. Lelieur et C. Pigache, *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, Actes du 25^{ème} colloque des Instituts d'études judiciaires organisé les 20 et 21 mars 2009 à l'Université de Rouen, Dalloz, Paris, 2009, pp.79 à 92

³⁰⁷ Cette procédure de prise de contact ne s'applique pas si les autorités compétentes sont déjà informées par tout autre moyen de l'existence de ces procédures.

État membre³⁰⁸. Pour cela, ces autorités tiennent compte de critères pertinents énumérés, par la décision-cadre de manière exemplative et sans hiérarchie³⁰⁹. De telles consultations peuvent être menées avec l'assistance d'Eurojust. Le texte exclut cependant toute mesure contraignante, même lorsque Eurojust est saisi en l'absence de consensus. Les États resteront donc libres de leur choix quant à la juridiction finalement compétente.

Toutefois, le traité de Lisbonne, en généralisant le vote à la majorité qualifiée, semble de nature à permettre l'adoption de règles contraignantes en matière de conflits de compétences³¹⁰. Le mécanisme bilatéral ainsi prévu par la décision-cadre, outre qu'il risque d'allonger encore un peu plus la durée de l'instance et rend impossible l'anticipation par le justiciable de l'autorité compétente, semble *a priori* difficilement conciliable avec le mécanisme multilatéral offert par Eurojust, qui est l'institution européenne la plus apte à jouer un rôle efficace en matière de lutte contre les conflits de compétence, notamment par la pression qu'elle peut faire peser sur les États³¹¹. Néanmoins, comme l'a signalé M. Abassi, tous les mécanismes de résolution des conflits de compétence sont les bienvenus. En effet, si Eurojust est spécialisée dans les relations multilatérales³¹², le mécanisme mis en place en 2009 a une vocation bilatérale : les deux mécanismes sont donc complémentaires. Il est malgré tout possible de regretter que le choix ait été fait de créer un tel mécanisme de consultations directes plutôt que de consacrer officiellement les pouvoirs d'Eurojust dans la résolution des conflits bilatéraux, puisque l'agence traite déjà en grande partie ces affaires.

Malgré la nécessité d'un mécanisme de centralisation des poursuites en cours de procédure, il serait peut-être préférable d'intervenir encore plus en amont, avant même que le mécanisme

³⁰⁸ La valeur ajoutée d'une telle décision-cadre a été discutée, les États ayant déjà la faculté d'entrer directement en contact afin de prévenir les conflits de compétence de manière informelle, ou sur le fondement de textes existants (Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959, CAAS et Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE), ou encore par l'intermédiaire d'Eurojust. La décision-cadre ne fait que prévoir des obligations en la matière.

³⁰⁹ Critères pouvant comprendre ceux énoncés dans les lignes directrices publiées dans le rapport annuel d'Eurojust pour 2003, et par exemple, le lieu où la plupart des actes criminels ont été accomplis, le lieu où la plus grande partie du dommage a été subie, le lieu où se trouvent le suspect ou la personne poursuivie et la possibilité d'assurer leur remise ou leur extradition aux autres États membres compétents, la nationalité ou le lieu de résidence du suspect ou de la personne poursuivie, les intérêts importants des victimes et des témoins, la recevabilité des éléments de preuve ou tout retard pouvant survenir.

³¹⁰ V. supra

³¹¹ E. Barbe, préc., notamment p.88.

³¹² Même si, pour l'heure, 80% des affaires traitées par Eurojust sont bilatérales du fait principalement de l'absence de magistrats de liaison dans la plupart des pays (alors qu'en France, il y en a 16). En outre, les principales infractions dont connaît Eurojust concernent les trafics de drogues, les fraudes, le blanchiment et la criminalité organisée.

de consultations directes institué n'intervienne, c'est-à-dire avant toute procédure. A cette fin, il faudrait procéder à l'harmonisation des règles de compétences.

B - La centralisation des poursuites avant toute procédure

La prévention des conflits de compétences pourrait consister à traiter les cas de compétences concurrentes dès leur origine. Il faudrait dès lors harmoniser et faire coexister les différents espaces répressifs européens en rapprochant, à l'échelle européenne dans un premier temps, les critères de compétences ainsi que les règles de primauté entre chefs de compétences³¹³, ce que pourrait permettre plus facilement à l'avenir le traité de Lisbonne.

La fixation des critères de compétence ne poserait pas vraiment de difficulté, les chefs traditionnels de compétences, territoriale, réelle, personnelle active ou passive et universelle, étant reconnus par la majorité des Etats européens³¹⁴.

Toutefois, il serait nécessaire de circonscrire de telles compétences, et notamment la compétence territoriale, dans la mesure où la plupart des Etats membres en adoptent des conceptions très extensives³¹⁵, certes dans un souci sécuritaire mais de manière très critiquable et même injustifiée dans l'espace de confiance qu'est l'Union européenne.

La question de la hiérarchisation des différents chefs de compétence se révélerait, en revanche, plus délicate, les États membres optant parfois pour des solutions différentes³¹⁶. Toutefois, la compétence territoriale, comme y invitent d'ailleurs plusieurs instruments européens, devrait être une compétence principale, prioritaire, et les compétences extraterritoriales, des compétences secondaires, subsidiaires³¹⁷. En outre, il faudrait déterminer en cas de concours entre deux compétences de même nature, territoriales ou extraterritoriales, laquelle de ces deux compétences doit être préférée à l'autre : puisque les

³¹³ V. pour comparaison les réalisations en matière civile

³¹⁴ Dans le cadre des consultations directes, on retrouve ces mêmes critères juridiques complétés par des critères plus pratiques dans la mesure où des procédures ont déjà été engagées.

³¹⁵ Conception large du *locus delicti* par l'extension de la notion de territoire et l'atomisation de l'infraction dans l'espace.

³¹⁶ Dans l'optique d'une analyse comparatiste, v. notamment le droit espagnol qui reconnaît la subsidiarité de la compétence universelle – Tribunal Constitutionnel, 26 septembre 2005 – et retient une hiérarchie entre compétences territoriale et universelle radicalement différente de celle du droit français.

³¹⁷ A l'exception peut-être de la compétence réelle qui repose sur la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat.

critères juridiques classiques ne seront d'aucun secours, il faudrait alors recourir à des critères plus pratiques, comme ceux visés dans le cadre du mécanisme de consultations directes instauré en 2009. L'articulation des différents chefs de compétence est absolument indispensable en matière pénale où on ne peut se satisfaire d'une simple accumulation comme en droit international privé puisque les droits fondamentaux des individus sont ici concernés. Face à la difficulté de mettre en œuvre une hiérarchisation satisfaisante des chefs de compétence, certains proposent de favoriser systématiquement la compétence du premier Etat saisi³¹⁸. Ce critère a évidemment l'avantage de la simplicité de sa mise en œuvre, du moins en apparence³¹⁹, et sans doute n'est-il pas dépourvu de fondement. Notamment, on peut considérer comme légitime de retenir la compétence de l'Etat qui a le plus progressé dans l'enquête et/ou la procédure. Mais l'application de la règle *prior tempore* peut également paraître insatisfaisante en ce que d'une part, le premier Etat saisi ne sera pas nécessairement celui qui a le plus progressé dans l'enquête ou la procédure et, en ce que d'autre part, cet Etat n'est pas nécessairement l'Etat le mieux placé³²⁰ pour connaître de l'affaire³²¹.

En attendant que la mise en cohérence *a priori* des compétences répressives intervienne de manière effective, il est indispensable d'améliorer les mécanismes de lutte contre les conflits de compétence opérant *a posteriori*.

§ II - La mise en cohérence *a posteriori*

Même si, à l'avenir, les mécanismes de règlement des conflits de compétence ne devraient par principe intervenir que de manière subsidiaire, il n'en demeure pas moins qu'en pratique et pour l'heure, ils restent les modes privilégiés de lutte contre les conflits. Par conséquent, leurs lacunes doivent être comblées et leurs imperfections corrigées. En d'autres termes, la règle *ne*

³¹⁸ En ce sens, G. Taupiac-Nouvel, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne, Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, thèse Toulouse I Capitole, p. 296 et s., n° 308 et s.

³¹⁹ La simplicité du critère n'empêche en effet pas les difficultés liées à son application qui pourraient amener à rechercher l'heure exacte et précise de déclenchement des poursuites.

³²⁰ La notion d'« Etat le mieux placé » est employée dans la décision-cadre 2009/948/JAI du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales.

³²¹ Sur ce point, v. V. Malabat, *La coordination des juges en matière pénale : répartir le contentieux a priori*, in *Juge national, européen et international en matière pénale*, Cujas, coll. Actes et Etudes, à paraître 2012.

bis in idem, tant dans sa version absolue que relative, doit pouvoir être appliquée de manière optimale.

Pour ce qui est des conflits transnationaux de compétence, c'est encore une fois l'Union européenne qui est amenée à jouer un rôle décisif en la matière.

Tout d'abord, et quant à la version atténuée de la règle *ne bis in idem*, la protection minimale de la déduction de la peine prononcée à l'étranger est parfois omise dans certaines conventions qui étendent pourtant les règles de compétence³²². Par conséquent, il serait souhaitable que cette garantie ultime contre les conflits de compétence figure au moins dans toutes les Conventions favorisant, par quel que moyen que ce soit, la survenance de ces conflits. L'idéal serait même que les droits nationaux prévoient une telle possibilité de manière systématique.

Avant d'en arriver à cette situation extrême de doubles condamnations, il serait préférable de favoriser l'application de la règle *ne bis in idem* dans sa version absolue pour résoudre les conflits de compétence, ce que tente précisément de faire l'Union européenne depuis quelques années.

En effet, eu égard à l'application encore décevante qui en est faite au sein de l'espace pénal européen, plusieurs initiatives ont vu le jour dans le but de permettre une reconnaissance extensive de cette règle dans sa dimension transnationale :

- Tout d'abord, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, longtemps limitée à une simple proclamation solennelle mais désormais dotée d'une force contraignante spéciale avec le traité de Lisbonne³²³, a conféré le statut de droit fondamental au principe *ne bis in idem* dans son acception transétatique³²⁴, faisant même disparaître la condition d'exécution de la peine en cas de condamnation.

- Ensuite, à l'époque de sa présidence, la Grèce a déposé une initiative visant à l'adoption d'une décision-cadre relative à l'application du principe *ne bis in idem*³²⁵. Les dispositions de ce projet visaient à harmoniser les règles de droit national concernant ce principe, et à garantir

³²² V. par exemple, Convention du 26 juillet 1995 sur la protection des intérêts financiers des CE

³²³ Article 6§1 TUE

³²⁴ Article 50. Toutefois, la charte emploie une terminologie en un sens dépassée (v. « jugement pénal définitif »).

³²⁵ JOCE, N°C100, 26 avril 2003, pp.24 et s.

l'uniformité de l'interprétation et de l'application pratique de ces règles, notamment par l'approfondissement et l'élargissement de l'aspect matériel du principe. Elles visaient également à compléter et harmoniser les différentes dispositions en vigueur relatives au principe *ne bis in idem*, notamment au sein de la C.A.A.S. Les nombreuses résistances qui lui ont été opposées ont abouti finalement à ce que le Conseil déclare le projet officiellement mis entre parenthèses³²⁶.

- Plus récemment, la Commission européenne a publié une consultation sous forme de Livre vert relatif aux conflits de compétences et au principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales au sein de l'UE, en date du 23 décembre 2005, document qui expose les problèmes posés par le respect de ce principe.

- Enfin, la décision-cadre du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales, a pour objectif avéré de prévenir les violations de la règle *ne bis in idem*.

En outre, l'adoption du traité de Lisbonne permettra sans doute de faciliter l'adoption de règles contraignantes pour garantir un meilleur respect de la règle³²⁷. Si tel est le cas, l'action de l'Union européenne aura des conséquences indéniables sur les conceptions nationales de la règle *ne bis in idem* dans sa version transnationale adoptées par les différents États membres. En l'occurrence, il peut être espéré que :

- le champ d'application de la règle ne soit plus limité aux seules compétences extraterritoriales³²⁸, mais étendu parfois aux compétences territoriales sous certaines conditions
- qu'il ne soit plus limité à la sphère exclusivement nationale, ni à certains instruments de coopération, et que la suppression des réserves faites à certaines Conventions oeuvrant pour une meilleure application de la règle soient abandonnées.
- De plus, les conceptions très restrictives des différentes conditions de mise en œuvre du principe, notamment quant à la décision définitive, adoptées par la majorité des États membres, devraient

³²⁶ Principalement en raison de la réduction ou suppression possible des réserves faites par les Etats à la CAAS.

³²⁷ Article 82 TFUE avec toutefois la possibilité laissée aux Etats de mettre en œuvre le mécanisme de sécurité baptisé « frein-accélérateur » (mais les Etats membres qui le souhaitent pourront lancer alors une coopération renforcée)

³²⁸ Comme c'est actuellement le cas pour le droit pénal français : v. art. 133-9 CP.

progressivement s'aligner sur la jurisprudence beaucoup plus compréhensive de la C.J.U.E. en la matière.

Dans l'optique de la construction d'une justice pénale à dimension internationale, cette mise en cohérence des compétences répressives apparaît sans aucun doute comme une nécessité. Dans un premier temps, elle ne pourra être mise en place, non sans difficultés d'ailleurs, que dans un espace de confiance, c'est-à-dire à l'échelle régionale. Ce n'est que dans un second temps qu'elle pourra éventuellement intervenir dans l'espace international, mais cela supposera au préalable que les différents espaces régionaux aient tous adopté des règles en la matière et que ces règles soient similaires, ou en tout cas compatibles entre elles. Il faudra donc surmonter des obstacles nationaux, puis des obstacles régionaux avant qu'une telle coordination des compétences répressives ne soit possible.

Tous les mécanismes de lutte contre les conflits de compétence élaborés, aussi performants soient-ils, ne pourront déployer leur plein effet qu'avec le concours des différents acteurs, nationaux et internationaux, qui ont à connaître de ces conflits de compétence, plus particulièrement horizontaux.

Section 2 - Les acteurs de la mise en cohérence

« *La spécificité de la matière pénale, et notamment son lien étroit avec la souveraineté nationale, font (...) que cette matière restera sans doute « un art tout d'exécution » et non « tout de législation »*³²⁹. Rapprochée de la lutte contre les conflits de compétence, cette formule souligne bien le rôle décisif des acteurs, nationaux et internationaux, de cette lutte dans la mise en œuvre des règles édictées. Or, jusqu'à présent, leur intervention est loin d'être satisfaisante.

Les acteurs européens souffrent en effet des limites institutionnelles de l'Union européenne, tandis que les acteurs nationaux sont prisonniers de leurs propres réflexes souverainistes. Pourtant, dans cet espace privilégié qu'est l'espace pénal européen, de profondes évolutions semblent se profiler à l'horizon, autorisant alors l'émancipation de ces acteurs que ce soit par le desserrement de l'étau institutionnel (§ I) ou par le dépassement des réflexes souverainistes des Etats (§ II).

§I - L'émancipation des acteurs européens par le desserrement de l'étau institutionnel

Pendant longtemps, les acteurs, hier communautaires, aujourd'hui européens, n'ont pu jouer pleinement leur rôle en matière de conflits de compétence, dans la mesure où ils se voyaient privés par l'Union européenne elle-même de moyens d'action efficaces.

Or, un changement est en train de s'amorcer dans le sens d'un desserrement de l'étau institutionnel, permettant dès lors à Eurojust de jouer un rôle central, et à la C.J.U.E., un rôle protecteur.

A - Le rôle central d'Eurojust

Pour reprendre la formule de G. Loubens, Membre National pour la France à Eurojust, « *Eurojust*³³⁰, *c'est la proximité et la maniabilité* ». Véritable baromètre de la confiance entre

³²⁹E.Barbe, préc., p.92

³³⁰Décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust (Cons.UE, 2002/187/JAI, 28 février 2002). Il faut en outre mentionner le rôle de soutien des magistrats de liaison et du R.J.E. qui permettent de faciliter la coopération judiciaire entre les Etats membres, et notamment l'échange de renseignements entre autorités judiciaires des Etats membres.

Etats membres de l'Union européenne³³¹, l'agence s'est vue attribuée une triple mission, à savoir :

- améliorer, stimuler et encourager la coordination des enquêtes et des poursuites
- améliorer la coopération judiciaire européenne entre les autorités nationales compétentes
- et enfin les soutenir dans leur effort pour renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites et lutter contre les infractions aux intérêts de l'Union européenne³³².

Aussi, cette agence constitue aujourd'hui le moyen le plus abouti de lutte contre les conflits de compétence. En effet, elle peut détecter très tôt les conflits à travers ses membres nationaux, et ensuite contribuer à l'information mutuelle des États membres concernés, voire de certains États tiers. Elle dispose aussi de moyens pour favoriser la résolution des conflits, dans la mesure où en son sein, « *l'obligation de discuter sur la compétence prévue par certains textes peut véritablement être mise en œuvre* »³³³. Surtout, elle peut demander, de manière motivée³³⁴, aux autorités judiciaires des États membres concernés, d'accepter que l'une d'elles puisse être mieux placée pour entreprendre une enquête ou des poursuites sur des faits précis³³⁵.

En pratique, la discussion relative aux conflits de compétence peut prendre trois formes : une réunion de niveau III entre représentants nationaux et praticiens des pays concernés, à Eurojust ou à l'extérieur, une réunion de niveau II entre représentants nationaux concernés, à Eurojust, et enfin, notamment lorsque les membres nationaux n'auront pas pu s'accorder sur la manière de résoudre un conflit de compétence concernant l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites, une réunion de niveau I au Collège.

Il faut toutefois préciser qu'une véritable volonté de résoudre les conflits de compétence le plus en amont possible explique que 99% des affaires dont a à connaître Eurojust soient

³³¹ Actuellement, l'état de la confiance entre États membres de l'Union européenne est globalement bon, mais, comme cela fut souligné par M. Abassi, cette confiance doit être perpétuellement entretenue, notamment par Eurojust.

³³² V. l'article 3 de la décision du 28 février 2002 instituant Eurojust.

³³³ E. Barbe, préc., p.89

³³⁴ Cela vaut aussi bien lorsque Eurojust agit par l'intermédiaire ses Membres Nationaux, que lorsqu'elle agit par l'intermédiaire du Collège [v.les articles 6.1 a) ii) et 7.1 a) ii) tels que modifiés par la nouvelle décision d'Eurojust du 16 décembre 2008 (Cons. UE, 2009/426/JAI, 16 décembre 2008)].

³³⁵ En pratique, cette demande, pourtant dépourvue de force contraignante, constitue une « pression des pairs » : v. notamment l'affaire du *Prestige* (novembre 2002). Si les autorités compétentes des États membres décident de ne pas suivre la demande d'Eurojust, elles doivent sauf exception motiver leur refus (article 8 de la nouvelle décision d'Eurojust du 16 décembre 2008).

résolues aux niveaux II et III. Ce n'est donc qu'exceptionnellement que le niveau I est atteint³³⁶. Les conflits de compétence dont a à connaître Eurojust naissent le plus souvent des différences de culture juridique entre les États membres, et sont en général résolus en recourant aux critères classiques de compétence, auxquels s'ajoutent parfois des critères plus pratiques, comme par exemple, la gravité des faits, l'antériorité de l'affaire, la délivrance d'un mandat d'arrêt contre l'un ou plusieurs des agents, l'ampleur de l'enquête, le casier judiciaire des agents, etc. Si certains de ces critères figurent dans le rapport annuel d'Eurojust pour 2003, il n'en existe toutefois pas de liste formelle ; il ne serait d'ailleurs pas opportun d'en dresser une, la souplesse devant rester le maître mot en la matière.

Jusqu'à présent, et malgré un champ de compétence largement défini au point que l'on a pu dire que sa compétence était « *en principe presque illimitée* »³³⁷, Eurojust ne disposait pas de pouvoirs contraignants en matière de résolution des conflits de compétence, mais de simples pouvoirs de proposition, la décision revenant au final toujours aux autorités nationales. Toutefois, l'Union européenne s'est attelée récemment à la rénovation du rôle d'Eurojust, en particulier dans le domaine des conflits de compétence³³⁸.

Tout d'abord, la décision du Conseil du 16 décembre 2008³³⁹ renforçant Eurojust, pose le principe d'une transmission précoce, par les autorités judiciaires nationales à Eurojust, d'informations relatives aux conflits de compétences potentiels ou avérés³⁴⁰. En outre, cette

³³⁶ V. l'affaire du *Prestige* (novembre 2002).

³³⁷ Toutefois, on peut craindre qu'une extension de la compétence matérielle d'Eurojust ne nuise à son efficacité. D'ailleurs, le traité de Lisbonne n'évoque la compétence d'Eurojust que pour certaines formes de criminalité.

³³⁸ V. notamment P. Beauvais, *Les acteurs institutionnels de l'espace européen*, Revue Dr. pénal, septembre 2010, pp.10 à 14 et du même auteur, *Droit pénal de l'Union européenne – 1^{er} septembre 2009-31 juillet 2010*, R.T.D. eur., n°46(3), juillet-septembre 2010, pp.721 à 743.

³³⁹ La publication de cette nouvelle décision Eurojust est intervenue le 4 juin 2009 ; en outre, la date butoir pour procéder à la transposition en droit positif des nouvelles dispositions a été fixée au 4 juin 2011. V notamment F. Baab, *Décisions concernant Eurojust et le Réseau Judiciaire Européen en matière pénale*, L'observateur de Bruxelles, n°76, avril 2009, pp.14 à 16.

³⁴⁰ La transmission de l'information par les autorités nationales compétentes à Eurojust est pour l'heure satisfaisante. Toutefois, elle a encore été améliorée par la nouvelle décision d'Eurojust du 16 décembre 2008, et ce par différents moyens. Tout d'abord, elle est désormais facilitée par la mise en place de dispositifs très maniables, tant **au niveau national** (par exemple, l'article 12 de la nouvelle décision d'Eurojust du 16 décembre 2008 prévoit la mise en place, avant le 4 juin 2011, dans chaque État membre d'un système national de coordination Eurojust, notamment chargé de faciliter la transmission d'informations opérationnelles entre les autorités nationales et Eurojust et composé d'un ou plusieurs correspondants nationaux pour Eurojust désigné(s) par chaque État membre) qu'**au niveau d'Eurojust** [par exemple, la saisine d'Eurojust peut se faire par tout moyen (téléphone, mail, fax, courrier,...) et il existe un système appelé « on call coordination » ou dispositif permanent de coordination (DPC) ou encore cellule de coordination d'urgence, qui est un service de permanence fonctionnant 24h sur 24 et 7 jours sur 7, capable de recevoir et de traiter à tout moment les demandes d'entraide judiciaire qui lui sont adressées et nécessitant une exécution sans délai dans un autre État membre, et s'appuyant sur un représentant par État membre (système créé par l'article 5 bis de la

décision confirme le rôle de médiateur du collège, qui est invité à rendre, par écrit, un avis non contraignant sur l'État le mieux placé pour mener les investigations ou les poursuites, lorsque les États membres concernés par le conflit ne peuvent parvenir à un accord³⁴¹. Ces modifications ne sont certes pas décisives, mais elles ont le mérite d'asseoir la légitimité d'Eurojust en la matière.

Ensuite et surtout, le traité de Lisbonne augure d'un bel avenir pour Eurojust en officialisant et renforçant ses pouvoirs³⁴². Après un bref rappel à l'article 85 T.F.U.E. de la mission de coordination et de coopération entre autorités nationales pour la criminalité grave transfrontière dévolue à Eurojust, est désormais prévue la possibilité de doter cette agence de larges pouvoirs contraignants dont la portée reste à préciser. Ainsi, Eurojust pourrait notamment coordonner les enquêtes et les poursuites pénales conduites par les autorités nationales compétentes, mais également se charger de la résolution des conflits de compétence, tant positifs que négatifs, entre autorités nationales chargées de poursuites³⁴³ : dans ce dernier cas, il pourrait, par exemple, être envisagé de doter l'avis rendu par Eurojust, dans le cadre d'un conflit de compétence sur l'éventuel dessaisissement d'un État membre, d'un effet contraignant³⁴⁴.

Le Traité de Lisbonne, va bien plus loin que le renforcement des pouvoirs d'Eurojust puisqu'à l'article 86 T.F.U.E., il offre la possibilité d'instituer, à partir de cette structure, un Parquet européen³⁴⁵, sorte de parquet supranational indépendant³⁴⁶ qui serait chargé de rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices de certaines infractions³⁴⁷. Il

nouvelle décision d'Eurojust du 16 décembre 2008 et officiellement mis en place à partir du 4 juin 2011)]. Ensuite, l'article 13 de la nouvelle décision d'Eurojust du 16 décembre 2008 prévoit une obligation générale à la charge des Etats d'échanger, avec Eurojust, toute information nécessaire à l'accomplissement de ses tâches (notamment, en cas de conflits potentiels ou avérés de compétence) : elle devra s'appliquer à compter du 4 juin 200. Cependant, il n'y a pas vraiment de sanction en cas de non respect de cette obligation.

³⁴¹V. Modification de l'article 7 par la nouvelle décision Eurojust du 16 décembre 2008 renforçant les pouvoirs d'Eurojust (article 7.2). Si les autorités compétentes des États membres décident de ne pas suivre l'avis d'Eurojust, elles doivent sauf exception motiver leur refus (article 8 de la nouvelle décision d'Eurojust du 16 décembre 2008).

³⁴² Article 86 TFUE.

³⁴³ Article 85.1 TFUE. La liste de ces tâches n'est d'ailleurs pas exhaustive.

³⁴⁴ Cela s'avérerait d'autant plus opportun en cas de création d'un Parquet européen.

³⁴⁵ Article 86 TFUE

³⁴⁶ On peut tout de même se demander quel serait l'intérêt de créer un tel Parquet européen, dans l'hypothèse où la confiance mutuelle, et donc la reconnaissance mutuelle, seraient développées de manière optimale à l'échelle européenne.

³⁴⁷ Article 86.2 TFUE. Cette possibilité de créer un tel Parquet constitue l'aboutissement d'une réflexion ancienne menée sur le sujet [cf. la proposition de la Commission, dans le cadre de la conférence intergouvernementale du Traité de Nice, de créer un procureur européen chargé de la protection pénale des intérêts financiers communautaires, projet ayant donné lieu à l'étude d'un groupe d'experts dirigé par M.

serait ainsi compétent pour diriger et contrôler les enquêtes, pour déclencher et coordonner les poursuites, pour exercer, directement ou non, l'action publique auprès des juridictions nationales³⁴⁸. Au départ limité aux seules infractions portant atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne, et par voie de conséquence à la résolution de conflits négatifs de compétence, le champ de compétence de ce Parquet pourrait ensuite être étendu à la criminalité grave ayant une dimension transfrontière, et donc à la résolution des conflits positifs de compétence³⁴⁹.

Comme l'a souligné M. Abassi, la création d'un tel ministère public européen, compétent au-delà des seuls intérêts financiers de l'Union européenne, est une évolution nécessaire mais qui, du fait des obstacles qui lui seront opposés, devra peut-être emprunter au départ les chemins de la coopération renforcée. En outre, il est indispensable que ce Parquet ait comme bras armé Europol afin de pouvoir accéder à l'ensemble des informations dont dispose cette agence, ce qui n'est pas forcément le cas aujourd'hui. Enfin, dans l'hypothèse où un tel Parquet serait créé, il faudra certainement offrir, non plus seulement aux autorités nationales compétentes, mais également aux justiciables concernés par une violation éventuelle de leur droit à ne pas être jugé deux fois pour les mêmes faits en raison de l'ouverture de procédures parallèles dans plusieurs Etats membres, la possibilité de saisir Eurojust³⁵⁰.

Certes, malgré ce renforcement de la coopération opérationnelle d'Eurojust, les Etats conservent toujours un rôle important en la matière³⁵¹. En outre, pour renforcer les pouvoirs d'Eurojust, il faudra trouver une majorité qualifiée, ce qui pourra se révéler difficile en pratique³⁵², et même l'unanimité pour la création et le fonctionnement du Parquet européen³⁵³. Mais cela n'enlève rien à l'importance des changements qui attendent Eurojust, et il est dès

Delmas-Marty (« *Le corpus Juris* »)] et dont la dernière étape fut la discussion menée par la Convention sur l'avenir de l'Europe à propos de l'ESJ [article III-274 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe].

³⁴⁸ En effet, en attendant la création d'une Cour pénale européenne, ou l'intervention d'une formation spéciale de la Cour de justice de l'Union Européenne, cette « *action publique communautaire* » passera nécessairement par le prisme des juridictions nationales. D'ailleurs, on pourrait imaginer la présence d'un « substitut » dans chacun des Etats membres.

³⁴⁹ Article 86.1, 2 et 4 TFUE

³⁵⁰ Bien évidemment, et comme l'a souligné M. Abassi, une telle possibilité ne s'avérera pertinente pour le justiciable que si le Parquet européen est compétent au-delà du seul domaine économique.

³⁵¹ Articles 85.1, 85.1 a) et 85.2 TFUE

³⁵² L'article 85 TFUE n'est pas soumis à la clause « frein-accélérateur » (donc meilleur potentiel de succès).

³⁵³ Article 86.1 et 3 TFUE.

lors permis de douter de l'utilité du mécanisme, moins efficace, de consultations directes mis en place en 2009 pour lutter contre les conflits de compétences³⁵⁴.

La rénovation du cadre institutionnel de l'Union européenne avec l'adoption du traité de Lisbonne, profite également à la C.J.U.E. qui pourrait se voir conférer un rôle protecteur en matière de conflits de compétence.

B - Le rôle protecteur de la C.J.U.E.

Jusque-là, la Cour de justice de l'Union européenne avait une compétence très limitée en matière pénale. Malgré cela, son contrôle juridictionnel n'a fait que s'intensifier ces dernières années, du fait de la croissance des questions préjudicielles soulevées par des autorités judiciaires nationales. Les décisions, souvent audacieuses, de la C.J.C.E., ont alors pris un poids capital dans la construction d'un espace pénal européen³⁵⁵.

Avec le traité de Lisbonne et la fin de la structure en piliers, la C.J.C.E., devenue C.J.U.E., voit sa compétence étendue en matière pénale à la procédure en manquement³⁵⁶. En outre, l'élargissement des fondements de son contrôle à la charte des droits fondamentaux est désormais juridiquement fondé. Le traité de Lisbonne cherche ainsi à renforcer la légitimité de cette institution, afin de faire mieux accepter sa compétence aux Etats membres, notamment dans le domaine de la justice pénale³⁵⁷.

En matière de conflits de compétence, la C.J.U.E. pourra dès lors renforcer et développer son rôle dans l'interprétation des instruments européens, et plus particulièrement ceux consacrés à la règle *ne bis in idem*, ou encore ceux, récents ou à venir, prévoyant des critères de résolution des conflits. Elle pourra également procéder au contrôle de l'harmonisation des règles pénales de fond et surtout de forme, par exemple de compétence. Enfin, et de manière inédite mais

³⁵⁴ Charger Eurojust de la lutte contre tous les conflits de compétences entre Etats membres nécessiterait toutefois de la doter des moyens humains et financiers nécessaires ; ou peut-être faudrait-il envisager que le mécanisme de consultations directes mis en place en 2009 prenne le relais dans les domaines où Eurojust n'est pas compétente.

³⁵⁵ La CJCE avait également contribué au rayonnement de la méthode communautaire au-delà du premier pilier : CJCE, 13 septembre 2005, Commission c/Conseil, C-176/03 (environnement) et CJCE, 31 janvier 2006, Commission c/Espagne C-503/03 (libre circulation des personnes).

³⁵⁶ V. toutefois, le Protocole sur les mesures transitoires

³⁵⁷ V.A.Gogorza, *Le rôle de la C.J.U.E. en matière pénale*, Rev.Dr.pénal, Septembre 2010, n°9, pp.15 à 18 (étude 19)

pour l'heure incertaine, il serait possible d'envisager de doter la C.J.U.E. de certains pouvoirs dans le sens d'une meilleure protection des droits fondamentaux. Par exemple, dans le cadre du mécanisme de consultations directes instauré par la décision-cadre de 2009, un contrôle juridictionnel de la décision d'attribution de l'affaire à l'Etat membre compétent, pourrait revenir naturellement à la C.J.U.E., notamment si l'attribution de l'affaire a été faite en vertu d'un accord contraignant³⁵⁸. Il faudrait alors déterminer les bénéficiaires d'une telle possibilité de formuler un recours contre la décision d'attribution de la compétence. Les individus concernés par la désignation de l'Etat compétent devraient pouvoir contester juridiquement une telle décision, de même que les Etats dont la compétence est établie en vertu de leurs règles nationales mais qui n'ont pas été désignés³⁵⁹.

Contrairement aux acteurs communautaires, les acteurs nationaux ont toujours eu les pouvoirs d'agir efficacement dans la lutte contre les conflits de compétence, et pourtant ils freinent d'eux-mêmes leur intervention, en activant leurs réflexes souverainistes.

§ II - L'émancipation des acteurs nationaux par le dépassement de leurs réflexes souverainistes

La matière pénale est encore fortement marquée par un esprit particulariste et nationaliste, qui rend peu enclins les États à coordonner leurs actions. Or l'application d'un souverainisme rigide ne permet plus d'appréhender correctement certaines situations présentant des liens extranationaux. Il est par conséquent primordial que les États dépassent leurs réflexes souverainistes de manière à rendre plus efficace la lutte contre les conflits de compétence.

Ils joueraient ainsi pleinement leurs rôles politique et technique.

A - Le rôle politique dans la lutte contre les conflits de compétence

Les États membres sont les seuls à pouvoir lever les obstacles politiques qui s'opposent à une lutte efficace contre les conflits de compétence. Cela signifie qu'ils doivent faire tomber les

³⁵⁸ Par exemple si Eurojust était doté de pouvoirs contraignants en la matière.

³⁵⁹ V. pour tous ces points, J. Lelieur-Fischer, *Observations sur le Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, Max-Planck-Institut, mars 2006

murs de défiance qu'ils avaient érigés entre eux, et dont la conséquence immédiate était une multiplication des compétences concurrentes, chaque Etat ne faisant confiance qu'à son propre système de justice pour connaître d'une affaire. En instaurant une telle confiance, et au sein de l'Union européenne, ils pourraient donner toute son ampleur au principe de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice³⁶⁰, principe primordial en matière de conflits de compétence. Ce principe, consacré comme pierre angulaire de l'E.L.S.J., n'a eu de cesse de se développer et a servi de base à des instruments relatifs, notamment, aux conflits de compétence. Il est désormais officiellement consacré par le traité de Lisbonne.

Pourtant, ce principe, théoriquement plus protecteur de la souveraineté nationale que ne l'est le rapprochement des législations, peine à être respecté, les États membres étant encore fortement pétris de méfiance envers les décisions rendues par leurs propres voisins. Il ne tient donc qu'à eux de se faire un peu plus confiance. Une des solutions pour favoriser une telle confiance serait peut-être de rapprocher leurs législations pénales. Certes, la reconnaissance mutuelle est censée pouvoir prospérer sans qu'il existe, au préalable ou en accompagnement, un tel rapprochement³⁶¹. Or il est bien difficile dans une matière aussi étroitement liée à la souveraineté étatique que ne l'est la matière pénale, d'accorder sa confiance à un autre État juridiquement très éloigné. Simple rapprochement des règles de fond et/ou de forme des États membres sur la base de définitions ou principes communs, l'harmonisation préserve des marges de manœuvre nationales. Elle est nécessaire au respect optimal du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, et plus largement à l'efficacité de la coopération pénale européenne³⁶².

Si le Traité d'Amsterdam avait donné des compétences à l'Union européenne en la matière, le traité de Lisbonne³⁶³, en généralisant le vote à la majorité qualifiée, promet de profonds bouleversements en la matière. Ainsi, si des règles communément établies organisent la répartition des compétences et définissent les comportements incriminés, les États membres reconnaîtront et accepteront plus aisément les décisions rendues sur cette base, et donc lutteront plus efficacement contre les conséquences négatives des conflits de compétence. Par

³⁶⁰ V. notamment à propos de ce principe et sa conciliation avec les droits de la défense, A. Giraud et S. Goossens-Hlisníková, *Reconnaissance mutuelle et droits de la défense dans l'espace judiciaire européen*, Gaz.Pal., 24 décembre 2009, n°358, pp.45 à 56.

³⁶¹ Sur ces questions, voir *infra*.

³⁶² En effet, il est possible de constater, par exemple, que la transmission de l'information par les autorités nationales compétentes à Eurojust est parfois freinée par les différences existant entre les systèmes juridiques nationaux (v.entre autres, les problèmes de la constitution de partie civile, de l'existence d'un juge d'instruction, ou encore de la définition de certaines infractions).

³⁶³ Articles 82 et 83 TFUE. V.notamment, E.Rubi-Cavagna, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, Rev.sc.crim., 2009, pp.501 à 521.

conséquent, reconnaissance mutuelle et harmonisation semblent complémentaires, et leur application ne dépend que de la bonne volonté des États. En outre, et forts de cette confiance instaurée entre eux, il reste à espérer que les États ne bloqueront plus le processus législatif, désormais simplifié, en matière de conflits de compétences, et ne s'opposeront donc pas à l'amélioration des mécanismes de protection existants ou à la création de nouveaux, comme y invite d'ailleurs l'article 82 T.F.U.E.

L'évolution du rôle politique des États dans le cadre de la lutte contre les conflits de compétence déteindra nécessairement sur leur rôle technique en la matière.

B - Le rôle technique dans la lutte contre les conflits de compétences

L'établissement d'une certaine confiance permettra de favoriser la coopération judiciaire entre États membres, et donc leur rôle technique dans le cadre des conflits de compétence. En effet, la mise en œuvre des mécanismes de lutte contre les conflits de compétence, élaborés notamment, au sein de l'Union européenne est souvent freinée par les réflexes nationalistes des États : il en va ainsi de l'application de la règle *ne bis in idem* qui se heurte à de nombreux obstacles, en ce qui concerne non seulement son champ d'intervention mais également sa définition, de la circulation de l'information entre États ou entre États et Eurojust, qui est encore lacunaire au sein de l'Union européenne, ou encore des négociations entre États visant à centraliser les poursuites dans un seul État membre, qui sont encore trop peu nombreuses malgré la présence d'Eurojust. Il dépend donc, là encore, des États de faire fonctionner ces instruments de coopération de manière optimale.

Toutes ces remarques relatives au rôle, tant politique que technique, joué par les acteurs nationaux sont transposables *a fortiori* dans l'espace international. Et il est bien évident que la défiance interétatique qui règne encore dans l'espace, pourtant affirmé comme de confiance, qu'est l'espace pénal européen est d'autant plus vivace sur la scène internationale. Il ne sera donc pas aisé de faire s'en départir les États.

La mise en cohérence des compétences répressives reste ainsi nécessaire puisqu'il n'y a pas répartition mais concurrence des compétences. Seule cette mise en cohérence permet alors d'envisager la mise en œuvre d'une coopération mettant efficacement en œuvre la justice pénale dans sa dimension internationale.

PARTIE II – Le fonctionnement de l’espace répressif : la coopération pénale

L’espace répressif mondial, même s’il était parfaitement organisé entre les différents Etats qui le composent, ne pourrait fonctionner sans que ne se mette en œuvre une coopération entre ces Etats ou leurs juges. Les Etats doivent ainsi s’adapter à une délinquance qui ne s’exerce pas nécessairement dans les limites de leurs compétences respectives. La coopération pénale internationale est alors sans doute tout d’abord pensée en termes de recherche d’efficacité tant elle peut paraître difficile à mettre en œuvre compte tenu des prérogatives souveraines des Etats. Les différentes méthodes de la coopération sont ainsi généralement abordées sous l’angle de leur efficacité répressive. Cette étude doit cependant être complétée et dépassée tant il apparaît aujourd’hui que la recherche de cette efficacité ne peut se faire au détriment des droits fondamentaux des individus.

TITRE I – Les méthodes de la coopération pénale

TITRE II – Le contrôle de la coopération pénale par les droits fondamentaux

TITRE I – Les méthodes de la coopération pénale

Si les méthodes de la coopération internationale méritent d'être approfondies c'est dans l'objectif d'analyser les possibilités d'amélioration de cette coopération plus que dans la description de ces mécanismes. Le développement de l'harmonisation des règles pénales et/ou de la reconnaissance mutuelle sont alors souvent évoquées comme les moyens de cette amélioration nécessaire.

Chapitre I – L'harmonisation des normes pénales

Chapitre II – La reconnaissance mutuelle des décisions pénales

CHAPITRE I – L’harmonisation des normes pénales.

Il est d’usage de souligner l’importance d’un rapprochement des législations nationales, voire internationales, moins pour lui-même que comme soutien de la coopération pénale internationale : le rapprochement des incriminations et des sanctions et l’harmonisation de leur interprétation par les instances nationales et internationales sont conçus comme « indispensables au bon fonctionnement des mécanismes de coopération »³⁶⁴, comme « complémentaires au développement de la coopération internationale »³⁶⁵.

Au-delà de cette affirmation générale, il apparaît nécessaire de préciser en quoi est-ce que les divergences entre les normes d’incriminations et de sanctions ou entre leurs interprétations représentent un obstacle à la coopération (Section 1) pour pouvoir ensuite déterminer la cohérence nécessaire à une coopération pénale efficace (Section 2).

Section 1 : Le défaut de cohérence, obstacle à la coopération pénale internationale

Section 2 : La cohérence nécessaire à la coopération pénale internationale

³⁶⁴ A. Weyembergh, *Coopération judiciaire pénale*, J.-Cl. Eur., n° 78.

³⁶⁵ S. Manacorda, *L’intégration pénale indirecte : interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l’Union européenne*, Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, Université de Paris I-CNRS UMR 8103, Association de recherches pénales européennes et Dipartimento di discipline giuspubblicistiche italiane, europea e comparate, Seconda università di Napoli ; sous la direction de G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda ; coordination de J. Tricot, p. 28.

Section 1 : Le défaut de cohérence, obstacle à la coopération pénale internationale

Le défaut d'harmonisation s'oppose à la coopération mais de manière différente selon que celle-ci est verticale (§ I), c'est-à-dire s'opère entre les États et les juridictions internationales (Cour pénale internationale, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Tribunal pénal international pour le Rwanda) ou horizontale, c'est-à-dire intervient entre les États (§ II).

§ I. Le défaut de cohérence, obstacle à la coopération verticale

Contrairement à ce que soutient parfois la doctrine³⁶⁶, les différences entre les infractions et les sanctions établies par les États d'une part et celles contenues dans les statuts de la Cour pénale internationale et des tribunaux pénaux internationaux d'autre part ne semblent pas constituer un obstacle direct à la coopération que les premiers apportent aux seconds (A). En revanche, elles pourraient représenter un obstacle indirect (B).

A - Le défaut de cohérence, obstacle direct à la coopération verticale

Le défaut de cohérence ne représente pas un obstacle direct à la coopération verticale car celle-ci ne dépend ni des prévisions de la loi nationale (1), ni de l'appréciation des juridictions nationales (2).

³⁶⁶ O. Beauvallet : « la première modalité de coopération internationale implique l'adoption d'une législation interne, complète et cohérente avec le traité de Rome. Or l'étude de la législation française révèle des lacunes, surtout en matière de définition des crimes donnant lieu à l'entraide judiciaire avec la Cour pénale internationale » (*De la coopération avec la Cour pénale internationale*, J.-Cl. Proc. pén., art 627 à 627-20, n° 4) « l'efficacité de la coopération internationale invite à l'adoption de ces textes en droit interne, sous une forme aussi proche que possible de la lettre de Rome » (*De la coopération avec la Cour pénale internationale*, préc., n° 10)

1) La coopération ne dépend pas des prévisions de la loi nationale

Il apparaît en effet qu'elle n'est pas liée à ce que l'acte qui la suscite soit répréhensible en droit interne, ni à la qualification ou à la peine qu'il reçoit selon ce droit. Le fait que cet acte ne soit pas punissable en vertu de la loi nationale, qu'il supporte, en droit interne, une qualification différente de celle qui justifie la compétence de la juridiction internationale ou une sanction autre n'empêche pas, par lui-même, l'arrestation et la remise de son auteur à la juridiction internationale, l'exécution de la peine prononcée par cette juridiction sur le territoire national... Les divergences de qualification ou de peine n'affectent donc pas la coopération verticale, laquelle ne se règle aucunement d'après la norme nationale mais seulement d'après la norme internationale.

Cela ressort implicitement du statut des juridictions internationales³⁶⁷ et expressément des dispositions internes. En droit français l'article 627 du Code de procédure pénale précise que « les dispositions qui suivent (relatives à la coopération avec la Cour pénale internationale) sont applicables à toute personne poursuivie devant la Cour pénale internationale ou condamnée par elle à raison des actes qui constituent, au sens des articles 6 à 8 et 25 du statut, un génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre ». De façon similaire, l'article 1 de la loi du 2 janvier 1995 prévoit que les dispositions relatives à la coopération apportée au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'appliquent « à toute personne poursuivie à raison des actes qui constituent, au sens des articles 2 et 5 du statut du tribunal international, des infractions graves aux conventions de Genève du 12 août 1949, des violations des lois et coutumes de la guerre, un génocide ou des crimes contre l'humanité » et l'article 1 de la loi du 22 mai 1996 que les dispositions relatives à la collaboration avec le Tribunal pénal international pour le Rwanda concernent « toute personne poursuivie à raison des actes qui constituent, au sens des articles 2 à 4 du statut du tribunal international, des infractions graves à l'article 3 commun aux conventions de Genève du 12 août 1949 et au protocole additionnel II auxdites conventions en date du 8 juin 1977, un génocide ou des crimes contre l'humanité ». Or les articles cités par ces différents textes définissent justement les infractions visées. Ces textes font donc dépendre la coopération de la

³⁶⁷ V. art. 29 statut TPIY à rapp. art. 1 ; art. 28 statut TPIR à rapp. art. 1.

seule norme internationale ; c'est d'après elle que s'apprécie la qualification des faits et non d'après la norme nationale. Il y a là une expression de la primauté du droit international sur le droit interne.

Il convient toutefois d'observer que l'article 227 du Code de procédure pénale et les articles 1 des lois du 2 janvier 1995 et du 22 mai 1996 ne résolvent que partiellement les conflits de normes pouvant surgir dans le cadre de la coopération verticale : ils ne tranchent que les conflits entre normes d'incrimination en faisant prévaloir les définitions internationales sur les définitions internes ; en revanche, ils ne règlent pas, ou pas totalement, les conflits entre normes de responsabilité (c'est-à-dire celles qui déterminent les faits justificatifs, les causes de non-imputabilité...) et les conflits entre normes de pénalité. En l'absence de prévision légale, quelle loi faut-il faire prévaloir ? Est-ce la norme internationale, auquel cas l'autorité judiciaire requise doit apporter son concours, alors même que, selon sa propre loi, l'intéressé ne serait pas pénalement responsable des faits ou encore encourrait une peine différente ? Ou bien est-ce la norme nationale auquel cas l'autorité judiciaire requise refusera de prêter son concours au motif que la personne concernée n'est pas pénalement responsable ou encourt une peine différente au regard de la loi du for ? De ces deux propositions, il semble qu'il faille privilégier la première pour plusieurs raisons : tout d'abord, parce que l'exécution d'une demande d'entraide émanant d'une juridiction internationale est présentée comme obligatoire et pas seulement comme facultative pour les États³⁶⁸, de sorte que les refus qui y sont opposés ne peuvent intervenir qu'à titre exceptionnel ; ensuite, parce que procéder à une application distributive des normes internationale et nationale risque d'aboutir à des difficultés inextricables, à des incohérences s'agissant de règles qui sont étroitement liées entre elles (règles d'incrimination, de responsabilité et de pénalité) ; enfin, parce que le droit international pose des règles de responsabilité dérogatoires voulues comme telles³⁶⁹ et que ce serait donc y faire échec que de privilégier l'application du droit de l'Etat requis.

³⁶⁸ cf. par ex. en droit français l'art. 627-4 CPP.

³⁶⁹ Le statut de la Cour pénale internationale prévoit ainsi une définition spécifique des participants à l'infraction mais écarte également le jeu des faits justificatifs généralement admis en droit interne.

2) La coopération ne dépend pas non plus de l'appréciation des juridictions nationales

Que la norme conditionnant la coopération soit déterminée n'épuise pas la difficulté. Il faut encore savoir qui apprécie la qualification qui doit être donnée aux faits d'après la norme internationale ? Si l'autorité judiciaire nationale dispose d'un pouvoir d'appréciation concurrent à celui des juridictions internationales, cela risque de constituer un obstacle à la coopération dans l'hypothèse où, contrairement à ces dernières, elle considérerait que les faits ne sont pas pénalement répréhensibles au regard de la norme internationale.

Les dispositions statutaires et surtout internes préviennent un tel conflit d'interprétation en déniant aux autorités nationales le pouvoir de contrôler la qualification donnée aux faits par les juridictions internationales. L'article 59 du statut de Rome prévoit notamment à cet égard que « l'autorité judiciaire compétente de l'état de détention vérifie, conformément à la législation de cet État, que le mandat vise bien cette personne, que celle-ci a été arrêtée selon la procédure régulière et que ses droits ont été respectés », semblant ainsi n'admettre qu'un contrôle de la régularité formelle de la demande d'entraide. De façon plus explicite, les dispositions internes n'autorisent les autorités nationales compétentes qu'à vérifier la régularité formelle de la demande (art. 627-4 CPP). Elles ne peuvent en revanche en apprécier la régularité matérielle. Il existe toutefois une limite à cette interdiction dans le cas où l'autorité judiciaire constaterait une « erreur évidente »³⁷⁰ qu'il importe donc définir.

En somme, les divergences de fond devraient demeurer sans conséquence sur la coopération apportée à la Cour pénale internationale et aux Tribunaux pénaux internationaux pour d'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda puisque le législateur indique non seulement la norme applicable, mais également l'autorité compétente pour l'apprécier : il consacre dans l'un et l'autre cas le principe de primauté du droit international sur le droit interne, primauté de la norme internationale tout d'abord, primauté de l'appréciation de la juridiction internationale ensuite.

³⁷⁰ Art. 627-8 CPP, art. 4 et 13 loi 2 janvier 1995 et art. 2 loi 22 mai 1996.

B - Le défaut de cohérence, obstacle indirect à la coopération verticale

Si les divergences de fond ne représentent pas par elles-mêmes un obstacle à la coopération verticale, elles pourraient en revanche l'entraver de façon indirecte tant pour des raisons juridiques que pratiques.

Ces clivages sont tout d'abord de nature à entraver la coopération pour des raisons juridiques.

Quatre arguments juridiques pourraient être invoqués qui s'opposeraient à la coopération lorsque celle-ci concerne un fait diversement incriminé ou réprimé par le droit interne et le droit international.

Le premier argument réside dans l'article 93 § 3 du statut de Rome qui permet à l'État requis de refuser son concours à la Cour pénale internationale lorsque l'exécution de l'acte sollicité est interdite « dans l'état requis en vertu d'un principe juridique fondamental d'application générale ». Quoique cette disposition ne semble pas avoir déjà été invoquée à cette fin, ne pourrait-elle pas être soulevée par un État pour refuser de contribuer à la répression de celui qui n'est pas punissable selon son droit ou qui l'est, mais dans des conditions différentes ? Il semble néanmoins que l'impunité, la qualification ou la peine moins rigoureuses prévalant en droit interne ne doit pas résulter d'une simple différence de contenu entre les normes nationale et internationale (par exemple une différence de définition des éléments constitutifs, de nature ou de quantum de la peine) ; elle doit, pour que l'article 93 § 3 trouve à s'appliquer, s'expliquer par un principe général qui reste alors à définir..

Le deuxième argument tient au fait qu'aux termes du statut de Rome, l'exécution de la peine prononcée par la Cour pénale internationale sur le territoire d'un État est subordonnée à l'acceptation de celui-ci³⁷¹. Les motifs de refus n'étant pas déterminés, un État pourrait parfaitement repousser sa désignation au motif que les faits ayant donné lieu à condamnation ne sont pas répréhensibles selon sa propre législation ou ne le sont pas dans les mêmes termes.

³⁷¹ Art. 103 du statut CPI et art. 627-18 CPP

Le troisième argument réside dans le principe de la légalité des délits et des peines. Ce principe ne s'oppose-t-il pas à ce que la coopération débouche sur la répression d'une personne par les juridictions internationales faisant application du droit international quand sa loi nationale ne la sanctionnerait pas pour les mêmes faits ou pas aussi sévèrement ? Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁷², une réponse négative paraît s'imposer : la coopération verticale tend à la sanction d'infractions qui portent atteinte aux valeurs fondamentales de l'Humanité (qui seules relèvent de la compétence des juridictions internationales) et dont l'incrimination est dès lors parfaitement prévisible par le délinquant. Il importe peu en conséquence que le comportement incriminé par le droit international ne le soit pas par le droit national. Mais si, s'agissant d'infractions contraires au droit humanitaire, le principe de l'incrimination est certainement prévisible, il n'en est pas forcément de même de ses modalités et de la sanction qui en résulte. Or le principe de la légalité exige que l'infraction soit définie en des termes précis et il s'étend aux peines qui doivent également être déterminées avec précision. Il se pourrait donc que, contrairement à ce que considère la Cour européenne des droits de l'Homme, le défaut d'harmonisation des normes nationales et internationales soulève une difficulté au regard du principe de la légalité.

Le dernier argument résulte de la règle *non bis in idem*³⁷³. Il est possible en effet qu'un acte non répréhensible ou réprimé sous une qualification « anodine » ou d'une peine dérisoire par la norme nationale débouche, en droit interne, sur un non-lieu, une relaxe, un acquittement ou encore une faible condamnation qui fera obstacle à ce qu'il soit ensuite poursuivi par les juridictions internationales devant lesquelles il serait au contraire réprimé ou réprimé plus sévèrement. La perception différente d'un même fait par le droit interne et le droit international représenterait donc un obstacle à l'exercice de leur compétence par les juridictions internationales.

Ce risque est quelque peu atténué par les articles 9.2 du statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda et 10. 2 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-

³⁷² CrEDH, 17 mars 2009, Ould-Dah c/ France : JCP 2009, G., n° 28, note C. Madelaine ; Dr. pén. 2009, Etude 23, M. Touillier.

³⁷³ Art. 20 statut CPI, art. 9 statut TPIR et art 10 statut TPIY.

Yougoslavie qui écartent l'application de la règle *non bis in idem* lorsque l'agent a été condamné par les juridictions nationales sous la qualification de crime ordinaire³⁷⁴.

Suivant la même logique, la Cour pénale internationale, constatant l'impunité dont l'agent bénéficie en droit interne, pourra se saisir des faits³⁷⁵. En cette occurrence, le clivage entre la norme nationale et la norme internationale ne s'oppose certes pas à l'exercice de la compétence internationale mais l'on peut toutefois s'interroger sur la qualité du concours que l'État prêtera à une procédure qui révèle une carence de sa propre législation.

Les divergences de fond existant entre les normes nationale et internationale représentent ensuite un obstacle à la coopération pour des raisons d'ordre pratique.

Il est de principe en droit international que les demandes d'entraide s'exécutent selon le droit de l'État requis. L'entraide verticale ne déroge pas à cette règle. La question est alors de savoir si cette règle concerne seulement l'application du droit pénal de forme de l'État requis ou si elle amène également à se référer, au stade de l'exécution, à son droit pénal de fond, c'est-à-dire à ses incriminations, à ses peines, à son régime de responsabilité. L'article 99 du statut de Rome précise que les demandes d'assistance sont exécutées « conformément à la procédure prévue par la législation (de l'état requis) ». Il prescrit donc l'application de loi nationale, mais limite cette application au droit pénal de forme. Il en résulte que, lors de l'exécution de la demande d'entraide, les autorités nationales vont devoir combiner les règles de fond posées par la norme internationale avec les règles de forme du droit de l'État requis, autrement dit la qualification internationale et la procédure nationale. Cela risque de soulever des difficultés chaque fois qu'un mécanisme procédural dépend de la qualification des faits, de la qualification de l'infraction ou de la peine encourue.

La même observation s'impose s'agissant de l'exécution de la peine prononcée par les juridictions internationales sur le territoire national, puisqu'elle se déroule selon les modalités prévues par le droit interne³⁷⁶.

³⁷⁴ V. *supra*.

³⁷⁵ Art. 17 statut de Rome.

³⁷⁶ Art. 627-18 CPP.

La primauté du droit international limite donc l'impact négatif sur la coopération du défaut de cohérence entre norme interne et internationale. Cette primauté ne se retrouvant pas dans l'ordre horizontal, il est à craindre que le défaut de cohérence soit alors un obstacle plus évident à la coopération horizontale.

§ II. Le défaut de cohérence, obstacle à la coopération horizontale

En matière de coopération horizontale, comme d'ailleurs en matière de coopération verticale, les divergences de fond constituent effectivement un obstacle indirect à l'entraide. Mais elles représentent aussi, et cette fois-ci de manière spécifique, un obstacle direct à la coopération.

A. Le défaut de cohérence, obstacle direct à la coopération horizontale

Le fait que deux États n'incriminent pas ou ne punissent pas de la même manière un même acte peut s'opposer à ce que l'un apporte son concours à l'autre pour la répression de cet acte. En effet, contrairement à la coopération verticale, la coopération horizontale dépend des prévisions de la loi de l'État requis –ou d'exécution– (1) mais également de l'appréciation de l'autorité judiciaire de cet État (2).

1) L'entraide dépend des prévisions de la loi de l'Etat requis

a) La prise en compte diversifiée de la loi de l'Etat requis

Plusieurs dispositions témoignent de cette considération portée à la loi de cet État. Elles en font tantôt la condition, tantôt la mesure de la coopération.

α) La référence à la loi de l'Etat requis, condition de la coopération

Tout d'abord, de nombreuses mesures d'entraide sont soumises à la **condition de double d'incrimination**, c'est-à-dire que l'entraide est subordonnée à ce que les faits constituent une infraction au regard de la loi de l'État requis. Celui-ci refusera donc de s'associer à la répression des faits s'il ne les réprime pas lui-même. Selon la doctrine, il s'agit là d'une considération de bon sens : il serait, pour un État, contraire à son ordre public et au principe de la légalité que de prêter son concours à la sanction de tels faits si, lui-même, ne les estime pas punissables³⁷⁷.

Cette condition de double incrimination se retrouve en matière de transmission des poursuites³⁷⁸, d'extradition³⁷⁹, de gel des biens et des éléments de preuve³⁸⁰, de mandat d'arrêt européen³⁸¹, de mandat d'obtention de preuve³⁸², d'application des mesures de probation ou des peines de substitution³⁸³, de transfèrement³⁸⁴, de surveillance des personnes condamnées³⁸⁵, d'exécution des sanctions pécuniaires³⁸⁶ ou des décisions de confiscation³⁸⁷...

Il en résulte que si l'acte constitutif d'une infraction selon la loi de l'État requérant n'est pas en revanche répréhensible d'après la loi de l'État requis, parce qu'il ne correspond à aucune incrimination, l'entraide ne pourra avoir lieu.

De prime abord, cette condition de double incrimination n'emporte que des conséquences mesurées quant au contenu des législations répressives des différents États. Elle signifie que les faits commis par le délinquant doivent être répréhensibles au regard de la loi pénale des deux États. Autrement dit, ils doivent correspondre à une incrimination établie par la législation de chacun des États. En revanche, peu importe que les incriminations des deux États ne renferment pas les mêmes éléments constitutifs³⁸⁸, les mêmes peines ; peu importe

³⁷⁷ J. Pradel, G. Corstens et G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, Dalloz, 2009, n° 115. – R. Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bruxelles, Éd. Bruylant, Berne, Stämpfli, 2009, n° 576. – A. Fournier et D. Brach-Thiel, *Rép. Pén. Dalloz*, V° Extradition, 2005, n° 67 et s.

³⁷⁸ art. 7 § 1 de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives de 1972

³⁷⁹ art. 2-1 de la Convention européenne d'extradition et art. 696-3 CPP

³⁸⁰ art 695-9-17, 4° CPP

³⁸¹ art. 2 de la décision-cadre du 13 juin 2002 et art. 695-23 CPP : la double incrimination y est en effet maintenue comme un principe qui n'est écarté que pour une liste d'infractions ou de catégories d'infractions.

³⁸² art. 14 de la décision-cadre du 18 décembre 2008

³⁸³ art. 11 de la décision-cadre du 27 novembre 2008

³⁸⁴ art 4 de la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983

³⁸⁵ art. 3 § 1 de la Convention européenne sur la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition du 30 novembre 1964

³⁸⁶ décision-cadre du 24 février 2005

³⁸⁷ décision-cadre du 6 octobre 2006

³⁸⁸ Cass. crim., 29 mars 2006, n° 06-81183.

également qu'elles ne revêtent pas les mêmes qualifications³⁸⁹. La condition de double incrimination implique donc que les différents droits répriment également les agissements du délinquant mais non qu'ils les répriment dans les mêmes termes.

Autrement dit, elle ne commande donc pas une identité entre les incriminations. Les auteurs en déduisent que la double incrimination ne consacre qu'un appel limité à la loi de l'État requis et n'exige qu'une convergence minimale entre les diverses législations³⁹⁰ : il suffit qu'elles s'accordent à incriminer le comportement de l'agent ; en revanche il n'est pas nécessaire qu'elles s'entendent sur les termes de cette incrimination.

Mais à la réflexion, l'exigence d'une réciprocité d'incrimination pourrait constituer un obstacle plus important qu'il n'y paraît à la coopération judiciaire pour deux raisons. D'une part, dès lors que l'on retient une appréciation concrète de cette condition, des divergences minimales entre les législations peuvent déboucher là sur la répression, là sur l'impunité d'un même comportement et empêcher ainsi la coopération. D'autre part, dès lors que l'on opte pour une appréciation concrète de la réciprocité d'incrimination, il ne faut plus seulement confronter les législations sur l'existence d'une incrimination ; il faut également considérer les règles de responsabilité établies par chacune. Exiger que l'acte du délinquant soit répréhensible au regard du droit de chacun des États suppose alors non seulement de vérifier qu'il correspond à une incrimination en vertu de chacun d'eux, mais également qu'il ne rencontre aucun obstacle de fond à sa sanction³⁹¹ : il importe donc qu'il ne bénéficie d'aucun fait justificatif, d'aucune amnistie réelle³⁹², voire d'aucune prescription (du moins si l'on

³⁸⁹ Cass. crim., 15 juil. 1937 : DP 1939, 1, 60, note Leloir. – CE, 27 oct 1989 : AJDA 1990, 122. – Cass. crim., 19 janvier 2005, n° 04-86304 : JD 2005-027030. – CE, 27 juil. 2005, n° 272098 : JD 2005-068789. – CE 8 déc. 2000, n° 215357 : JD 2000 061594, Rec CE 2000 p. 291. – Cass. crim. 9 juil. 2008, n° 08-84195*.

³⁹⁰ En ce sens, A. Fournier, pour qui la loi de l'État requis ne se manifeste, à travers la réciprocité d'incrimination, que si elle est totalement permissive, c'est-à-dire que si elle ne réprime pas les faits, et qui ajoute : « la convergence des lois pénales étrangère et française sur un même fait s'entend avec souplesse (...) peu importe l'analogie ou la divergence des qualifications respectives » (*Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international*, in Mélanges B. Bouloc, p. 333 et s., Dalloz 2007).

V. également, R. Zimmermann, « la condition de double incrimination ne se confond pas avec le principe de l'identité des normes (...). Une telle conception entraverait gravement la coopération internationale en raison des différences qui existent entre les systèmes juridiques des États » (*La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, préc. n° 581).

V. aussi J. Pradel, selon lequel la double incrimination s'apprécie *in concreto*, car « on ne peut s'attendre à ce que les législations de deux états concordent au point que certains faits y soient invariablement considérés comme constitutifs de la même infraction » (*Droit pénal européen*, préc. , n° 46).

³⁹¹ J. Pradel, G. Corstens et G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, préc. n° 46. – A. Fournier et D. Brach-Thiel, *Extradition*, préc., n° 70

³⁹² CE, 29 sept. 1989, n° 100373 : Juris-Data n° 1989-644600.

estime, avec la Cour de cassation, que la prescription ôte aux faits leur caractère délictueux), ni son auteur d'aucune cause de non imputabilité telle que le jeune âge ou la démence.

En somme, la réciprocité d'incrimination est de nature à entraver la coopération en présence d'une opposition essentielle mais aussi d'une différence dérisoire entre les législations nationales et ce sur n'importe quel point de droit pénal de fond. Ainsi, l'extradition est-elle exclue à l'égard de celui dont la pensée criminelle ne s'est pas prolongée par un commencement d'exécution³⁹³ ou de celui qui, au regard du droit de l'Etat requis, n'a accompli que des actes préparatoires ou qui s'est volontairement désisté de son entreprise criminelle. Mais elle doit aussi l'être à l'égard de père qui a enlevé ses enfants pour les conduire hors du Royaume-Uni sans le consentement de leur mère dès lors que, en l'absence de décision de justice statuant sur la garde des enfants, de tels faits ne constituent pas le délit de non représentation d'enfant puni par la loi française³⁹⁴.

De façon similaire, certaines mesures d'entraide (qui sont parfois les mêmes que les précédentes) comportent une **clause de minorité, d'amnistie** ou **d'immunité**, qui empêche qu'elles se réalisent lorsque l'intéressé n'est pas punissable, selon la loi de l'Etat requis, en raison de son âge ou de l'octroi d'une amnistie ou d'une immunité. Ce type de clause concerne notamment la surveillance des personnes condamnées³⁹⁵, l'exécution des mesures de probation et des peines de substitution³⁹⁶, l'exécution des sanctions pécuniaires³⁹⁷, le mandat d'arrêt européen³⁹⁸, le mandat d'obtention de preuve³⁹⁹ ou le gel des biens ou des éléments de preuve⁴⁰⁰. A l'instar de la double incrimination, elles n'impliquent pas seulement que les législations pénales convergent en leurs aspects essentiels mais également qu'elles s'accordent à considérer que l'acte accompli par l'agent est pareillement répréhensible. Par conséquent, d'infimes variations entre les législations peuvent faire obstacle à la coopération judiciaire. Ainsi, la clause de minorité s'y opposera non seulement lorsque les Etats ne considèrent pas également la minorité de l'agent comme une cause de non-imputabilité, mais encore lorsqu'ils ne fixent pas de la même manière l'âge à partir duquel le mineur est

³⁹³ Paris, 3 juil. 1967 : JCP 1967 II 15267.

³⁹⁴ CA Aix-en-Provence, 24 nov 1999 : JD 1999 115630 ; D. 2000, p. 245, note J.-F. Renucci.

³⁹⁵ Art. 7 § 2 Convention 30 nov 1964

³⁹⁶ Art 11, décision-cadre 27 nov. 2008

³⁹⁷ Art. 707-15 et s. CPP

³⁹⁸ Art 3 § 1 de la décision-cadre du 13 juin 2002 ; art 695-22 CPP

³⁹⁹ Art 13, décision-cadre 18 déc. 2008

⁴⁰⁰ Art. 695-9-17 CPP

pénalement responsable. Cet âge varie en effet d'une législation à l'autre puisqu'il est par exemple de 10 ans en Angleterre, 13 ans en France, 16 ans au Luxembourg.

Certaines mesures d'entraide dépendent enfin de la **peine encourue** selon la loi de l'État requis. Il en est notamment ainsi en matière d'extradition⁴⁰¹. Cette mesure dépend prioritairement de la peine encourue ou prononcée en vertu de la loi de l'État requérant. Mais, contrairement au droit conventionnel, qui ne fait aucunement référence à la peine prévue par la loi de l'État requis, les dispositions de droit interne n'accordent l'extradition que si les faits sont en outre punis par la loi française d'une peine criminelle ou délictuelle⁴⁰².

Contrairement aux précédentes, cette clause relative à la pénalité est souple, qui n'exige pas une identité entre les peines prévues par les différentes législations mais simplement qu'elles ne soient pas trop éloignées l'une de l'autre de par leur nature ou leur quantum.

β) La référence à la loi de l'Etat requis, mesure de la coopération

A ces différents égards, les prévisions de la loi de l'État requis apparaissent donc comme une condition de la coopération. Mais elles peuvent également donner la mesure de l'entraide, cette dernière s'exerçant alors dans les limites fixées par la loi de l'État requis. Il en est ainsi lorsqu'un État assure l'exécution, sur son territoire, de la décision répressive prononcée à l'étranger. Les conventions qui régissent cette forme d'entraide prévoient généralement une clause d'adaptation de la peine⁴⁰³. Cette adaptation consiste, pour l'État d'exécution, à aménager la peine prononcée afin de la rendre conforme à sa propre législation. Cela permet d'atténuer les inconvénients liés à la disparité entre les législations : la peine aménagée doit correspondre autant que possible à celle qui a été prononcée tout en respectant les prévisions de la loi de l'État requis.

⁴⁰¹ Art. 696-3 CPP.

⁴⁰² Art. 696-3 CPP.

⁴⁰³ Convention européenne sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983 ; convention sur la surveillance des personnes condamnées du 30 novembre 1964 ; décision-cadre du 27 novembre 2008 sur l'application des mesures de probation et des peines de substitution.

b) La prise en compte limitée de la loi de l'Etat requis

Mais, en dépit de ce que suggèrent ces différentes dispositions, la prise en compte de la loi de l'État requis ou d'exécution demeure limitée.

Tout d'abord, les règles générales qui gouvernent l'entraide judiciaire en matière pénale veulent que la coopération ne dépende pas, en principe, de la qualification et de la peine établies par l'État auquel elle est demandée⁴⁰⁴. Aussi, à défaut de clause contraire (telle la réciprocité d'incrimination ou la clause d'adaptation), l'État ne peut s'y soustraire au motif que les faits ne sont pas répréhensibles au regard de son droit, revêtent une qualification différente ou encourent une peine autre⁴⁰⁵. Il en est ainsi en matière de commissions rogatoires internationales, lesquelles ne sont pas soumises à la condition de double incrimination sauf si elles sont délivrées aux fins de perquisitions ou de saisies⁴⁰⁶. Il en est de même en matière de notification des actes de procédure où la qualification et la peine attribuées aux faits en vertu de la loi de l'État requis sont tenues pour indifférentes⁴⁰⁷.

Ensuite, il apparaît que si les clauses faisant référence à la loi de l'État requis sont nombreuses et diversifiées, elles se recoupent bien souvent. C'est ainsi que la condition de double incrimination englobe la clause d'amnistie, de minorité ou d'immunité, du moins lorsque celle-ci tient au fond du droit. En effet, lorsque l'agent bénéficie d'une amnistie, d'une cause de non imputabilité liée à sa minorité ou d'une immunité de fond, son acte cesse d'être répréhensible au regard de la loi de l'État requis, de sorte que la réciprocité d'incrimination n'est pas établie. Autrement dit, quand bien même ces clauses seraient cumulativement prévues à l'égard d'une même mesure d'entraide, ce qui est le cas en matière de mandat d'arrêt européen, d'exécution des sanctions pécuniaires ou de surveillance des personnes condamnées, elles ne correspondent pas à autant de situations différentes dans lesquelles l'entraide est exclue.

Enfin, au sein de l'Union européenne, on assiste, au nom du principe de reconnaissance mutuelle, à un recul des conditions qui obligent à considérer la loi des deux

⁴⁰⁴ Cf. art. 694-2 CPP et Convention européenne d'entraide judiciaire qui présentent l'exécution de la demande d'entraide comme obligatoire.

⁴⁰⁵ B. Aubert, *Rép. pén. D.*, V° *Entraide judiciaire (Matière pénale)*, 2005, n° 87.

⁴⁰⁶ Art. 5 § 1 convention de 1959.

⁴⁰⁷ Ce qui est notamment le cas pour la convention européenne d'entraide judiciaire.

États. La condition de double incrimination est partiellement supprimée dans les instruments juridiques les plus récents : le mandat d'arrêt européen, le gel des biens, le mandat d'obtention de preuve, l'exécution des mesures de probation et des peines de substitution, notamment, ne requièrent plus la double incrimination lorsque les faits sont punis d'une peine privative de liberté supérieure ou égale à 3 ans et relèvent de l'une des catégories d'infractions visées par les textes⁴⁰⁸. De même, la condition tenant à la gravité de la peine encourue, notamment en vertu de la loi de l'État requis, est assouplie (cf. système de l'extradition accessoire consacré par la Convention européenne d'extradition) ou abandonnée (mandat d'arrêt européen)...

Certes il est tentant de tempérer ce recul, spécialement en ce qui concerne la condition de double incrimination, pour deux raisons.

⁴⁰⁸ Ceux-ci comportent généralement une liste de trente-deux infractions. Il s'agit des infractions de :

- participation à une organisation criminelle,
- terrorisme,
- traite des êtres humains,
- exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie,
- trafic de stupéfiants et de substances psychotropes,
- trafic d'armes, de munitions et d'explosifs,
- corruption,
- fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes au sens de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes,
- blanchiment des produits du crime,
- faux monnayage et contrefaçon de monnaie, y compris de l'euro,
- cybercriminalité,
- crimes contre l'environnement, y compris le trafic d'espèces animales menacées et le trafic d'espèces et d'essences végétales menacées,
- aide à l'entrée et au séjour irréguliers,
- homicide volontaire, coups et blessures graves,
- trafic d'organes et de tissus humains,
- enlèvement, séquestration et prise d'otages,
- racisme et xénophobie,
- vol organisé ou vol à main armée,
- trafic de biens culturels, y compris d'antiquités et d'œuvres d'art,
- escroquerie,
- racket et extorsion de fonds,
- contrefaçon et piratage de produits,
- falsification de documents administratifs et trafic de faux,
- falsification de moyens de paiement,
- trafic de substances hormonales et d'autres facteurs de croissance,
- trafic de matières nucléaires et radioactives,
- trafic de véhicules volés,
- viol,
- incendie volontaire,
- crimes relevant de la Cour pénale internationale,
- détournement d'avion/de navire,
- sabotage.

Il importe cependant d'observer que l'abandon de la double incrimination est plus large en matière de reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires puisqu'il concerne cinq infractions de plus et n'est pas subordonné au seuil minimal de trois ans (Décision-cadre 24 fév 2005 ; art. 707 al 15 et s. CPP).

D'une part, son abandon est en partie compensé par le maintien de clauses telles que la clause d'amnistie, de minorité ou d'immunité, y compris à l'égard des comportements soustraits à la condition de double incrimination : ces comportements, qui peuvent désormais motiver l'entraide même s'ils ne sont pas répréhensibles au regard de la loi de l'État requis, cesseront de le permettre si leur impunité procède de la présence d'une amnistie, d'une immunité de fond ou de la minorité de leur auteur⁴⁰⁹. Il est également compensé, quoique cela semble moins évident, par l'introduction de certaines clauses de compétence. Le mandat d'arrêt européen notamment comporte une clause excluant la remise lorsque l'infraction a été commise hors du territoire de l'État d'émission et que le droit de l'État d'exécution n'autorise pas la poursuite des mêmes infractions commises hors de son territoire (art. 695-24 CPP). Cette clause vaut pour toutes les infractions qui motivent le mandat d'arrêt européen, y compris celles soustraites à l'exigence de double incrimination. Par conséquent, lorsque l'acte ne constitue pas une infraction au regard de la loi de l'État d'exécution et qu'il échappe à la double incrimination, l'État pourra néanmoins refuser la remise s'il ne prévoit une compétence extra-territoriale analogue à celle de l'État d'émission. Or, la mise en œuvre de cette clause oblige, en réalité, à consulter la loi de l'État d'exécution, que l'on prétend pourtant évincer en renonçant à la réciprocité d'incrimination, car les critères de compétence extraterritoriale dépendent de l'infraction considérée⁴¹⁰ : de sa qualification criminelle ou délictuelle en matière de compétence personnelle, de sa nature (faux monnayage, torture, crimes contre l'humanité...) en matière de compétence réelle ou universelle.

D'autre part, l'abandon de la condition de double incrimination concerne les infractions les plus graves qui, en tant que telles, sont incriminées dans tous les États. Aussi, certains auteurs signalent-ils que sa suppression serait purement illusoire, voire hypocrite, s'agissant d'infractions pour lesquelles la question de la double incrimination ne se pose tout simplement pas⁴¹¹. Néanmoins, compte tenu de la manière dont s'apprécie la réciprocité d'incrimination, il n'est pas sûr que son abandon à propos de ces infractions soit dépourvu de portée : si tous les États membres de l'Union européenne s'accordent en effet à les incriminer, ils ne le font pas toujours dans les mêmes termes. Or, dès lors que la double incrimination se vérifie *in concreto*, au regard de l'acte accompli par le délinquant, de légères différences d'incrimination peuvent empêcher sa réalisation. Elle peut donc tout à fait ne pas être

⁴⁰⁹ V. à cet égard, D. Flore (*Droit pénal européen*, Larcier, 2009, p. 432) qui dénonce l'incohérence qu'il y a à prévoir une clause d'amnistie et à supprimer la condition de double incrimination.

⁴¹⁰ En ce sens, D. Flore, *Droit pénal européen*, préc., p. 427.

⁴¹¹ D. Flore, *Droit pénal européen*, préc. p. 425.

satisfaite à l'égard de ces infractions, pourtant communes aux législations de tous les États membres de l'Union européenne.

Quoiqu'il en soit, l'abandon partiel de la réciprocité d'incrimination amène à s'interroger sur le devenir de cette condition. Il est fréquemment avancé qu'elle est nécessaire au principe de la légalité⁴¹² et ne saurait donc disparaître.

Pourtant, il est permis de douter de cette affirmation. Comme le signale un auteur, « lorsque l'autorité compétente d'un État sollicite la coopération d'un autre État, c'est pour l'exécution d'une décision qui a été rendue selon son droit et qui porte sur des comportements qui ont été érigés par sa loi en infractions et assortis par cette même loi de sanctions déterminées »⁴¹³. Autrement dit le principe de la légalité est respecté du point de vue de la loi de l'État requérant. Dès lors, faut-il qu'il le soit également du point de vue de la loi de l'État requis ? Quelques auteurs, ainsi que la jurisprudence⁴¹⁴, considèrent que cela n'est pas nécessaire : le fait que le comportement soit répréhensible au regard de la loi de l'État requérant constitue un fondement suffisant, d'une part, à la répression du délinquant, d'autre part, à l'intervention de l'autorité judiciaire de l'État requis. Mais ce raisonnement, qui postule l'idée d'équivalence entre les lois des deux États, ne se vérifie pas de la même manière selon que l'on se place du point de vue du délinquant, et que l'on s'attache à la légalité substantielle, ou du point de vue de l'autorité de l'État requis, et que l'on considère la légalité procédurale.

Si l'on se place du côté du délinquant, il semble que la consultation de la loi de l'État requis ne garantisse en rien le respect du principe de légalité : à l'issue du processus de coopération, le délinquant sera réprimé en vertu du droit de l'État requérant, lequel confère un fondement légal à sa sanction. Dès lors, peu importe les prévisions de la loi de l'Etat requis, qu'elle condamne ou non l'acte n'y change rien : se référer à elle revient à considérer une loi qu'il est non seulement inutile de consulter mais qui n'a, en outre, aucun titre à s'appliquer. Il n'en est autrement que si le délinquant a agi sur le territoire ou possède la nationalité de cet État. En ces hypothèses, la loi de l'Etat requis a égale vocation, voire plus grande vocation, à régir les faits, de sorte qu'en lui préférant la loi de l'État requérant on surprend l'attente du délinquant

⁴¹² R. Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, préc., n° 576.

⁴¹³ D. Flore, *Droit pénal européen*, préc. p. 416.

⁴¹⁴ CJCE 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld* *uzw c/ Membres du conseil*, C 303/05, points 53-54, Europe 2007, comm. 181, note F. Kauff-Gazin : l'abandon partiel de la réciprocité d'incrimination ne heurte pas le principe de la légalité, la définition des infractions visées et des peines applicables continuant de relever de la compétence du droit de l'État requérant. – V. égal avis CE 20 sept. 2002.

pour le soumettre à une loi qu'il n'a pas imaginé se voir appliquer. Autrement dit, on méconnaît le principe de prévisibilité de la loi pénale qui constitue le corollaire du principe de la légalité, dans la mesure où l'auteur avait tout lieu de croire que c'est en vertu de la loi de l'État sur le territoire duquel il a agi ou en vertu de sa propre loi nationale qu'il serait poursuivi et jugé. De ce point de vue, le respect du principe de la légalité dépend donc intimement des raisons qui fondent la compétence de l'état requérant et de celles dont pourrait se prévaloir l'État requis : il est indispensable que leur compétence soit déterminée de façon à ne pas surprendre les attentes du délinquant.

Cette explication révèle qu'il est légitime, lorsque le délinquant a opéré sur le territoire de l'État requis ou bien possède sa nationalité, de vérifier que les faits qui lui sont reprochés sont bien répréhensibles au regard de la loi de cet État.

Mais, d'une part, les conditions de double incrimination, de minorité et d'amnistie, n'introduisent généralement pas cette nuance et imposent de se reporter à la loi de l'État requis même lorsque celle-ci n'a aucun titre à s'appliquer (du moins du point de vue du délinquant). Il n'y a que lorsque la clause d'amnistie concerne l'extradition et le mandat d'arrêt européen que les textes en disposent autrement : l'article 695-22 1° du Code de procédure pénale ainsi que l'article 3.1 de la Décision-cadre et l'article 4 du deuxième protocole de la convention européenne d'extradition de 1978 prévoient en effet que l'amnistie, dont bénéficient les faits en vertu de la loi de l'État requis, ne s'oppose à la remise que si les juridictions de cet État étaient compétentes pour juger les faits. Ils subordonnent donc, à juste titre, la référence à la loi de l'État requis à la compétence de ses juridictions⁴¹⁵.

D'autre part, si sous la réserve qui vient d'être apportée, ces conditions concourent au respect du principe de prévisibilité, elles ne lui sont cependant pas indispensables, ce principe pouvant être assuré autrement. Nombre d'instruments juridiques comportent en effet des clauses de territorialité⁴¹⁶ et de nationalité⁴¹⁷ qui permettent à l'État requis de refuser son concours lorsqu'il porte sur des faits qui ont été commis sur son territoire ou par ses ressortissants. Ces clauses, destinées à préserver la compétence législative et judiciaire de

⁴¹⁵ Ces clauses peuvent être rapprochées de la clause d'adaptation qui, en matière d'exécution des sanctions pécuniaires, permet à l'État d'exécution de ramener le montant de l'amende au maximum prévu par sa propre législation quand l'infraction a été commise hors du territoire de l'État d'émission. Cette disposition exprime bien l'idée que la considération de la loi de l'État d'exécution est étroitement liée à la compétence, ici, au titre de la compétence de l'État de condamnation.

⁴¹⁶ Art. 696-4 CPP, pour l'extradition ; art. 695-24 pour le mandat d'arrêt européen.

⁴¹⁷ Art. 696-4 CPP, pour l'extradition ; art. 695-24 pour le mandat d'arrêt européen.

l'État requis, protègent aussi indirectement les prévisions du délinquant : en refusant de contribuer à la répression de faits qui relèvent de sa compétence territoriale ou personnelle active, l'État se garde également de participer à la poursuite du délinquant en vertu d'une loi que ce dernier n'a pas imaginé se voir appliquer parce qu'elle n'est pas celle du territoire où il a commis l'acte ou qu'elle ne correspond pas à sa nationalité.

Il faut néanmoins concéder que ces différentes clauses, faisant référence à la compétence de l'État requis, ne résolvent qu'imparfaitement la difficulté. Elles ne déterminent pas en effet dans quelle mesure il est légitime de consulter la loi de l'État requis lorsque l'État requérant dispose d'un titre de compétence équivalent, voire supérieur au sien⁴¹⁸ soit que les deux États se prévalent pareillement d'une compétence territoriale (les faits ayant été partiellement commis sur le territoire de chacun d'eux) ou d'une compétence extra-territoriale autre que personnelle active, soit que l'État requérant invoque, contrairement à l'État requis, une compétence territoriale ou réelle⁴¹⁹. Quoiqu'il en soit cette discussion montre, qu'au regard du principe de prévisibilité, la référence à la loi de l'État requis pourrait être évitée par une répartition et une hiérarchisation pertinentes des compétences législatives⁴²⁰. Du point de vue du délinquant, les clauses de double incrimination, d'amnistie ou de minorité ne garantissent donc pas forcément le principe de la légalité.

En revanche, si l'on se place du côté de l'autorité judiciaire requise, la réponse pourrait être différente. Le principe de la légalité n'interdit-il pas, en effet, aux agents de l'autorité publique de concourir à la répression de faits qui ne constituent pas une infraction selon leur propre droit ? La doctrine répondait classiquement par l'affirmative, voyant dans la référence opérée à la loi de l'Etat requis une garantie nécessaire au respect de la légalité procédurale⁴²¹. Désormais, elle est plus partagée, estimant que le principe de reconnaissance mutuelle offre une alternative à la consultation de la loi de l'État dont le concours est sollicité.

Le principe de reconnaissance mutuelle signifie que la décision judiciaire rendue par une l'autorité judiciaire d'un État membre de l'Union européenne doit être exécutée par un autre État membre comme s'il s'agissait d'une décision prise par ses propres autorités. Aussi cette

⁴¹⁸ Ce qui implique toutefois de poser une hiérarchisation des chefs de compétence. Sur ce point v. *supra*.

⁴¹⁹ D'aucuns considèrent en effet que la compétence réelle devrait être supérieure aux autres.

⁴²⁰ Sur cette question, v. *supra*.

⁴²¹ J. Pradel, G. Corstens et G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, préc., n° 115. – R. Merle et A. Vitu, *Droit pénal général*, n° 323.

décision, rendue par l'autorité étrangère selon son droit, représente-t-elle un fondement juridique suffisant à l'intervention de l'autorité de l'État requis, qui n'a dès lors plus à vérifier que l'acte qui la motive est également répréhensible d'après sa propre loi. Autrement dit le principe de reconnaissance mutuelle consacre cette idée d'équivalence entre les décisions rendues par les juridictions des différents États et partant entre les lois sur lesquelles elles s'appuient. Il entend ainsi permettre aux États de coopérer en dépit des différences entre les ordres juridiques et se traduit par une diminution des conditions amenant à considérer les lois des deux États⁴²².

Mais à la réflexion, il n'est pas évident que le principe de reconnaissance mutuelle permette de se dispenser de toute référence à la loi de l'État requis pour plusieurs raisons.

En premier lieu, pourrait lui être opposé le principe de solidarité des compétences législative et judiciaire. Selon ce principe, les autorités policières et judiciaires d'un État ne peuvent faire application que de leur propre loi nationale. Aussi ne sauraient-elles intervenir sur le seul fondement d'une loi étrangère, à l'égard de faits, certes punissables en vertu de cette loi, mais dont il n'est pas vérifié qu'ils le sont également en vertu de leur loi nationale. Cette objection repose néanmoins sur une interprétation discutable du principe d'unité des compétences. Ce principe signifie sans doute que les juridictions d'un État ne peuvent appliquer que leur loi pénale ; en revanche, il ne signifie pas qu'elles ne puissent agir que sur le fondement de cette loi, ni se référer qu'à elle⁴²³. Or, coopérer à la répression d'un fait qui n'est pas répréhensible d'après sa propre loi n'équivaut pas à se soumettre à la loi étrangère : il s'agit seulement d'accepter la qualification telle qu'elle a été donnée par l'autorité étrangère et de s'appuyer sur elle pour accomplir un acte de coopération ; il ne s'agit en rien d'appliquer la loi étrangère, ce qui supposerait, pour l'autorité de l'État requis, soit de prononcer une condamnation ou d'infliger une peine en vertu de la loi étrangère, ce qui n'est pas l'objet de l'entraide, soit d'exécuter la mesure d'entraide selon le droit de l'État requérant, ce qui n'est pas davantage le cas⁴²⁴. De surcroît, et quelle que soit la signification que l'on prête au principe de solidarité des compétences, celui-ci n'est pas expressément consacré par le

⁴²² Sur les manifestations de cet amoindrissement, *V. supra*.

⁴²³ La doctrine estime en effet que les juridictions peuvent consulter la loi pénale étrangère sans pour autant méconnaître le principe de solidarité des compétences. Sur cette opinion, *V. supra*.

⁴²⁴ La mesure d'entraide s'exécute en principe d'après la loi de l'État requis. Sur ce principe et les difficultés qu'il soulève, *V. infra*.

législateur, si bien que rien n'empêche d'y déroger (d'autant qu'il est contesté⁴²⁵). Il est donc parfaitement concevable que l'autorité judiciaire d'un État apporte son concours à la sanction de faits qui ne sont pas pénalement répréhensibles d'après son droit mais le sont en revanche d'après le droit étranger. La preuve en est que le droit international et le droit national le tolèrent parfois. Il en est ainsi lorsqu'ils se départissent de la condition de double incrimination⁴²⁶. Il en est de même lorsqu'ils regardent les causes d'irresponsabilité pénale prévues par la loi de l'État requis, non pas comme des motifs absolus, mais comme des motifs éventuels de refus. S'il n'était tout simplement pas envisageable qu'un État participe à la répression de faits que lui-même ne réproouve pas, la minorité de l'agent ou encore l'absence de réciprocité d'incrimination ne pourraient être, contrairement à ce que prévoit le droit de l'Union européenne⁴²⁷, qu'une cause obligatoire de refus et, l'amnistie, qu'une cause systématique, tandis que le droit de l'Union européenne⁴²⁸ et le droit interne⁴²⁹ ne la considèrent comme telle que si les juridictions de l'État d'exécution avaient compétence pour poursuivre l'infraction. Si la consultation de la loi de l'État requis ne représente donc pas, du moins d'un point de vue théorique, une condition indispensable à la coopération, son contenu ne lui en devient pour autant indifférent.

En second lieu en effet, le principe de reconnaissance mutuelle, qui explique l'amointrissement des conditions relatives à la loi de l'État requis, se fonde sur l'idée de confiance mutuelle. Or, celle-ci ne peut logiquement s'instaurer que si les législations des différents États ne sont pas trop éloignées les unes des autres. Autrement dit, la convergence des lois pénales, qui cesse d'être requise comme condition de la coopération, en devient en quelque sorte le présupposé, le soutien nécessaire⁴³⁰. La preuve en est que les infractions qui, au nom du principe de reconnaissance mutuelle, sont soustraites à l'exigence de réciprocité d'incrimination correspondent justement à celles pour lesquelles l'Union européenne a entrepris de rapprocher les législations des États membres.

⁴²⁵ *V. supra.*

⁴²⁶ Sur la portée de l'abandon partiel de la double incrimination, *V. Supra.*

⁴²⁷ S'agissant de la minorité : art. 7-2, D.C. relative aux sanctions pécuniaires ; art. 99-1 D.C. relative à l'exécution des peines privatives de liberté ; art 11-1 D.C. relative à la surveillance des personnes condamnées. S'agissant de la réciprocité d'incrimination, art. 4.1 D.C. relative au mandat d'arrêt européen ; art. 14.3 D.C. relative au mandat d'obtention de preuves. *Contra*, art. 694-22 CPP pour la clause de minorité et art. 695-23 pour la condition de double incrimination.

⁴²⁸ Art. 3.2, D.C.

⁴²⁹ Art. 695-22, 1° CPP.

⁴³⁰ A. Weyembergh, *Coopération judiciaire pénale*, J.-Cl. Europe, n° 78. – *Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, J.-Cl Europe, fasc. 2720, n° 40. – S. Manacorda, *L'intégration pénale indirecte : interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, préc. p. 28.

Sur cette question, *V. infra.*

2) L'entraide dépend également de l'appréciation de l'autorité judiciaire de l'Etat requis

La portée du contrôle auquel se livre l'autorité judiciaire de l'État requis demeure extrêmement floue tant en jurisprudence qu'en doctrine⁴³¹. Pourtant, il pourrait représenter un obstacle important à la coopération dans l'hypothèse où l'autorité judiciaire requise apprécierait autrement que l'autorité judiciaire requérante la qualification ou la gravité des faits objets de la demande d'entraide.

Il résulte néanmoins de la doctrine et de l'interprétation de la jurisprudence (par ex., Cass. crim. 30 mars 1999 : Bull. crim. 1999, n° 60), que ce contrôle demeure restreint : l'autorité judiciaire requise ne vérifierait la qualification des faits au regard de sa propre loi que si elle conditionne l'exécution de la mesure d'entraide⁴³² ; en revanche, elle ne s'assurerait pas de leur qualification au regard de la loi nationale si celle-ci ne représente pas une condition de l'entraide, ni ne contrôlerait leur qualification au regard de la loi étrangère⁴³³.

La première de ces exclusions s'explique par l'absence d'objet d'un tel contrôle : dès lors que la coopération ne dépend pas de l'infraction commise selon la loi de l'État requis, un tel contrôle n'est tout simplement pas concevable⁴³⁴.

La seconde exclusion se justifie, quant à elle, par le principe de solidarité des compétences législative et judiciaire : dans la mesure où les juridictions d'un État ne peuvent,

⁴³¹ Sur lequel, V. L. Desessard, *Le contrôle des demandes d'entraide judiciaire et de leur exécution*, RPDP 2003 p. 573 et s.

⁴³² Cass. crim., 7 fév. 2007 (n° 07-81003) : en cas de poursuites pénales complexes, portant sur des infractions visées par l'art 695-23 pour lesquelles la réciprocité d'incrimination n'est pas requise en matière de mandat d'arrêt européen et sur des infractions étrangères à ce texte, il appartient à la chambre de l'instruction de vérifier la double incrimination des dernières infractions et, partant, leur qualification eu regard de la loi française. Dans le même sens, Cass. crim., 5 août 2004 : Bull. crim. 2004, n° 187 *. – Cass. crim., 15 sept 2005 : Bull. crim. 2005, n° 227 *.

⁴³³ CE, 24 mai 1985 (Rec. CE 1985, n° 160) : « il résulte des principes généraux du droit de l'extradition qu'il n'appartient pas aux autorités françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée ont reçu, de la part des autorités de l'État requérant une exacte qualification au regard de la loi pénale de cet état ».

Cass. crim., 21 nov. 2007 (JCP 2007 II 10108, note V. Malabat ; Dr pén. 2008, comm. 26, note A. Maron) : lorsque l'infraction qui motive le mandat d'arrêt européen est de celle qui, en raison de la qualification et de la peine qui l'assortissent, échappe à la double incrimination, « la qualification juridique des faits et la peine encourue relèvent de l'appréciation exclusive de l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission ».

⁴³⁴ J.-C. Saint-Pau, *L'entraide judiciaire internationale et européenne*, Dr. pén. 2004, Etude, n° 9.

au terme de ce principe, appliquer que leur loi nationale, à l'exclusion de toute loi étrangère, elles ne sont pas à même de vérifier la qualification attribuée aux faits selon le droit de l'État requérant, car cela implique de considérer la loi pénale étrangère, ce que le principe d'unité des compétences leur défend *a priori* de faire.

En répartissant ainsi le contrôle des mesures d'entraide et en ne permettant aux juridictions de chacun des États de n'examiner que les conditions qui font intervenir leur propre loi pénale, le principe de solidarité des compétences prévient toute divergence d'interprétation entre elles relativement à une même disposition.

En dépit des raisons qui les sous-tendent, ces restrictions pourraient cependant s'atténuer pour deux raisons.

Tout d'abord, le contrôle de l'exécution des actes d'entraide est quant à lui dévolu à l'autorité judiciaire de l'État requis⁴³⁵. Cela tient au fait que cette exécution répond aux règles procédurales établies par l'État requis⁴³⁶, de sorte que, conformément au principe de solidarité des compétences, seules les juridictions de cet État peuvent vérifier que ces règles ont bien été respectées. Mais ce contrôle n'implique-t-il pas de connaître de la qualification des faits ? Les dispositions de procédure pénale dépendent en effet étroitement de l'infraction considérée : elles supposent une apparence d'infraction et varie selon son caractère criminel, délictuel ou contraventionnel et selon sa nature. Aussi, les juges ne sauraient-ils se prononcer sur la régularité de l'acte d'entraide sans se pencher, aussi, sur l'infraction qui l'a motivé. Certes, on peut toujours estimer qu'il leur faut raisonner sur l'infraction telle qu'elle a été retenue par l'autorité judiciaire de l'État requérant ; mais cela revient alors à leur imposer un contrôle partiel, un contrôle incomplet de l'acte d'exécution.

Ensuite, l'abandon partiel de la condition de double incrimination incite à réintroduire, au profit des juridictions de l'État requis, un examen de la qualification des faits. Cela permet de garantir le respect du principe de la légalité car la qualification évoquée par l'autorité requérante peut se révéler erronée. Cela permet en outre de garantir le respect des conditions de la coopération en évitant que l'autorité requérante n'attribue délibérément aux faits une qualification erronée afin de contourner l'exigence de double incrimination. La jurisprudence s'est montrée sensible à ces considérations. Le Conseil d'État a en effet précisé, dans un avis

⁴³⁵ Cass. crim., 12 juin 1914 : Bull. crim., 1914, n° 276. – Cass. crim., 30 oct. 1995 : Bull. crim. 1995, n° 332. – Cass. crim., 26 nov 1996 : Bull. crim. 1996, n° 426. – Cass. crim., 4 nov 1997 : Bull. crim., 1997, n° 366.

⁴³⁶ Sur ce principe, *V. infra*.

du 20 septembre 2002, que la suppression de la double incrimination est concevable dès lors que l'État d'exécution peut contrôler que l'infraction visée par le mandat d'arrêt européen est punissable au regard de la loi de l'État d'émission. Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation a jugé que s'il n'appartient pas en principe à l'autorité judiciaire requise d'apprécier la qualification donnée aux faits par l'autorité requérante, il en va autrement en cas « d'inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue⁴³⁷.

Si, en matière de coopération horizontale, le défaut d'harmonisation des législations de fond représente un obstacle direct à la coopération, elle reste aussi, comme en ce qui concerne la coopération verticale, un obstacle indirect.

B. Le défaut de cohérence, obstacle indirect à la coopération horizontale

Lorsqu'elle ne constitue pas par elle-même un obstacle à la coopération, la disparité entre les législations de fond de l'État requis et de l'État requérant risque de l'entraver de façon détournée. Cela se vérifie à trois égards.

Tout d'abord, il fut précédemment signalé qu'elle fragilise les fondements de l'entraide puisque le rapprochement des législations représente, non seulement la condition, mais aussi le présumé, le préalable nécessaire à toute coopération⁴³⁸.

Ensuite, la prise en compte des règles de fond de l'État requis (qu'il s'agisse des règles d'incrimination, de sanction ou d'imputation) peut s'opérer sous couvert de l'examen des autres conditions de la coopération.

Par exemple, si la transmission de pièces est obligatoire pour l'État requis, le droit conventionnel (convention européenne d'entraide judiciaire) et le droit commun (art. 696-45 CPP) réservent l'hypothèse de « raisons impérieuses » ou de « considérations particulières ». Ces expressions sont suffisamment vagues pour pouvoir englober, comme motif de refus,

⁴³⁷ Cass. crim., 21 novembre 2007, préc.

⁴³⁸ *V. supra.*

l'absence d'incrimination des faits par l'État requis ou la qualification différente, la peine autre que leur sont attachées.

De même, le droit conventionnel comme le droit interne subordonnent en général l'exécution de la demande d'entraide à ce que l'on nomme la clause d'ordre public. Par cette clause, l'État requis peut repousser la demande si son exécution « porte atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation » (art. 2 b Convention européenne d'entraide judiciaire ; art. 694-4 CPP ; art. 13 Décision-cadre 18 déc. 2008 relative au mandat d'obtention de preuves). Or concourir à la répression d'un comportement qui n'est pas punissable au regard de sa propre loi ou à l'infliction d'une sanction qui n'est prévue par sa propre législation n'est-ce pas contraire à l'ordre public ?

De prime abord, il semble que la clause d'ordre public ne puisse être invoquée en ces circonstances. Elle est présentée comme destinée à permettre aux États d'opérer un contrôle de nature politique sur l'entraide qui leur est demandée⁴³⁹ : en effet, selon la doctrine, ce contrôle s'effectue au regard des « intérêts vitaux de l'État »⁴⁴⁰ et il est confié aux magistrats du parquet puis au garde des Sceaux⁴⁴¹. Ainsi la clause d'ordre public ne permettrait-elle pas de se livrer à un contrôle d'ordre juridique de la demande d'entraide, ni par conséquent de s'assurer de la qualification et de la peine applicables en vertu de la loi de l'État requis. Au demeurant, il ne semble pas qu'elle ait déjà été invoquée devant les juridictions à cette fin⁴⁴². Mais en dépit de ces arguments, rien n'empêche, sous couvert de cette clause, de contrôler la qualification et la peine encourues : sauf exception (par ex, en matière de mandat d'obtention de preuves où l'article 13 DC 18 décembre 2008, évoque seulement l'atteinte aux intérêts nationaux essentiels), les textes qui la prévoient visent distinctement l'atteinte aux intérêts essentiels de la Nation et l'atteinte à l'ordre public (art. 694-4 CPP et art 2 b CEEJ).

Il semble cependant que n'importe quelle disparité entre les législations ne puisse justifier le recours à la clause d'ordre public : ne faut-il pas que le comportement soit un comportement qu'il serait choquant de réprimer (ex adultère, homosexualité), une peine qu'il serait choquant d'infliger (ex lapidation, peine de mort, peine perpétuelle du moins pour

⁴³⁹ L. Desessard, *Le contrôle des demandes d'entraide judiciaire et de leur exécution*, préc., p. 573 et s. – R. Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, préc., n° 709.

⁴⁴⁰ R. Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, préc.

⁴⁴¹ L. Desessard, *Le contrôle des demandes d'entraide judiciaire et de leur exécution*, préc.

⁴⁴² En revanche, elle l'a été pour assurer, par exemple, le secret de la défense nationale (Cf. aff. Borel sur laquelle V. Martin, *L'entraide judiciaire en matière pénale : la mort d'un juge dans la Corne de l'Afrique*, D. 2008, p. 2443).

certaines États tel la Norvège), autrement dit, un comportement dont la répression, une peine dont l'application serait contraire à l'idée même que l'on se fait du droit pénal ?

Dans ce cas, la clause d'ordre public ne pourrait être invoquée que lorsque les législations s'opposent sur des questions essentielles, en d'autres termes sur les principes qui gouvernent le droit pénal et pas seulement sur les termes d'une incrimination ou le choix d'une sanction. En ce sens, il peut être observé d'une part que certains textes, par exemple la convention du 30 novembre 1964 sur la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition, préfèrent définir la clause d'ordre public comme celle permettant de refuser l'entraide lorsque celle-ci est de nature « à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, aux principes fondamentaux de son ordre juridique ou à d'autres intérêts essentiels » (art. 7 § 1). D'autre part, il peut être relevé qu'en matière d'extradition, la remise est exclue lorsque la personne réclamée encourt, selon la loi de l'État requérant, une peine contraire à l'ordre public français (art. 696-4, 6°, C. pén.). Or, selon la jurisprudence, la peine contraire à l'ordre public français ne s'entend pas de toute peine non prévue par la jurisprudence française. Elle ne désigne pas non plus toute peine soumise à un autre régime juridique que celui prévu par la loi française. Ainsi n'ont pas été jugées contraires à l'ordre public français, la peine incompressible de réclusion criminelle à perpétuité⁴⁴³, la peine privative de liberté de très longue durée du fait de l'absence de confusion de peine⁴⁴⁴. En revanche, ont été considérées comme incompatibles avec l'ordre public français, la peine de mort⁴⁴⁵ ou les peines corporelles telles que la flagellation, l'amputation⁴⁴⁶, la lapidation, les travaux forcés⁴⁴⁷ ou encore la réclusion criminelle à perpétuité subie à l'isolement pendant un minimum de 20 ans^{448 449}. Il apparaît donc que la peine contraire à l'ordre public français n'est pas celle qui est inconnue de la législation française mais celle qui heurte des droits fondamentaux⁴⁵⁰. A cet égard il n'est pas anodin de constater que la jurisprudence apprécie cette notion par référence

⁴⁴³ CE 6 nov 2000, n° 214777 ; CE 12 juil. 2001, n° 227747.

⁴⁴⁴ CE 15 juin 2001, n° 224008. en ce sens égal CE 10 fév. 2006, n° 283982.

⁴⁴⁵ CE 27 fév 1987, Fidan : Rec. 1987, p. 81 ; D. 1987, 305, ccl. Bonichot ; D. 1988, somm. 134, obs. Waquet et Julien-Laferrière.

⁴⁴⁶ V. en ce sens, Cass. crim., 29 oct. 2008 (Bull. crim. 2008, n° 217), qui censure l'arrêt s'étant borné à énoncer que l'extradition d'une personne exposée à une peine n'était pas contraire à l'ordre public français.

⁴⁴⁷ V. en ce sens, Cass. crim., 15 sept. 2010 (n° 10-84449 : AJ pénal 2011, p. 141 et 142, note C. Girault), qui reproche à la chambre de l'instruction de ne pas avoir recherché si l'extradition demandée aux fins d'exécution d'une peine de 10 ans d'emprisonnement dans une « colonie correctionnelle de travail » ne heurtait pas l'ordre public français.

⁴⁴⁸ CA Toulouse, chbre de l'instruction, 23 oct 2008, n° 08/00029.

⁴⁴⁹ A. Fournier et D. Brach Thiel, Extradition, préc., n° 191. – E. Servidio-Delabre, *Extradition*, J.-Cl. Dr. inter., fasc. 405, n° 73 et s.. – R. Koering-Joulin et A. Huet, *Droit pénal international*, PUF, 2005, p. 413.

⁴⁵⁰ V. cpdt, R. Koering-Joulin et A. Huet, *Droit pénal international*, préc., p. 413, qui se demandent si la peine contraire à l'ordre public ne désigne pas celle « qui ne figure(...) pas dans l'échelle des peine française » mais qui citent à titre d'illustration les travaux forcés.

à celle de traitements inhumains et dégradants contenue dans l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, estimant qu'heurte l'ordre public français la peine qui s'apparente à de tels traitements⁴⁵¹.

En somme, les motifs de refus fondés sur l'atteinte que la mesure d'entraide porte à l'ordre public français n'impliquent pas une identité entre les législations pénales ; ils prescrivent seulement une absence de divergence sur les droits, les principes fondamentaux qui gouvernent le droit pénal.

La question est d'importance car, contrairement conditions précitées, la clause d'ordre public a un domaine très général. Aussi plus elle s'entend largement plus elle permettrait de s'opposer facilement à l'exécution d'une demande d'entraide, constituant ainsi un moyen de contourner par exemple l'absence de condition de réciprocité d'incrimination.

Enfin, comme en matière de coopération verticale, la divergence des législations de fond complique l'exécution de la mesure d'entraide puisqu'elle oblige l'autorité judiciaire de l'État requis à combiner la qualification et la peine découlant de la loi pénale étrangère de fond avec sa propre loi pénale de forme. Il est en effet un principe selon lequel la demande d'entraide s'exécute selon les règles procédurales de l'État requis (art. 4.1, Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000. – art. 694-3 CPP)⁴⁵². Or, ces règles dépendent de la nature de l'infraction, de son caractère criminel, délictuel ou contraventionnel et de la gravité de la peine encourue. Si la qualification et la peine retenues en vertu de la loi étrangère diffèrent celles qui l'auraient été d'après la loi nationale (sans pour autant être inconnues d'elle), l'autorité judiciaire peut fort bien accepter cette qualification, cette peine et, s'appuyant sur elles, appliquer les dispositions procédurales qui leur conviennent plutôt que celles qui correspondraient à la qualification et à la sanction indiquées par sa loi pénale de fond.

En revanche, si la qualification ou la peine désignée par la loi étrangère n'a aucun équivalent en droit interne, elle est incapable de se combiner avec la norme procédurale nationale. L'autorité requise ne dispose en effet que de deux possibilités : soit elle respecte les termes de la loi pénale étrangère, mais elle doit alors renoncer à exécuter la demande d'entraide car cela

⁴⁵¹ CE , 12 juil. 2001, préc.. – Cass. crim., 15 sept. 2010, préc.. - CA Toulouse, chbre de l'instruction, 23 oct 2008, préc. – D. Mayer, *La prévision de la sanction dans l'extradition*, in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF 2001, p. 325 et s.

⁴⁵² B. Aubert, *Entraide judiciaire (Matière pénale)*, préc. . – O. Beauvallet, *Entraide judiciaire internationale*, Art. 695 à 695-9-30, fasc. 20, J.-Cl. Proc. pén., n° 29.

lui est tout simplement impossible ; soit, au contraire, elle raisonne d'après la qualification et la peine que son propre droit attribue aux faits et elle applique les règles procédurales correspondantes. La première proposition est exclue, qui méconnaît le caractère obligatoire de l'entraide judiciaire. Mais la seconde trahit l'impossibilité pratique qu'il y a à s'abstenir de toute référence à la loi pénale nationale dans le cadre de la coopération pénale internationale.

Le manque de cohérence entre les législations pénales s'oppose donc à la coopération quoique cela se manifeste différemment selon que celle-ci est verticale ou horizontale. Ce constat commun oblige néanmoins à s'interroger sur la cohérence nécessaire à une entraide répressive efficace.

Section 2 : La cohérence nécessaire à la coopération pénale internationale

Il convient ici de s'interroger non seulement sur le degré de cohérence nécessaire (§ I) mais également sur les moyens d'y parvenir (§ II).

§ I. Le degré de cohérence nécessaire à la coopération pénale internationale

Différents niveaux d'intégration juridique sont concevables.

L'unification ou uniformisation des législations pénales implique une identité de normes pénales et une identité d'interprétation de ces normes. Elle postule donc que les incriminations soient établies dans les mêmes termes et appliquées de la même manière au sein des différents États, que les peines y présentent la même nature et le même *quantum*. L'unification ou uniformisation constitue donc le mode d'intégration juridique le plus poussé, se distinguant ainsi de l'harmonisation des législations nationales.

Cette harmonisation ne suppose pas une identité de normes et d'interprétation ; elle tend simplement à un rapprochement des législations, à une adaptation de celles-ci en vue de parvenir à la réalisation d'un objectif déterminé.

Ce mode d'intégration, moins ambitieux, respecte mieux que le précédent les spécificités mais aussi les réticences nationales. Il semble par ailleurs convenir aux exigences de la coopération internationale. Telles qu'envisagées précédemment, les règles qui régissent cette coopération semblent se satisfaire d'un rapprochement des droits pénaux de fond et ne pas requérir une uniformisation. Elles n'empêchent l'entraide que lorsque les législations des États concernés sont trop éloignées et pas seulement lorsqu'elles divergent. Cela ressort des conditions relatives à la gravité des faits qui exigent non pas une identité entre les peines encourues selon la loi de l'État requis et de l'État requérant mais une simple proximité : elles commandent uniquement que les deux législations n'aient pas une perception trop différente de la gravité des faits. Cela semble également ressortir de la condition de double incrimination dont il est couramment signalé qu'elle n'implique pas une identité d'incrimination, admettant que les qualifications et les éléments constitutifs prévus par la loi des deux États puissent ne pas être les mêmes. Le même enseignement s'impose lorsque l'on considère les obstacles indirects à la coopération dont il apparaît qu'ils ne peuvent être invoqués en présence d'une quelconque

différence entre les incriminations et les peines, mais uniquement en cas de désaccord essentiel entre les législations. A ces différents égards, il semble que l'on puisse se contenter d'une simple harmonisation des législations.

Mais ce constat doit sans doute être tempéré pour deux raisons.

La première raison tient à la signification que l'on accorde à la condition de double incrimination : il est vrai que la réciprocité d'incrimination requiert une convergence sur le principe de l'incrimination et non pas sur son contenu (peu importe en conséquence que les qualifications et les éléments constitutifs diffèrent) ; mais cette convergence doit porter sur le principe d'une incrimination non pas de l'infraction abstraite, mais de l'infraction concrète, c'est-à-dire de l'acte commis par le délinquant. De prime abord, on aurait donc pu songer qu'il suffirait, pour satisfaire à l'exigence de réciprocité d'incrimination, d'une convergence minimale entre les législations, c'est-à-dire d'un accord sur les actes à réprimer, peu importe les modalités de cette répression. Mais, à la réflexion, cela ne peut suffire : en raison de l'appréciation concrète de la double incrimination, et du fait qu'une divergence minimale entre les définitions peut conduire là à la sanction du comportement, là à son impunité, la double incrimination paraît impliquer davantage qu'une convergence minimale. Le seul moyen de la satisfaire systématiquement est d'établir des infractions communes aux différentes législations.

La seconde raison tient à la présence des clauses de minorité, d'amnistie ou d'immunité qui, pour les mêmes raisons que la réciprocité d'incrimination, postulent pour être réalisées, non pas seulement un rapprochement des règles de responsabilité mais, du moins sur les points qu'elles concernent, leur uniformisation.

Compte tenu de ces observations, plusieurs solutions sont concevables. Soit l'on maintient le choix de l'harmonisation mais cela implique d'assouplir ou d'abandonner les clauses de double incrimination, de minorité, d'amnistie et d'immunité (il faudra alors s'assurer que cela est possible notamment au regard du principe de la légalité). Soit l'on opte pour un système mixte qui, sur certains aspects du droit pénal (certaines infractions ou certains principes généraux), imposerait une uniformisation et sur d'autres se contenterait d'une harmonisation.

§ II. Les moyens de la cohérence nécessaire à la coopération pénale internationale

Le rapprochement comme l'uniformisation des législations s'opèrent par rapport à une norme de référence supra nationale. A cet égard, deux ordres juridiques semblent offrir désormais des perspectives intéressantes :

Tout d'abord, la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Outre leur impact sur les droits nationaux, qui est couramment relevé et dont il conviendra d'apprécier l'exacte portée, elles influent également sur le droit international : si les juridictions internationales ne sont pas liées par elles, elles s'y réfèrent de plus en plus fréquemment pour interpréter les règles de fond contenues dans leur statut (par exemple les infractions qui relèvent de leur compétence), de la même manière que le font les juridictions nationales. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait donc constituer une norme de référence qui faciliterait non seulement la coopération horizontale, mais aussi la coopération verticale.

Ensuite, le droit de l'Union européenne. Le Traité de Lisbonne renforce en effet les pouvoirs de l'Union européenne en matière pénale : il lui confère une compétence pour harmoniser les incriminations et les sanctions en certains domaines et accroît le contrôle opéré par la CJUE grâce au recours en manquement qui assure une législation uniforme et au recours préjudiciel en interprétation qui garantit une interprétation uniforme. Dans le droit de l'Union européenne, l'harmonisation des législations semble toutefois n'être envisagée principalement que comme soutien à la reconnaissance mutuelle des décisions et non comme une fin en soi.⁴⁵³

⁴⁵³ Art. 82 TFUE.

CHAPITRE II – La reconnaissance mutuelle des décisions pénales

La reconnaissance mutuelle apparaît comme un procédé de coopération pénale européenne et non véritablement internationale puisque sa mise en œuvre n'est envisagée, et sans doute envisageable, que dans un espace régional dont les relations sont guidées par le principe de confiance mutuelle. Son étude n'en reste pas moins particulièrement intéressante en tant que méthode de coopération compte tenu du progrès qu'elle réalise par rapport aux modes classiques d'entraide⁴⁵⁴.

Le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale a été officiellement posé lors du Conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 qui le consacre comme « la pierre angulaire » de la coopération judiciaire en matière civile mais aussi pénale⁴⁵⁵. Le principe posé, il convient toutefois de lui donner un contenu plus précis notamment en matière pénale dans laquelle il paraît faire office de révolution en ce qu'il semble impliquer de revenir sur la territorialité, sinon de la loi pénale, du moins des jugements répressifs. Les textes européens postérieurs vont certes reprendre l'affirmation de ce principe⁴⁵⁶, voire en préciser les applications nécessaires⁴⁵⁷ mais sans en détailler les implications techniques, notamment procédurales. Le Traité de Lisbonne qui intègre le principe de reconnaissance mutuelle⁴⁵⁸ n'est pas plus précis sur la traduction technique de la reconnaissance mutuelle. Il s'en suit une incertitude sur le contenu exact du principe de reconnaissance mutuelle et sur la méthode de coopération qu'il désigne. Certains auteurs semblent ainsi le considérer comme permettant d'englober les hypothèses d'exécution des jugements étrangers mais aussi de prise en

⁴⁵⁴ Rien n'interdit d'ailleurs d'envisager que la reconnaissance mutuelle puisse être appliquée en dehors de l'espace européen par des pays se liant par une convention internationale mettant en place ce principe en matière pénale.

⁴⁵⁵ Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, § 33, SN 200/99.

⁴⁵⁶ Conseil européen de Bruxelles, 4 et 5 novembre 2004, conclusions de la présidence, Programme de La Haye, Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, 5 novembre 2004, doc. 14292/04.

⁴⁵⁷ V. par exemple le Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, JOUE, C 12, du 15 janvier 2001.

⁴⁵⁸ Art. 67 § 3 et 70 TFUE. L'art 67 § 3 prévoit ainsi que « *L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales* ».

considération de ces mêmes jugements⁴⁵⁹ ce qui renvoie alors à une conception plus classique de la coopération judiciaire. Or, le principe de reconnaissance mutuelle a été voulu comme un nouveau modèle de coopération pénale reposant sur la libre circulation des décisions pénales⁴⁶⁰. C'est donc en ce qu'elle est un modèle original de coopération que la reconnaissance mutuelle mérite en effet d'être approfondie. En participant au processus d'intégration en matière pénale, elle apparaît comme l'un des phénomènes les plus marquants de l'eupéanisation de la justice pénale⁴⁶¹.

Le domaine d'application étendu de la reconnaissance mutuelle permet en effet de la concevoir comme une méthode générale de coopération en Europe (Section 1) tandis que les principes de sa mise en œuvre en font une méthode *a priori* efficace même si, concrètement les conditions parfois posées freinent cette efficacité (Section 2).

Section 1 : Le domaine de la reconnaissance mutuelle.

Section 2 : La mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle.

⁴⁵⁹ P. Asp, *The Nordic « system » for Mutual recognition in criminal matters*, in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, G. de Kerchove et A. Weyembergh, Université de Bruxelles, IEE, 2001, P. 223 et s., spéc. p. 224.

⁴⁶⁰ V. par ex. Livre vert de la Commission sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, 30 avril 2004, COM (2004) 334, p. 13, où la reconnaissance mutuelle est présentée comme « un facteur de sécurité juridique au sein de l'Union européenne, dans la mesure où elle garantit qu'un jugement prononcé dans un Etat membre ne sera pas remis en question dans un autre Etat membre ». Plus largement en ce sens, G. Taupiac-Nouvel, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, thèse Toulouse I-Capitole, 2010.

⁴⁶¹ V. en ce sens Y. Jegouzo, qui perçoit le principe de reconnaissance mutuelle comme « une spécificité de l'Union européenne » qui « constitue l'une des originalités majeures de l'espace européen », *Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'union européenne*, RIDP 2006, p. 97.

Section 1 : Le domaine de la reconnaissance mutuelle

La reconnaissance mutuelle a été posée comme un principe ce qui implique que son champ d'application est, également par principe, général. Il est toutefois frappant d'observer que bien que posée comme un principe, elle ne s'est pas vue reconnaître une application générale mais fait l'objet d'une mise en œuvre spécifique par des textes particuliers pris pour l'admettre par exemple en ce qui concerne la remise de personne ou la confiscation de biens. Si elle n'est donc concrètement mise en œuvre qu'instrument par instrument, la reconnaissance mutuelle est théoriquement applicable en matière pénale à toute décision de justice. Pour déterminer plus exactement son domaine d'application, il faut préciser que la reconnaissance mutuelle n'est envisagée que pour des décisions de justice (§ I) et que son domaine d'application personnel (§ II) n'est en revanche pas limité a priori.

§ I – Le domaine matériel de la reconnaissance mutuelle

La reconnaissance mutuelle n'est en effet reconnue en matière pénale que s'agissant des décisions de justice (A). En revanche, l'objet de la décision de justice est indifférent (B), ce qui suffit pour considérer la reconnaissance mutuelle comme une méthode de coopération de caractère général.

A - L'exigence d'une décision

Le programme de Stockholm a posé le principe de reconnaissance mutuelle pour les décisions répressives mettant ainsi en œuvre la libre circulation des décisions pénales rendues par les autorités nationales⁴⁶². Mais, à la différence de la matière civile, le principe de reconnaissance mutuelle ne porte en matière pénale que sur des décisions de justice c'est-à-dire sur les jugements et décisions pris par des autorités judiciaires⁴⁶³. Si le domaine matériel du principe

⁴⁶² Programme de Stockholm, *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, n° 17024/09, JO, C115, 4 mai 2010.

⁴⁶³ Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre, Conclusions de la Présidence, § 33, SN 200/99.

de reconnaissance mutuelle est ainsi plus étroit, il n'en reste pas moins difficile à définir avec précision tant l'expression « décision de justice » peut paraître large⁴⁶⁴.

Certains auteurs ont ainsi proposé de définir l'objet du principe de reconnaissance mutuelle en faisant référence à la notion d'acte juridictionnel comme étant plus précise, ou en réalité plus technique, que celle de décision de justice⁴⁶⁵. Cette délimitation les conduit d'ailleurs à ne pas appliquer la reconnaissance mutuelle au stade de l'enquête pénale sauf à ce que les décisions prises pendant l'enquête le soient sous une forme « juridictionnalisée »⁴⁶⁶.

L'acte juridictionnel est en principe défini par la réunion de trois critères traditionnels⁴⁶⁷. Le dictionnaire de l'Association Henri Capitant le définit ainsi comme « l'acte par lequel une juridiction tranche une contestation au terme d'une procédure organisée et qui, pour toutes ces raisons, est revêtu de l'autorité de chose jugée »⁴⁶⁸. C'est donc faire dépendre la qualification d'acte juridictionnel de la réunion d'un critère organique –il est pris par une juridiction–, d'un critère procédural –il est pris à la suite d'une procédure organisée– et d'un critère matériel –il tranche une contestation–.

Retenir cumulativement ces trois critères pour déterminer l'objet de la reconnaissance mutuelle peut toutefois paraître difficile dans l'espace européen compte tenu des différences procédurales entre les différents systèmes juridiques. Ainsi retenir le critère organique reviendrait à exiger que la décision soit prise par une autorité judiciaire au sens européen ce qui pourrait amener à exclure les décisions prises par le ministère public en droit français. Les divergences entre les différents droits européens affectant nécessairement les critères organique et procédural, un auteur a donc proposé de ne retenir pour l'application de la reconnaissance mutuelle que le critère matériel de l'acte juridictionnel⁴⁶⁹.

Ce choix d'une conception européenne de l'acte juridictionnel permet alors notamment d'appliquer la reconnaissance mutuelle aux décisions définitives comme aux décisions provisoires. Plus exactement une telle conception de l'acte juridictionnel autorise la

⁴⁶⁴ V. Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, sous la dir. de G. Cornu, v° Décision.

⁴⁶⁵ V. G. Taupiac-Nouvel, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, Thèse Université Toulouse I-Capitole, 2010, p. 185 et s.

⁴⁶⁶ En ce sens D. Flore, *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, 2009 p. 396.

⁴⁶⁷ La doctrine admet cependant que l'acte juridictionnel puisse être caractérisé par l'un des trois critères classiques.

⁴⁶⁸ V. Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, sous la dir. de G. Cornu, v° Juridictionnel.

⁴⁶⁹ G. Taupiac-Nouvel, thèse *op. cit.*, p. 190 et s.

reconnaissance mutuelle des jugements sur le fond comme des jugements avant dire droit. L'application du principe en droit européen va d'ailleurs en ce sens puisque sont visées aussi bien les décisions sententielles, que pré-sententielles ou post sententielles⁴⁷⁰.

Mais poser que la reconnaissance mutuelle, et donc la libre circulation, ne peut s'entendre que pour des actes juridictionnels laisse encore en suspens la question de savoir si la décision doit avoir acquis la force de chose jugée pour pouvoir circuler et être reconnue. Sur ce point, la solution ne vient pas de la qualification d'acte juridictionnel mais des explications données par la Commission au Conseil et au Parlement européen⁴⁷¹ qui considèrent que la décision de justice sur laquelle porte la reconnaissance doit être irrévocable. Il s'agit sans doute d'ailleurs d'une exigence de bon sens tant il paraît difficile de pouvoir réclamer la reconnaissance et donc l'exécution d'une décision nationale à une autorité étrangère alors que cette décision peut encore faire l'objet de voies de recours. Toutefois les propos de la commission ne visent que les décisions finales ce qui n'est pas dépourvu d'ambiguïté et pourrait revenir à se demander si, en réalité, les décisions pénales dites provisoires⁴⁷² peuvent faire l'objet du principe de reconnaissance mutuelle. Il faut cependant distinguer décisions définitives (qui statuent sur le fond du litige) ou provisoires (qui ne tranchent pas le fond du litige) des décisions irrévocables (passées en force de chose jugée) et cette distinction permet donc de ne pas revenir sur l'affirmation selon laquelle les décisions provisoires peuvent faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle. C'est ainsi que la reconnaissance mutuelle peut porter sur la décision de placement en détention provisoire⁴⁷³ qui, parce qu'elle ne tranche pas le fond, s'analyse bien comme une décision provisoire.

L'exigence d'une décision irrévocable comme objet possible de la reconnaissance mutuelle, pour être de bon sens, n'en est pas moins écartée ou adaptée dans le cas où la décision dont la reconnaissance est demandée est un jugement par défaut. Si la décision-cadre du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions

⁴⁷⁰ Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, JO C, 12 au 15 janvier 2011, p. 10 à 22.

⁴⁷¹ V. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, COM/2000/0495, § 3.2

⁴⁷² Sur cette notion, v. E. Bonis-Garçon, *Les décisions provisoires en procédure pénale*, PUAM, 2002.

⁴⁷³ Décision-Cadre du Conseil du 23 octobre 2009 concernant l'application entre les Etats membres de l'Union européenne du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire, JO, L 294 du 11 novembre 2009.

pécuniaires se limite aux jugements par défaut irrévocables⁴⁷⁴, ce n'est pas le cas de tous les instruments mettant en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle. La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen vise en effet tous les jugements rendus par défaut ce qui englobe ceux qui ne sont pas irrévocables⁴⁷⁵ –lorsqu'une voie de rétractation est encore ouverte à leur encontre–⁴⁷⁶. Cette solution spécifique se comprend toutefois parfaitement s'agissant de réclamer la remise d'une personne qui a été jugée *in absentia* : il est en effet logique d'admettre et même de soumettre cette remise à l'existence –dans le droit de l'Etat d'émission– d'une voie de recours contre le jugement prononcé par défaut. Les droits de la défense imposent en effet l'existence de cette voie de recours et il est ainsi parfaitement cohérent que la décision-cadre du 26 février 2009 renforçant les droits procéduraux et favorisant l'application de la reconnaissance mutuelle aux décisions rendues par défaut⁴⁷⁷ ait modifié plusieurs des instruments mettant en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle pour mieux « préciser la définition de ces motifs communs permettant à l'autorité d'exécution d'exécuter la décision en dépit de l'absence de la personne au procès, tout en respectant pleinement son droit de la défense »⁴⁷⁸.

Si l'objet de la reconnaissance mutuelle se limite ainsi en matière pénale aux actes juridictionnels ayant acquis force de chose jugée –à l'exception des jugements *in absentia*–, l'objet de cet acte juridictionnel est en revanche indifférent.

B – L'objet indifférent de la décision

Les décisions mettant en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle ont des objets variés puisqu'elles visent aussi bien la reconnaissance des jugements de condamnation ou des

⁴⁷⁴ Cf. art. 7 § 2, Décision-Cadre du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, 2005/214/JAI (depuis modifiée par la Décision-Cadre du Conseil du 26 février 2009, 2009/299/JAI)

⁴⁷⁵ La Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (2002/584/JAI) prévoit ainsi que le jugement par défaut peut fonder un mandat d'arrêt européen à la condition d'obtenir la garantie que la voie de recours de l'opposition est toujours ouverte dans l'Etat d'émission de la décision.

⁴⁷⁶ Le droit français limite toutefois la portée de cette exception à l'irrévocabilité des décisions faisant l'objet d'une reconnaissance. La chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet jugé récemment que le mandat d'arrêt émis doit au moins avoir un caractère exécutoire (Cass. crim., 8 février 2011, n° 11-80261).

⁴⁷⁷ Décision-cadre du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI renforçant les droits procéduraux et favorisant l'application de la reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès, 2009/299/JAI, JO, L 81, 27 mars 2009.

⁴⁷⁸ Considérant 4 de la décision-cadre.

mandats d'arrêts dans le but d'obtenir la remise de la personne concernée par ces jugements ou mandats⁴⁷⁹, la reconnaissance des jugements de condamnation à une sanction pécuniaire⁴⁸⁰ ou la reconnaissance des jugements ou décisions de probation aux fins de surveillance des mesures de probation et des peines de substitution⁴⁸¹.

C'est dire que la reconnaissance mutuelle des décisions peut concerner indifféremment des décisions pré-sentencielles, sentencielles ou encore post-sentencielles⁴⁸² dont l'objet peut aussi bien porter sur la remise d'une personne⁴⁸³ que l'obtention d'un élément de preuve⁴⁸⁴, la confiscation d'un bien⁴⁸⁵ ou encore l'exécution d'une sanction pécuniaire⁴⁸⁶. Mais l'admission de tous les types de décisions ne signifie pas que les conditions de la reconnaissance mutuelle doivent être nécessairement identiques pour toutes ces décisions⁴⁸⁷.

La reconnaissance mutuelle peut ensuite être utilisée quelque soit l'activité délinquante en cause. L'application de cette méthode n'est en effet pas réservée aux infractions pour lesquelles l'Union européenne s'est vue reconnaître une compétence spécifique et qui sont visées par l'article 83 TFUE. L'article 82 TFUE qui pose le principe selon lequel la coopération judiciaire en matière pénale est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires ne pose en effet aucune limite à son domaine d'application. Si la fin du paragraphe 1 de l'article 82 vise les domaines du paragraphe 2 de l'article 83 c'est uniquement en ce qu'il permet le rapprochement des législations et non en ce qui concerne la reconnaissance mutuelle. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a donc là encore envisagé la reconnaissance mutuelle comme une méthode de coopération dont l'application peut être générale.

⁴⁷⁹ Dans le cas du mandat d'arrêt européen. V. décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, 2002/584/JAI.

⁴⁸⁰ Décision-cadre du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, 2005/214/JAI.

⁴⁸¹ Décision-cadre du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements ou décisions de probation aux fins de surveillance des mesures de probation et des peines de substitution, 2008/947/JAI.

⁴⁸² V. Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, JO C 12 du 15 janvier 2011, p. 10 à 22.

⁴⁸³ Décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen précitée.

⁴⁸⁴ V. Décision-cadre du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, 2003/577/JAI ; Décision-cadre du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuve visant à recueillir des objets, documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, 2008/978/JAI.

⁴⁸⁵ Décision-cadre du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, 2006/783/JAI.

⁴⁸⁶ Décision-cadre sur l'application de la reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires précitée.

⁴⁸⁷ Voir *infra* mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle

Cette méthode de coopération se distingue donc également des méthodes classiques qui posent généralement des exclusions pour les infractions touchant aux fonctions régaliennes de l'Etat. Ainsi les infractions politiques, militaires, douanières ou en matière fiscale et douanière sont généralement écartées du domaine d'application de l'extradition⁴⁸⁸ alors que ces infractions ne sont pas visées spécifiquement dans les instruments mettant en œuvre la reconnaissance mutuelle⁴⁸⁹. La décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen précise même qu'un Etat ne peut fonder son refus d'exécution du mandat sur le défaut de double incrimination en ce qui concerne les infractions en matière de taxes, d'impôts, de douane ou de change⁴⁹⁰.

Le domaine d'application du principe en ce qui concerne les infractions politiques est plus ambigu. Les différents instruments de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle n'écartent certes pas explicitement leur application pour ces infractions, ce dont on peut se réjouir compte tenu des difficultés insurmontables posées par la définition et la délimitation de cette catégorie d'infractions⁴⁹¹. Toutefois, la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen prévoit un cas de refus d'exécution du mandat lorsque il est émis dans une finalité politique. Certains auteurs ont ainsi pu observer que ce motif de refus permettait de réintroduire la prise en compte du caractère politique de l'infraction⁴⁹². L'observation n'est toutefois que partiellement juste puisque le motif de refus ne vise qu'une catégorie d'infractions politiques : celles qui sont réprimées pour des motifs politiques à l'exception de celles qui sont commises dans un but politique ou qui sont intrinsèquement de nature politique en ce qu'elles atteignent ou visent l'organisation de l'Etat⁴⁹³. L'objectif de cette disposition est donc sans doute plus d'éviter toute mise en œuvre discriminatoire du mandat d'arrêt européen que de limiter la coopération dans certains domaines ce qui peut justifier le maintien de ce type de clause⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ V. par ex. A. Fournier et D. Brach-Thiel, *Rep. Pénal*, v° Extradition, p. 26.

⁴⁸⁹ V. par exemple la décision-cadre du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, 2005/214/JAI, JO L 76, 22 mars 2005.

⁴⁹⁰ Art. 4 §1 de la décision-cadre.

⁴⁹¹⁴⁹¹ Sur la question, v. C. Lombois, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^{ème} éd. 1979, p. 551 et s.

⁴⁹² Sur ce point, cf. L. Gentili-Picard, *La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France*, JCP G, 2004, p. 1775 ; G. de Amicis, *La reconnaissance mutuelle et la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen dans l'ordre juridique italien*, in *L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'union européenne*, G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano, A. Weyembreghe (dir.), éd. de l'Université de Bruxelles, IEE, 2009, p. 308 et s.

⁴⁹³ Sur cette définition de l'infraction de nature politique v. C. Lombois, op. cit., loc. cit.

⁴⁹⁴ V. cependant G. Taupiac-Nouvel, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, thèse Toulouse I, 2010, n° 399, contestant le maintien de cette clause de non-discrimination dans le mécanisme de reconnaissance mutuelle.

L'application large de la méthode de reconnaissance mutuelle des décisions répressives est également garantie par l'abandon du principe traditionnel de double incrimination. Cet abandon permet en effet de pouvoir faire appliquer la reconnaissance mutuelle même en cas de divergences des droits nationaux sur les incriminations⁴⁹⁵.

La reconnaissance mutuelle des décisions pénales est donc un outil de coopération intéressant en ce que son domaine d'application est largement défini matériellement : si la reconnaissance mutuelle a en effet été limitée aux décisions en matière pénale, elle est en revanche envisageable pour toute décision quelque soit son objet matériel –la reconnaissance peut concerner n'importe quelle infraction– ou juridique –lorsque la reconnaissance écarte l'exigence de la double incrimination–.

La reconnaissance mutuelle est ainsi largement envisagée, à l'instar de ce qui est prévu pour son domaine personnel.

§ II – Le domaine personnel de la reconnaissance mutuelle

La coopération judiciaire en matière pénale se heurte principalement à deux difficultés en ce qui concerne les personnes visées : lorsqu'elle concerne les ressortissants de l'Etat requis d'une part et lorsqu'elle vise des mineurs d'autre part.

A – Le sort des nationaux

Parce que la reconnaissance mutuelle s'insère dans la construction d'un espace européen de liberté de sécurité et de justice, elle ne peut réserver une protection aux nationaux⁴⁹⁶. Ainsi la règle traditionnelle de refus d'extradition des nationaux⁴⁹⁷ ne pouvait se retrouver dans le

⁴⁹⁵ V. *supra*. Plus largement dès lors que la reconnaissance mutuelle concerne l'une des catégories d'infractions considérées comme graves, la mise à l'écart de la condition de réciprocité d'incrimination permet également de gagner en rapidité –puisque le juge n'a pas à vérifier cette condition– et donc en efficacité. Mais cela concerne la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle et non son domaine d'application.

⁴⁹⁶ La question de la protection des nationaux pourrait ainsi se retrouver si la technique de la reconnaissance mutuelle était utilisée entre deux Etats ne figurant pas dans un espace judiciaire commun.

⁴⁹⁷ Cette règle du refus d'extrader les nationaux peut être analysée en droit français comme une règle générale du droit extraditionnel en ce qu'elle se retrouve dans la plupart des traités bilatéraux d'extradition et est d'ailleurs reprise dans les textes du Code de procédure pénale aujourd'hui consacrés à l'extradition (Art. 696-2 et 696-4 CPP) y compris pour la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne puisque seule la procédure est alors simplifiée, les conditions de fond de l'extradition n'étant pas différentes et faisant d'ailleurs dans le Code de procédure pénale français l'objet d'une section commune.

mandat d'arrêt européen qui repose « sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres »⁴⁹⁸ et ne peut donc tolérer cette protection accordée par les Etats à leurs ressortissants, contre la justice des autres pays bien qu'elle figurait dans les principes constitutionnels de certains Etats membres⁴⁹⁹.

C'est donc fort logiquement que la décision-cadre du 13 juin 2002 n'a pas prévu que les Etats membres puissent refuser la remise de leurs ressortissants. Parce que la décision-cadre prévoit expressément et limitativement les motifs obligatoires (article 3) et facultatifs (article 4) de non-exécution du mandat d'arrêt européen, ce silence peut facilement être interprété. La condition de nationalité n'étant pas visée parmi les motifs de non-exécution, il faut ainsi en déduire que l'Etat requis ne peut refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen en se fondant sur la nationalité de la personne réclamée.

On peut alors s'étonner à la lecture de l'article 695-24 2° du Code de procédure pénale français qui prévoit que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen peut être refusée « si la personne recherchée pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté est de nationalité française et que les autorités françaises compétentes s'engagent à faire procéder à cette exécution ». Ce texte semble en effet réintroduire la prise en compte de la nationalité française pour faire obstacle à l'exécution du mandat et donc à la reconnaissance mutuelle. La disposition se comprend toutefois parfaitement lorsque le mandat d'arrêt est émis aux fins d'exécution de la peine –ce qui est bien l'hypothèse visée par le texte– parce qu'il vaut mieux que le délinquant exécute sa sanction dans son pays, notamment pour faciliter sa réinsertion⁵⁰⁰. Cette possibilité était d'ailleurs ouverte par la décision-cadre qui l'envisage toutefois plus largement puisqu'elle vise aussi bien les nationaux que les résidents⁵⁰¹. La prise en compte de la nationalité s'expliquerait donc ici par la prise en compte

⁴⁹⁸ Décision-cadre du 13 juin 2002 : alinéa 10 des motifs.

⁴⁹⁹ Pour l'exemple de la Roumanie qui a donc révisé sa Constitution, v. F. Streteanu, et D. Ionescu, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans l'Union européenne devant les juridictions roumaines. Présent et perspectives*, in *L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, préc. p. 464 et s.

⁵⁰⁰ V., évoquant cet objectif de réinsertion sociale du condamné, Décision-cadre du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, 2008/909/JAI.

⁵⁰¹ Le 3) de l'article 5 de la décision-cadre prévoit en effet que « lorsque la personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuite est ressortissante ou résidente de l'Etat membre d'exécution, la remise peut être subordonnée à la condition que la personne, après avoir été entendue, soit renvoyée dans l'Etat membre d'exécution afin d'y subir la peine ou la mesure de sûreté privatives de liberté qui serait prononcée à son encontre dans l'Etat membre d'émission ». Dans cette différence de rédaction entre la décision-cadre et le

des droits de la personne réclamée et non par une protection accordée aux nationaux⁵⁰² dont le fondement reste d'ailleurs incertain. Il faut de plus souligner que dans cette situation, même si le mandat n'est pas exécuté, il n'y en a pas moins reconnaissance de l'autorité d'une décision de justice étrangère, en l'espèce de condamnation, puisque pour refuser la remise du national les juridictions françaises doivent s'engager à faire exécuter la peine prononcée par la juridiction étrangère.

B – Le sort des mineurs

L'exécution d'un mandat d'arrêt européen est ainsi écartée lorsque la personne faisant l'objet du mandat « ne peut, en raison de son âge, être tenue pénalement responsable des faits à l'origine de ce mandat selon le droit de l'Etat membre d'exécution »⁵⁰³.

L'analyse de cette disposition est délicate en ce qu'elle peut relever de deux explications distinctes.

Dans une première lecture il est possible de considérer que ce motif de refus s'explique parce que la reconnaissance mutuelle ne peut être envisagée qu'entre des systèmes répressifs reposant sur des valeurs communes. La divergence des droits des Etats membres sur la possibilité d'engager la responsabilité pénale des mineurs et sur le seuil à partir duquel cette responsabilité est envisageable empêcherait ainsi de faire jouer la reconnaissance mutuelle⁵⁰⁴. Cette explication ne convainc guère si l'on observe que d'autres instruments mettant en œuvre la reconnaissance mutuelle écartent au contraire ces divergences de principe sur les personnes dont la responsabilité pénale peut être engagée. Ainsi l'article 9 §3 de la décision-cadre du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires⁵⁰⁵ prévoit-il qu'une « sanction pécuniaire infligée à une personne morale est exécutée même si l'Etat d'exécution ne reconnaît pas le principe de la responsabilité pénale des personnes morales ».

texte de la loi du 9 mars 2004, M.-E. Cartier, *op. cit.*, p. 656-657, considère que « *le législateur français revenant à ses vieux démons, fait de la nationalité l'élément déterminant* ».

⁵⁰² La CJCE a d'ailleurs pu considérer que cette règle n'est pas contraire au principe de non-discrimination dans l'espace européen. V. CJCE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, C. 123/08 : *Europe*, décembre 2009, p. 21 et s., note V. Michel.

⁵⁰³ Art. 3§3 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen.

⁵⁰⁴ Cette lecture est parfaitement conforme à la lettre du texte qui fait d'ailleurs référence expressément au droit de l'Etat d'exécution du mandat.

⁵⁰⁵ JO L76, 22 mars 2005.

Une seconde lecture pourrait donc être privilégiée qui ferait de cette disposition une simple prise en compte de la situation de particulière vulnérabilité du mineur dont la remise est réclamée. Cette seconde lecture, pour être plus satisfaisante, n'est toutefois sans doute pas conforme à l'esprit des rédacteurs et à la lettre du texte qui n'envisage pas la situation du mineur mais bien une divergence entre les droits de l'Etat d'émission et de l'Etat d'exécution. Par ailleurs, si telle devait être l'explication de ce cas de refus, il faudrait alors remarquer qu'il est trop restrictif en ce qu'il n'englobe pas toutes les personnes dont la vulnérabilité est importante et avérée telles que les personnes gravement malades ou très affaiblies compte tenu de leur âge ou de leur état de santé. Un tel motif de refus d'exécution relèverait alors en réalité de la mise en œuvre concrète de la reconnaissance mutuelle qui pourrait être limitée pour respecter les droits fondamentaux des personnes concernées et non de la délimitation a priori du domaine d'application du principe de reconnaissance mutuelle.

Section 2 : La mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle

La reconnaissance mutuelle se démarque des mécanismes classiques d'entraide par sa procédure spécifique exclusivement judiciaire et qui met en œuvre une libre circulation des décisions en matière pénale (§ I). Cette procédure est d'ailleurs garante de l'efficacité et de la rapidité de la coopération ainsi mise en œuvre. Cette coopération ne se fait cependant pas sans contrôles et la libre circulation ne saurait s'entendre d'une circulation sans aucun contrôle. Ces contrôles ne sauraient être contestés dès lors qu'ils participent de la mise en œuvre même de la reconnaissance mutuelle et lui sont indispensables. Ils doivent donc être distingués des obstacles qui se dressent parfois contre le principe de la reconnaissance mutuelle que ce soit pour des raisons techniques ou politiques. Ces obstacles doivent également être analysés en ce qu'ils sont autant de freins à l'efficacité de la reconnaissance mutuelle comme méthode de coopération (§ II).

§ I – Une procédure originale

Par la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale, on sort évidemment de la procédure classique de la coopération interétatique qui fonctionne par requête et dont la longueur, ainsi que la part laissée à la souveraineté de l'Etat requis, n'est pas adaptée à la volonté de lutter efficacement contre une délinquance transfrontière facilitée par la libre circulation des personnes et des biens.

Mais ce principe se démarque également du mécanisme international de la nationalisation des décisions de justice⁵⁰⁶ en ce que la validité de la décision étrangère est ici acquise dès l'origine, du fait même du principe de reconnaissance mutuelle, et sans qu'il y ait besoin d'un contrôle de cette validité par l'Etat d'exécution. Cela ne signifie pas que cet Etat n'ait aucun contrôle à opérer sur la décision qu'on lui demande d'exécuter mais plus exactement que l'Etat d'exécution n'a pas à poser des conditions de régularité internationale de la décision étrangère qu'on lui demande d'exécuter. Certains ont ainsi pu faire un parallèle entre la reconnaissance mutuelle et le titre exécutoire européen en matière civile et commerciale en observant dans les deux cas un renversement de la procédure concernant la circulation des

⁵⁰⁶ G. Taupiac-Nouvel, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, thèse Université Toulouse I-Capitole, 2010.

jugements étrangers en ce que le juge qui opère le contrôle est le juge d'émission de la décision et non le juge de l'Etat d'exécution⁵⁰⁷.

Autrement dit, l'autorité judiciaire d'émission de la décision vérifie que sa décision remplit bien les conditions de sa reconnaissance à l'étranger avant de l'émettre. Le juge de l'Etat d'exécution n'a ensuite qu'un contrôle rapide et formel à opérer avant d'exécuter la décision étrangère. Un tel système a évidemment l'avantage de la rapidité et de l'efficacité mais il implique une confiance certaine entre les autorités judiciaires des Etats concernés. Le lien entre reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale et confiance mutuelle est ainsi évident : seule la confiance mutuelle entre Etats peut sans doute fonder la mise en place d'un mécanisme de reconnaissance mutuelle et un tel mécanisme ne peut fonctionner efficacement que si cette confiance est réelle entre les autorités judiciaires de ces Etats⁵⁰⁸.

La reconnaissance mutuelle des décisions de justice pose ainsi un « principe de l'acceptation sans condition de la validité du travail de l'autorité judiciaire qui a émis la décision »⁵⁰⁹. Autrement dit, elle reconnaît l'efficacité extra-territoriale directe des décisions de justice en posant une présomption de validité de ces décisions étrangères⁵¹⁰.

Pour autant, le principe de reconnaissance mutuelle n'implique pas une circulation absolument libre et automatique des décisions étrangères et si le contrôle exercé par l'Etat d'exécution doit être restreint il n'en doit pas moins exister. Il importe donc pour bien comprendre la spécificité de la reconnaissance mutuelle en tant que méthode de coopération et en tant que mode de circulation des jugements étrangers de bien analyser le rôle exact que doit remplir l'Etat d'exécution.

Ce qui fait la spécificité de la reconnaissance mutuelle c'est que l'Etat d'exécution n'a pas à contrôler la conformité de la décision étrangère à l'ordre du for : « les intérêts du for , n'entrent pas, en tant que condition de validité de la décision étrangère, dans le mode

⁵⁰⁷ V. G. Taupiac-Nouvel, thèse précitée.

⁵⁰⁸ Sur les rapports entre reconnaissance mutuelle et confiance mutuelle, v. par ex. R. Koering-Joulin, *Mandat d'arrêt européen et contrôle du droit de l'Etat d'émission. D'un « degré de confiance élevé » à une confiance mesurée*, in *Etudes à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 395 et s. ; B. de Lamy, *La confiance mutuelle comme fondement du mandat d'arrêt européen. Un peu, mais pas trop... pour l'instant*, in *Les droits et le droit*, Mélanges Bouloc, Dalloz, 2007, p. 559 et s. ; V. Malabat, *Confiance mutuelle et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen*, in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 974 et s.

⁵⁰⁹ D. Flore, *Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité*, in *La reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'Union européenne*, G. de Kerchove et A. Weyembergh, Ed. Université de Bruxelles, IEE, 2001, p. 75.

⁵¹⁰ G. Taupiac-Nouvel, thèse préc. n° 219 et s.

d'efficacité extra-territoriale »⁵¹¹. Cette absence de contrôle de validité de la décision étrangère permet en effet de consacrer une efficacité extra-territoriale directe de la décision étrangère en faisant qu'une « autorité locale se trouve dans l'obligation légale de donner effet à un acte posé par une autorité d'un autre Etat membre »⁵¹².

Si la validité de la décision étrangère est ainsi acquise dans l'Etat d'émission et ne peut être remise en cause par un contrôle qui serait opéré par les autorités de l'Etat d'exécution, cette validité de principe n'implique toutefois pas une exécution automatique de la décision par l'Etat d'exécution. Parce que l'exécution de la décision étrangère ne peut en effet pas être systématique, les autorités judiciaires d'exécution ont ainsi un rôle à jouer. Il est ainsi révélateur que les instruments mettant en œuvre la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale prévoient des motifs de non-exécution des décisions. Toute la question est alors de savoir quelles doivent être les limites du pouvoir de contrôle des autorités judiciaires de l'Etat d'exécution.

Si les motifs de non-exécution permettent en effet aux autorités judiciaires de procéder à un contrôle très approfondi de la décision dont l'exécution est demandée, le risque est en effet de revenir sur la validité de principe de cette décision étrangère.

Le contrôle ne saurait être le même selon la décision à exécuter et notamment selon qu'elle est pré-sentencielle, sentencielle ou post-sentencielle. Il est en effet possible de mettre en avant que l'exécution d'une décision pré-sentencielle nécessite une confiance plus importante que celle d'une décision sentencielle, cette dernière étant légitimée par l'intervention et la validation préalable d'une autorité juridictionnelle.

L'exécution d'une décision pré-sentencielle poserait ainsi plus de difficulté en ce qu'elle impliquerait une gestion commune de la situation tandis que la reconnaissance mutuelle de la décision sentencielle ou post-sentencielle impliquerait simplement sa mise en œuvre.

Les difficultés de l'application de la reconnaissance mutuelle au transfert de preuve en matière pénale ont ainsi pu être soulignées⁵¹³. Il est d'ailleurs à relever que seuls deux instruments ont pu être adoptés en la matière et qui ne parviennent que très partiellement et

⁵¹¹ G. Taupiac-Nouvel, thèse préc. n° 225.

⁵¹² D. Flore et S. de Biolley, *Des organes juridictionnels en matière pénale pour l'Union européenne*, CDE, 2003, p. 602.

⁵¹³ J. Lelieur, *L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise*, RSC 2011, p. 1 et s.

très imparfaitement à une reconnaissance mutuelle des preuves entre pays membres. Ainsi, ni la décision-cadre sur le gel des preuves et des avoirs⁵¹⁴, ni la décision-cadre sur le mandat européen d'obtention de preuves (MOP)⁵¹⁵ ne se substituent aux instruments d'entraide judiciaire déjà en application⁵¹⁶. Ensuite ces instruments n'ont qu'un domaine d'application très limité et doivent être cumulés pour faire détenir la preuve –par l'exécution de la décision de gel de preuve– et pouvoir ensuite la faire transférer –par le Mandat européen d'obtention de preuve–. Le MOP ne peut ainsi être émis que pour l'obtention de preuves déjà existantes et directement disponibles sous la forme d'objets, de documents ou de données et ne permet donc pas, notamment, de faire interroger des personnes ou de faire surveiller des communications ou des comptes bancaires ni de faire réaliser des analyses de données ou de documents existants.

Les lacunes de ces textes sont mises sur le compte des difficultés des Etats à dépasser leur divergences et la durée de négociation de la décision-cadre sur le MOP est en elle-même révélatrice de ces difficultés⁵¹⁷.

Le Livre vert de la Commission relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un Etat membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité⁵¹⁸ prend acte de ces difficultés et envisage la création d'un instrument unique fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle et couvrant tous les types de preuve. L'application d'un tel instrument de reconnaissance mutuelle implique cependant de dépasser certains obstacles tant en ce qui concerne l'obtention des preuves que leur recevabilité. Sur ces deux points en effet l'Etat d'exécution peut légitimement vouloir exercer son contrôle, ce qui paraît alors contraire à la procédure de reconnaissance mutuelle.

S'agissant tout d'abord de l'obtention des preuves, la reconnaissance mutuelle doit avoir pour objectif de permettre à l'Etat d'émission de demander à un autre Etat membre de faire procéder à la recherche et au transfert de l'élément de preuve dont il a besoin dans une

⁵¹⁴ Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve.

⁵¹⁵ Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales.

⁵¹⁶ V. art. 21 § 1 de la décision-cadre de 2008 sur le MOP.

⁵¹⁷ La proposition de décision-cadre date en effet du 14 novembre 2003 : Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuve tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, COM (2003) 688.

⁵¹⁸ COM (2009) 624 final.

procédure en cours. Selon la procédure caractéristique au mécanisme de reconnaissance mutuelle, il revient à l'Etat d'émission de poser et contrôler les conditions de validité de la décision émise en ce sens. La difficulté est toutefois ici que les procédures d'enquête sont relativement différentes entre les 27 pays membres ainsi que la nature des autorités compétentes en matière d'enquête⁵¹⁹. L'instrument unique devrait donc garantir la bonne exécution de la décision de recherche et de transfert d'un élément de preuve malgré ces différences pourtant importantes.

Mais c'est alors sur le terrain de la recevabilité de la preuve que les difficultés vont alors se déplacer. L'Etat d'émission –qui est celui qui réclame l'élément de preuve– pourra en effet voir soulevée devant ses autorités la question de l'irrecevabilité de l'élément de preuve qui lui a été transmis parce qu'il a été obtenu dans des conditions qui sont contraires à son droit. Dans cette hypothèse, la reconnaissance mutuelle a certes fonctionné en ce qu'elle a permis d'obtenir l'élément de preuve réclamé mais elle n'est d'aucune utilité si cet élément de preuve n'est ensuite pas même recevable. Il est certes possible d'éviter cet écueil en permettant à l'Etat d'émission de préciser à l'avance quelles sont les règles procédurales dans la recherche des preuves qui sont essentielles à leur recevabilité et dont il exige le respect⁵²⁰.

Mais un tel dispositif peut paraître à la fois lourd et incertain. Il implique en effet pour l'Etat d'émission d'anticiper des difficultés juridiques qui pourraient ne lui apparaître qu'a posteriori, une fois la question de la recevabilité de la preuve soulevée devant ses autorités judiciaires. Il pose également la question du contrôle de la procédure de recherche des preuves. Qui sera en effet compétent pour vérifier que les conditions posées par l'Etat d'émission ont bien été respectées ? Peut-on admettre que l'Etat d'exécution vérifie la bonne application des exigences du droit de l'Etat d'émission par ses propres autorités ?⁵²¹ Une telle

⁵¹⁹ Par exemple l'encadrement de la déclaration des témoins est très variable d'un pays à un autre et, par exemple en Angleterre, la preuve par ouï-dire est exclue et irrecevable devant le juge pénal alors même qu'elle reçoit une définition large et va jusqu'à englober les procès-verbaux des interrogatoires menés par la police. V. notamment J.R. Spencer, *La preuve en droit pénal anglais*, Rapport au séminaire international sur la preuve en droit pénal comparé à Syracuse, Revue internationale de droit pénal, 1992, n° 1-2.

⁵²⁰ Il est même permis de considérer qu'il s'agit là de la situation normalement induite par l'application de la reconnaissance mutuelle des décisions qui doit conduire les autorités de l'Etat d'exécution à exécuter la décision étrangère telle qu'elle résulte du droit étranger. En ce sens notamment J. Lelieur, *L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise*, op. cit.

⁵²¹ Si en droit de l'entraide la jurisprudence française a pu poser qu'il revient à l'Etat requis d'exécuter une commission rogatoire d'en contrôler l'exécution régulière c'est parce qu'il est acquis que cette exécution se fait selon le droit de l'Etat requis. V. notamment Cass. crim., 24 juin 1997, Bull. 252 posant que « l'article 3 de la Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959, selon lequel les commissions rogatoires sont

solution semble inenvisageable qui implique l'application et le contrôle de l'application d'une loi étrangère. Par ailleurs et si l'on passait sur ce premier obstacle, quel serait alors le recours offert à la défense qui voudrait contester cette bonne application appréciée par l'Etat d'exécution en soulevant l'irrecevabilité de la preuve devant l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission ? Il semblerait en effet difficile d'admettre –notamment au regard du principe de confiance mutuelle– que les autorités judiciaires de l'Etat d'émission puissent exercer leur contrôle sur celui déjà effectué par les autorités de l'Etat d'exécution. Il faudrait alors poser que seule l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission peut, alors qu'elle a reçu l'élément de preuve réclamé, vérifier qu'il a bien été obtenu selon les règles procédurales qu'elle avait spécifiées ? Mais, au-delà de la remise en cause de la confiance mutuelle sensée exister entre Etats membres, la question des moyens de ce contrôle se poserait encore. L'idée de confier ce contrôle à une autorité européenne ne paraît pas plus réaliste qui impliquerait d'abord de déterminer l'autorité compétente –et de la doter des moyens nécessaires à l'absorption d'un tel contentieux puisque la pertinence d'un tel contrôle imposerait la reconnaissance d'un droit de recours individuel– mais aussi les règles de procédures à suivre ainsi que les critères posés pour l'admissibilité de la recevabilité des preuves obtenues et transférées d'un Etat membre à un autre.

La légitimité de ces contrôles n'est pas en doute, notamment au regard des droits de la défense⁵²² mais l'existence même de ces contrôles conduit logiquement à considérer que la méthode de la reconnaissance mutuelle est plus difficile à mettre en œuvre en matière de recherche de preuves c'est-à-dire pour les décisions pré-sentencielles. Toutefois, on peut relativiser cette affirmation en faisant observer que ce n'est pas véritablement la reconnaissance de la décision de faire recherche un élément de preuve qui pose problème mais bien plus la reconnaissance de l'acte de recherche ou d'analyse de l'élément de preuve. Or, la nature juridictionnelle de cet acte peut être contestée⁵²³ et il a été vu que la reconnaissance mutuelle s'entend des décisions de justice c'est-à-dire plus précisément des

exécutées selon les formes prévues par la législation de l'Etat requis (et qui) implique que la régularité de leur exécution soit contrôlée par les juridictions de cet Etat ».

⁵²² On peut en effet craindre que certains Etats ne se satisfassent facilement des preuves obtenues à l'étranger sans chercher à en contrôler la validité, alors que le respect des droits de la défense peut paraître imposer ce respect. V. par exemple CEDH, 5e Sect. 27 octobre 2011, Stojkovic c. France et Belgique, Req. n° 25303/08. Selon cette décision en effet, l'audition d'un « *accusé* » sans assistance d'un avocat, par des officiers de police belges agissant en Belgique sur commission rogatoire internationale d'un juge français présent lors de l'entretien, emporte violation, par la France seule, des articles 6§1 et 6§3 de la CESDH dès lors que « *les autorités judiciaires françaises n'[ont] pas remédié à l'atteinte causée aux droits de la défense* ».

⁵²³ Un acte d'enquête n'est pas un acte juridictionnel. Sur la définition de l'acte juridictionnel, v. *supra*.

actes juridictionnels⁵²⁴. Autrement dit, il s'agirait moins ici d'une difficulté liée à la méthode de la reconnaissance mutuelle qu'à son objet.

Sans doute la solution serait-elle dans une harmonisation des règles procédurales relatives à la recherche des preuves ou du moins dans celles de ces règles qui sont suffisamment fondamentales pour conditionner la recevabilité même de la preuve obtenue.

Le livre vert de la Commission relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un Etat membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité évoquait ainsi l'adoption de normes communes en matière de collecte de preuves. Cette idée est d'ailleurs reprise dans la communication de la Commission pour mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens⁵²⁵ mais n'en reste pas moins difficile à réaliser compte tenu des divergences importantes entre les autorités compétentes en matière de recherche de preuves et quant aux règles applicables.

La nécessité de poser des exigences communes relatives au principe de loyauté dans la recherche des preuves à celui de proportionnalité des mesures d'enquête ou encore au respect des droits de la défense s'impose mais ne saurait sans doute suffire à garantir l'efficacité des transferts de preuve entre Etats membres⁵²⁶. Sans doute cette harmonisation devrait-elle être alors être plus poussée notamment lorsque la recherche des éléments de preuve implique des actes contraignants pour les personnes. Il paraît ainsi nécessaire au-delà de l'affirmation de principes minimums communs en matière de recherche des éléments de preuve de prévoir des règles plus contraignantes pour certains types de preuve. Ces règles contraignantes harmonisées seront alors évidemment de nature à renforcer l'utilité de la reconnaissance mutuelle des éléments de preuve sans toutefois, nous semble-t-il remettre en cause le principe même et la méthode de la reconnaissance mutuelle.

La méthode de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice peut ainsi apparaître pour certains comme une méthode auto suffisante de coopération en matière pénale⁵²⁷, dans sa

⁵²⁴ V. supra

⁵²⁵ Communication du 20 avril 2010 « Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm », COM (2010) 171 final.

⁵²⁶ V. tout particulièrement J. Lelieur, *op. cit.* qui insiste sur le fait que ces normes communes devraient dépasser le seuil de protection imposé par les standards de la Convention et de la Cour européenne des droits de l'Homme qui ne permettent pas à eux seuls d'assurer le bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle.

⁵²⁷ V, G. Taupiac-Nouvel, *La reconnaissance mutuelle : un modèle « auto-suffisant » de coopération judiciaire dans l'Union européenne ?*, in Les juges national, européen et international en matière pénale, colloque organisé avec le soutien de la Mission Droit et Justice, à paraître Cujas, 2012.

version théorique tout du moins, parce que si la méthode a parfois fait la preuve de son efficacité, des freins à sa pleine mise en œuvre subsistent encore.

§ II – Les freins à la reconnaissance mutuelle

Ces freins peuvent avoir des causes multiples et trouver leur origine tout d’abord dans le contexte juridique général dans lequel s’inscrit la reconnaissance mutuelle. Ainsi les conflits de compétence entre Etat d’émission et Etat d’exécution peuvent-ils venir faire obstacle à l’efficacité de la reconnaissance mutuelle⁵²⁸. Par exemple, la compétence de l’Etat d’exécution pour les faits pour lesquels une personne lui est réclamée sur le fondement d’un mandat d’arrêt européen constitue un motif de refus d’exécution de ce mandat⁵²⁹.

Les freins posés à la reconnaissance mutuelle peuvent ensuite exister dans le mécanisme même de la reconnaissance mutuelle. Si l’on pose en effet pour acquis que la reconnaissance mutuelle ne signifie pas l’exécution automatique de la décision étrangère, des limites semblent alors pouvoir être raisonnablement posées. Il paraît ainsi légitime que la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle ne heurte pas les droits fondamentaux de la personne concernée (A) ce qui pose la question du degré de contrôle de conformité opéré (B).

A - La conformité de la reconnaissance mutuelle aux droits fondamentaux de la personne

La question du respect des droits fondamentaux lors de la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle a elle-même soulevé quelques difficultés. Il est tout d’abord apparu que les instruments de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle ne réservaient pas d’hypothèse générale de refus d’exécution fondée sur l’atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée. Ainsi, le contrôle du respect des droits fondamentaux par la procédure suivie par

⁵²⁸ Sur les conflits répressifs, v. *supra*.

⁵²⁹ V. par ex. art 695-24 1° CPP ou encore art. 695-24 3° CPP posant que l’exécution d’un mandat d’arrêt européen peut être refusée si les faits pour lesquels il a été émis ont été commis, en tout ou en partie, sur le territoire français. On remarque d’ailleurs que, selon ce dernier texte, c’est le principe même de la compétence territoriale de l’Etat d’exécution –et non son exercice– qui peut faire obstacle à la reconnaissance mutuelle.

l'État d'émission du mandat d'arrêt européen n'a pas été prévu dans la décision-cadre ni dans le droit français à la différence d'autres droits européens⁵³⁰.

Sans doute certains droits fondamentaux transparaissent-ils à travers certains motifs de refus et l'on peut par exemple déceler la règle *ne bis in idem* derrière le motif de refus prévu par l'article 695-22 2° du Code de procédure pénale. Sans doute faut-il également considérer que, comme toute disposition nationale, les articles 695-11 et suivants du Code de procédure pénale et leur application doivent se conformer aux droits fondamentaux posés par les conventions internationales (parmi lesquelles mais non exclusivement la Convention européenne des droits de l'Homme) et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Mais une chose est pour l'Etat d'exécution de vérifier la conformité aux droits fondamentaux de la procédure d'exécution fixée par son propre droit, autre chose est de lui demander de vérifier que le recours à la reconnaissance mutuelle par l'Etat d'émission est conforme à ces mêmes droits.

Cette différence se retrouve d'ailleurs assez nettement dans la jurisprudence de la Cour de cassation à travers le contrôle qu'elle opère sur le mandat d'arrêt européen. La Cour de cassation française vérifie en effet que les conditions d'exécution du mandat d'arrêt européen par les juridictions françaises sont conformes aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme⁵³¹ sans que ces décisions ne heurtent la confiance mutuelle entre autorités judiciaires des États membres puisqu'elles se contentent de vérifier le respect des droits fondamentaux par la procédure française et non par la procédure de l'État d'émission du mandat.

S'agissant ensuite du contrôle du recours à la reconnaissance mutuelle par la juridiction de l'Etat d'émission, la chambre criminelle a au contraire refusé dans un premier temps de considérer que les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme pouvaient être pris en compte pour ne pas exécuter le mandat, rappelant que seuls les motifs prévus par le Code de procédure pénale pouvaient fonder un refus d'exécution du mandat

⁵³⁰. V. sur ce point, M. Martin, « Franchir l'infranchissable ? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté et sécurité », *Cultures et Conflits*, 2/2006, n° 62, p. 63-77, spéc. n° 18.

⁵³¹. V. par ex., pour les droits de la défense : Cass. crim. 12 mars 2008, n° 08-81178, *RSC* 2008. 923, obs. R. Finielz, évoquant le droit de bénéficier du temps nécessaire pour la préparation de sa défense ; Cass. crim. 2 septembre 2010 n° 10-86053, pour le droit à l'information ; Cass. crim. 8 décembre 2010, n° 10-87818 qui pose le droit à un interprète en visant les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Comp. Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales. Sur ce texte, v. notamment, C. Nourissat, *Une première pour la procédure pénale : la directive du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales*, *RPDP* 2010, n° 4, p. 935 et s.

d'arrêt européen. A ainsi par exemple été censurée la décision de la chambre de l'instruction qui s'était fondée sur la violation des prescriptions de l'article 5 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme pour refuser la remise⁵³². Puis, dans un deuxième temps, la chambre criminelle de la Cour de cassation semble avoir assoupli sa jurisprudence. Un arrêt en date du 6 août 2008⁵³³ mérite ainsi d'être cité même si, par cette décision, la Cour de cassation rejette le pourvoi qui soutenait que l'exécution du mandat d'arrêt européen aurait été contraire aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne. Pour ce faire la chambre criminelle relève en effet qu'en statuant comme elle l'a fait « *et dès lors que ne porte pas une atteinte injustifiée à la protection de la vie privée et familiale l'exécution d'un mandat d'arrêt européen conformément aux articles 695-11 et suivants du Code de procédure pénale, la chambre de l'instruction a justifié sa décision* »⁵³⁴, laissant ainsi apparaître son contrôle de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen au regard des exigences de la protection de la vie privée et familiale. Une décision ultérieure a d'ailleurs censuré la chambre de l'instruction qui n'avait pas vérifié « *comme l'y invitait le mémoire, si la remise de la personne recherchée ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁵³⁵, de même qu'une autre décision a pu préciser que ce contrôle devait être effectué concrètement, les magistrats ne pouvant se contenter de relever par des motifs abstraits que la remise ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale parce que l'exécution du mandat d'arrêt européen respectait les prescriptions de l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention⁵³⁶.

Faut-il pour autant considérer que la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est engouffrée dans le contrôle du respect des droits fondamentaux par l'Etat d'émission de l'instrument de reconnaissance mutuelle ? La position de la chambre criminelle ne saurait être aussi tranchée alors qu'un tel contrôle n'est pas prévu dans la décision-cadre ni dans sa transposition en France. La légitimité de ce contrôle peut en effet être contestée ou du moins examinée. Si la nécessité de respecter les droits fondamentaux ne fait aucun doute, en droit

⁵³². V. Crim. 8 août 2007 n° 07-84621.

⁵³³. Crim. 6 août 2008, n° 08-85077.

⁵³⁴. V. égal. Crim. 29 oct. 2008, n° 08-86799 posant que la chambre de l'instruction, en considérant que les éléments invoqués ne suffisaient pas à caractériser la violation prétendue de la Convention européenne, s'était déterminée par des motifs procédant de son appréciation souveraine et a justifié sa décision.

⁵³⁵ Cass. crim., 12 mai 2010, n° 10-82.746, Bull. n° 86.

⁵³⁶ Cass. crim., 22 septembre 2010, n° 10-86.237.

interne comme dans le droit de l'Union européenne⁵³⁷, le contrôle de la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de la procédure suivie dans l'État d'émission du mandat soulève en effet certaines difficultés.

Il n'est notamment pas anodin que le contrôle du respect des droits fondamentaux par l'Etat d'émission ne soit pas prévu par la décision-cadre ayant institué le mandat d'arrêt européen. De ce fait, ce contrôle peut en effet apparaître comme une ingérence du juge d'un Etat membre dans le droit d'un autre Etat membre, par définition également partie à la Convention européenne des droits de l'Homme. Parce qu'il sera ainsi toujours possible pour la personne réclamée de contester la conformité du recours à la procédure de remise devant les juridictions de l'Etat d'émission ou, ensuite, devant la Cour européenne des droits de l'Homme, il peut apparaître inutile de permettre ce contrôle aux autorités judiciaires d'exécution alors même que ce contrôle irait à l'encontre de la confiance mutuelle qui fonde la reconnaissance mutuelle des décisions de justice.

La position de la chambre criminelle de la Cour de cassation peut donc apparaître légitime qui pose bien plutôt une présomption de respect des droits fondamentaux par la procédure suivie dans l'Etat d'émission du mandat⁵³⁸. La jurisprudence considère ainsi qu'il revient à la personne réclamée d'apporter des éléments permettant, sinon de renverser, du moins de douter du bien fondé de cette présomption. Autrement dit, la confiance mutuelle sur laquelle repose la reconnaissance mutuelle vaut aussi pour le respect des droits fondamentaux mais trouverait ses limites dans l'hypothèse d'une violation manifeste dont les indices seraient fournis par la personne concernée ou qu'il reviendrait, dans certaines hypothèses, à la juridiction de rechercher⁵³⁹.

⁵³⁷. Sur la place des droits fondamentaux dans l'UE, v., par ex., G. de Kerchove et A. Weyemberg (dir.), *op. cit.*, p. 25.

⁵³⁸. V. *supra* les décisions citées à propos du contrôle de l'absence d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale.

⁵³⁹ V. ainsi la décision rendue par la Cour de cassation le 7 février 2007 (Cass. crim., 7 février 2007, publié au Bulletin, pourvoi n° 07-80162). Dans cet arrêt en effet la chambre criminelle avait reproché à une chambre de l'instruction qui avait autorisé la remise d'un réfugié politique iranien aux autorités judiciaires portugaises, de ne pas avoir eu recours à l'article 695-33 du Code de procédure pénale pour obtenir les informations nécessaires sur le sort qui serait réservé à l'intéressé à l'issue de sa peine notamment au regard des dispositions de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Solution ensuite reprise dans Cass. crim., 26 septembre 2007, Bull 229 ; AJ penal 2007, 541, J. Lelieur. Sur les difficultés posées par un mandat d'arrêt européen concernant un réfugié politique, v. plus généralement F. Fournié, *Difficultés d'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Entre droit et politique*, D. 2009, p. 1984 et s.

La Cour européenne des droits de l'Homme semble d'ailleurs valider ce raisonnement si l'on en croit la décision rendue en grande chambre dans l'affaire M.S.S. contre Belgique et Grèce le 21 janvier 2011⁵⁴⁰. En l'espèce en effet le requérant faisait valoir devant la Cour, qu'en le renvoyant en Grèce en application du règlement « Dublin »⁵⁴¹ alors qu'elles connaissaient les défaillances de la procédure d'asile en Grèce et qu'elles n'avaient pas évalué le risque qu'il encourrait, les autorités belges auraient manqué à leurs obligations au regard des articles 2 et 3 de la Convention. Certains gouvernements intervenant auprès de la Cour ont alors souligné « qu'à l'instar de ce que la Cour a décidé dans l'affaire K.R.S⁵⁴², il faut présumer que la Grèce se conforme à ses obligations internationales et considérer qu'une personne transférée pourra saisir les juridictions internes et ensuite, s'il y a lieu, la Cour. Toute autre conclusion reviendrait de facto à révoquer le principe de confiance interétatique sur lequel le système « Dublin » se fonde, à bloquer, par le jeu des mesures provisoires, l'application du règlement ainsi qu'à remettre en cause l'approche équilibrée et nuancée que la Cour a adoptée, notamment dans son arrêt *Bosphorus*⁵⁴³ pour évaluer la responsabilité des Etats quand ils appliquent le droit communautaire »⁵⁴⁴. La question était donc posée à la Cour de savoir si les autorités belges auraient dû écarter la présomption selon laquelle les autorités grecques respecteraient leurs obligations internationales en matière d'asile alors que le principe d'une telle présomption ressort de l'arrêt K.R.S ? Compte tenu des données spécifiques à l'espèce, la Cour a estimé « qu'il revenait précisément aux autorités belges, devant la situation telle que décrite (...), de ne pas se contenter de présumer que le requérant recevrait un traitement conforme aux exigences de la Convention mais au contraire de s'enquérir, au préalable, de la manière dont les autorités grecques appliquaient la législation en matière d'asile en pratique. »⁵⁴⁵

Même si la solution ne concerne pas l'exécution d'un acte de coopération par la reconnaissance mutuelle d'une décision de justice, le raisonnement suivi n'en paraît pas moins transposable en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux. Il conduit à

⁵⁴⁰ CEDH (grande chambre) 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Req. n° 30696/09.

⁵⁴¹ Règlement n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers

⁵⁴² CEDH *K.R.S. c. Royaume-Uni*, req. n° 32733/08, décision dans laquelle la Cour européenne a pu affirmer qu'en l'absence de toute preuve contraire, il fallait présumer que la Grèce se conformerait aux obligations que lui imposaient les directives communautaires prévoyant les normes minimales en matière de procédure et d'accueil des demandeurs d'asile, qui avaient été transposées en droit grec, et qu'elle respecterait l'article 3 de la Convention.

⁵⁴³ CEDH, *Bosphorus Hava Yollart Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, n° 45036/98

⁵⁴⁴ CEDH (grande chambre) 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, Req. n° 30696/09, § 330.

⁵⁴⁵ CEDH (grande chambre) 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, *op. cit.*, § 359.

poser la présomption que les pays membres respectent leurs engagements en matière de droits fondamentaux cette présomption ne jouant plus lorsque la personne concernée ou les circonstances révèlent des éléments qui peuvent faire douter de la présomption. Dans certaines circonstances, il peut d'ailleurs appartenir à la juridiction d'exécution de rechercher par elle-même si la présomption de respect des droits fondamentaux doit être maintenue et notamment lorsque la personne concernée a la qualité de réfugié politique.

Appliquée à la reconnaissance mutuelle, cette présomption de conformité de l'Etat d'émission aux droits fondamentaux conduit d'ailleurs à s'interroger sur le degré possible de contrôle opéré par les juridictions de l'Etat d'exécution.

B - Le degré de contrôle de conformité de la reconnaissance mutuelle aux droits fondamentaux de la personne

Il semble en effet que, compte tenu de la présomption de respect des droits fondamentaux posée au bénéfice des pays membres, le contrôle opéré par l'Etat d'exécution ne puisse porter en réalité que les atteintes les plus manifestes. Seules ces atteintes seraient ainsi de nature à permettre de renverser la présomption sans porter atteinte à la confiance mutuelle. Deux exemples pris dans l'exécution du mandat d'arrêt européen peuvent être exploités ici.

On peut ainsi songer tout d'abord à ces décisions qui refusent de contrôler la qualification donnée par l'Etat d'émission aux faits reprochés –que ce soit pour vérifier la condition ou l'absence de condition de double incrimination⁵⁴⁶ ou pour vérifier que le mandat n'a pas été émis en raison de motifs purement politiques⁵⁴⁷ – sauf inadéquation manifeste de la qualification retenue. Les décisions qui invoquaient la violation du principe de non-discrimination⁵⁴⁸ sont particulièrement intéressantes ici. Dans ces affaires les personnes réclamées étaient poursuivies pour participation à une organisation criminelle, qualification

⁵⁴⁶ V. Cass. crim., 21 novembre 2007, n° 07-87540, AJ pénal 2008, 195, note J. Lelieur ; Dr. pénal 2008, comm. 26, obs. A. Maron et JCP G 2008, II, 10108, note V. Malabat.

⁵⁴⁷ V. tout particulièrement Cass. crim., 4 août 2010, n° 10-85084 et Cass. crim., 15 décembre 2010, n° 10-88204.

⁵⁴⁸ et, partant, de l'article 695-22 5° du Code de procédure pénale puisque ce texte impose le refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen « s'il est établi que ledit mandat d'arrêt a été émis dans le but de poursuivre ou de condamner une personne en raison de son sexe, de sa race (...) de ses opinions politiques (...) ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons ».

qu'elles contestaient puisque les organisations auxquelles elles appartiennent développent des activités en France et n'y sont pas considérées comme illégales. Les personnes dont la remise est demandée aux autorités judiciaires françaises contestent alors la qualification retenue à leur encontre en lui reprochant d'être fondée sur une discrimination politique. La question soulevée est alors délicate pour les juridictions de l'Etat d'exécution puisque si ces juridictions n'ont pas à contrôler le bien-fondé de la qualification retenue par l'autorité d'émission, elles n'en doivent pas moins vérifier que le mandat n'a pas été émis pour des raisons discriminatoires et, en l'espèce, politiques. Dans une première décision la chambre criminelle a approuvé les juges de la chambre de l'instruction d'avoir ordonné la remise de la personne réclamée au motif que « l'organisation SEGI ayant été déclarée "organisation terroriste liée à l'ETA" par une décision de la Cour suprême espagnole du 19 janvier 2007, il ne leur appartient pas d'apprécier le bien-fondé de cette décision » et qu'ils en ont déduit « que les poursuites pour appartenance à cette organisation ne peuvent a priori être considérées comme constituant une discrimination fondée sur les opinions politiques de la personne recherchée »⁵⁴⁹. La solution est à souligner qui pose bien que la discrimination ne ressort pas **a priori** de la qualification retenue par la juridiction de l'Etat d'émission ce qui semble pouvoir réserver la possibilité d'admettre une conclusion différente dans les cas dans lesquels l'inadéquation de la qualification retenue serait plus manifeste. L'autre décision citée va dans le même sens qui approuve également les juges de la chambre de l'instruction d'avoir ordonné la remise en relevant que « la qualification retenue au mandat ne présente pas d'inadéquation manifeste avec la nature des faits retenus »⁵⁵⁰.

On peut ensuite retenir de nouveau les décisions qui ont admis la possibilité de fonder le refus d'exécuter le mandat d'arrêt européen lorsqu'il entraîne des conséquences importantes sur la vie familiale de la personne réclamée mais surtout disproportionnées au regard de la gravité des faits reprochés⁵⁵¹. L'exécution d'un mandat d'arrêt européen portant par principe atteinte à la vie privée et familiale de la personne réclamée, seules les atteintes disproportionnées peuvent en effet être prises en compte pour être sanctionnées.

Le contrôle de proportionnalité du recours au mandat d'arrêt européen fournit d'ailleurs une piste intéressante. Si cette proportionnalité est ainsi évoquée au regard des droits

⁵⁴⁹ Cass. crim., 4 août 2010, n° 10-85084.

⁵⁵⁰ Cass. crim., 15 décembre 2010, n° 10-88204.

⁵⁵¹ V. en ce sens, Cass. crim. 12 mai 2010, n° 10-82.746, Bull. n° 86 ; AJ pénal 2010, p. 408 et 409.

fondamentaux de la personne concernée par l'instrument de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle, on peut se demander si son élargissement au recours même à la procédure de reconnaissance mutuelle ne serait pas envisageable.

Théoriquement possible puisque l'exigence de proportionnalité est un principe général du droit européen, un tel contrôle serait également intéressant en pratique qui permettrait parfois de refuser l'exécution d'une demande étrangère qui pourrait paraître déraisonnable quoique fondée juridiquement. Si l'hypothèse peut paraître a priori étonnante et au surplus contraire à la confiance mutuelle, elle n'en reste pas moins vraisemblable lorsqu'on observe que des juges européens n'hésitent pas à mettre en œuvre la coopération pénale fondée sur la reconnaissance mutuelle pour un vol d'un montant de quarante euros⁵⁵². Si l'on peut voir dans ce type de demande, le succès même de l'instrument mettant en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale, il n'en faut pas moins se garder de vouloir actionner cette méthode de coopération pénale à tout va.

L'efficacité de la reconnaissance mutuelle comme méthode de coopération pénale est donc avérée encore qu'elle doive être bien comprise tant dans son domaine –qui ne saurait valoir que pour les actes juridictionnels– que dans sa portée : la reconnaissance mutuelle des décisions n'implique ainsi pas leur exécution automatique et, comme tout instrument de coopération pénale internationale, elle ne saurait s'affranchir du respect des droits fondamentaux des individus.

⁵⁵² Cass. crim. 12 mai 2010 *précit.*

TITRE II – Le contrôle de la coopération par les droits fondamentaux

Le contrôle judiciaire de la coopération est nécessaire dans l'objectif de mieux garantir les droits fondamentaux des personnes mises en causes ou, plus largement, affectées par la coopération. Longtemps préoccupés principalement par la recherche d'efficacité répressive des instruments de coopération, les États prennent désormais conscience de la nécessité de protéger les droits fondamentaux dans la coopération judiciaire pénale. Par exemple, la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de Justice en Europe doit, pour garantir pleinement la libre circulation des personnes, assurer également la protection de leurs droits fondamentaux. Cette nécessité de prise en compte des individus dans l'organisation des mécanismes étatiques de coopération apparaît notamment aujourd'hui dans le champ particulier des échanges transfrontaliers de renseignements qui, s'il dépasse le champ pénal stricto sensu, n'en constitue pas moins un laboratoire intéressant pour l'étude de la protection des données à caractère personnel. L'étude approfondie de cette protection particulière illustre ainsi utilement l'étude générale de la protection des droits fondamentaux et en révèle toutes les difficultés.

CHAPITRE I – La protection des droits fondamentaux dans la coopération judiciaire pénale

CHAPITRE II – La protection des données à caractère personnel dans les échanges transfrontaliers de renseignements

CHAPITRE I – La protection des droits fondamentaux dans la coopération judiciaire pénale

En ce qui concerne la coopération judiciaire pénale entre les Etats, la difficulté doit être appréhendée en partant d'un triple constat :

- On ne peut tout d'abord que constater l'efficacité variable des textes internationaux protecteurs des droits autrement qualifiables de droits humains. Le respect des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe, puis des droits fondamentaux, dans le cadre de la construction européenne, et ce, en matière pénale, est une idée qui s'est progressivement imposée en Occident, mais qui n'est que relativement récente. Elle ne s'est pas imposée dans certains pays qui pratiquent par exemple encore la torture ou sous certains régimes politiques totalitaires, où les droits et libertés fondamentales sont plus ou moins ouvertement bafoués. Or, la nécessité de renforcer la coopération répressive internationale ne saurait justifier que l'on ignore ces atteintes, par exemple, lorsque l'Etat français est confronté à une demande d'extradition.

- Ensuite, les textes internationaux de protection des droits humains disposent parfois d'un mécanisme juridictionnel de contrôle avec possibilité de formuler une requête individuelle, qui permet ainsi de garantir l'effectivité de ces droits. C'est le cas, bien entendu de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales (CEDH) ou encore de la Convention américaine des droits de l'homme (CADH). Si dans la majorité des textes internationaux, ce sont à peu près les mêmes droits qui sont garantis avec parfois, l'adjonction de droits économiques et sociaux, et parfois selon une intensité variable, leur effectivité est également variable.

- Enfin, à supposer que la protection des droits humains soit identique du point de vue des textes internationaux protecteurs applicables et du contrôle juridictionnel qu'ils prévoient, leur respect pratique, avant toute saisine de la juridiction internationale en cause, peut être différent.

Dès lors, il convient de distinguer deux hypothèses selon que la coopération judiciaire pénale est requise entre Etats ou espaces juridiques soumis à une protection variable des droits humains ou entre Etats ou espaces juridiques soumis à une protection identique ou équivalente de ces droits humains. Les problèmes posés dans ces deux hypothèses ne sont en effet pas les mêmes.

Dans la première hypothèse, la question essentielle est de déterminer les modalités juridiques voire pratiques de protection de ces droits dans le cadre principal de coopération susceptible de mettre en danger les droits fondamentaux les plus sensibles : l'extradition. Bien sûr, l'exécution d'une commission rogatoire internationale peut heurter certains droits procéduraux, si ces droits ne sont pas respectés dans la législation de l'Etat d'exécution, par exemple lors d'une perquisition, d'une expertise ne respectant pas l'égalité des armes, à l'occasion de l'interrogation d'un témoin ou d'un suspect (droits de la défense), ou à l'occasion d'actes coercitifs d'enquête heurtant l'intimité de la vie privée. Mais l'extradition d'un individu vers un Etat ne respectant pas les droits humains peut heurter des droits substantiels intangibles comme le droit à la vie, l'interdiction du travail forcé, l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, la protection de la vie privée et familiale, la liberté de conscience, d'association ou d'expression.

En ce qui concerne l'extradition, la nécessité de protéger les droits humains lorsque, par exemple l'Etat français est requis, devrait ainsi conduire à refuser l'extradition. Ce devrait être le cas de la part de tout Etat relevant d'une espace soumis à une protection effective des droits fondamentaux comme en Europe. Nous verrons qu'un tel refus est envisageable et a déjà été opposé en accord avec la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et de la CourEDH.

La nécessaire préservation de certains droits humains essentiels constitue donc un obstacle à la coopération qu'il convient d'envisager dans le cadre du fonctionnement de l'espace répressif international.

Ce phénomène s'observe d'ailleurs à la périphérie de la coopération judiciaire pénale. La Cour de justice de la communauté européenne (CJCE) qui est désormais devenue la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), a ainsi fait preuve d'audace dans le cadre de la coopération avec l'ONU pour la lutte contre le terrorisme par le gel des avoirs des personnes soupçonnées de contribuer au financement du terrorisme. Cette audace mérite d'être d'autant plus soulignée qu'elle a trait à des droits procéduraux (droit à l'information, droits de la défense, droit au juge...). Les divergences entre espaces juridiques ne garantissant pas le même degré de protection des droits humains peuvent dès lors constituer un frein à la coopération et, donc, à l'internationalisation de la justice pénale. Néanmoins, il convient également de relever que la prise de conscience de ces différences de protection peut aussi

être l'occasion d'améliorer la prise en compte des droits procéduraux ce qui a par exemple été le cas concernant les décisions prises par l'ONU dans ce domaine⁵⁵³.

Par conséquent, en ce qui concerne l'hypothèse de la coopération entre Etats ou espaces juridiques soumis à une protection variable des droits fondamentaux, il apparaît que le souci de préserver les droits humains peut constituer un motif légitime de refus de coopération, bien que susceptible, dans un premier temps, de constituer un frein à la coopération répressive. En effet, dans un second temps, ce refus de coopérer apparaît d'autant plus légitime, qu'il peut conduire à promouvoir le respect des droits de l'homme à l'étranger ou au sein d'autres espaces juridiques ou organisations internationales. D'ailleurs, en dehors du cas particulier de la lutte contre le terrorisme par le gel des avoirs à l'échelle planétaire et notamment en Europe, l'Union européenne travaille à cette promotion dans ses relations avec les pays tiers. Il nous semble que cette promotion ne peut aboutir au résultat escompté que dans la mesure où les Etats membres soumis à une protection effective des droits fondamentaux font preuve de fermeté, par exemple dans leur refus d'extrader.

Dans la seconde hypothèse, qui vise la coopération entre Etats soumis à un degré de protection identique ou équivalent des droits fondamentaux, la protection des droits humains peut constituer une condition indispensable de la confiance mutuelle, ou du moins, de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice, principe sur lequel entend désormais se construire la coopération judiciaire pénale européenne. Cette protection constitue d'ailleurs un facteur de légitimation. Or, dans cet espace judiciaire, les instruments de protection des droits humains sont traditionnellement doubles, voire multiples. En effet, les traditions constitutionnelles des Etats membres garantissent ces droits, de même que la CEDH, la jurisprudence de la CJUE et désormais, la Charte européenne des droits fondamentaux.

A cet égard se pose le problème spécifique de l'agencement juridique de ces différentes normes, l'Europe constituant un véritable laboratoire de la protection des droits humains dans le cadre de la coopération judiciaire pénale. D'ailleurs, l'Union européenne, soucieuse, dans un premier temps, grâce à la jurisprudence de la Cour de justice, de respecter les exigences de la CourEDH, entend désormais harmoniser les législations pénales afin de renforcer les droits des personnes soupçonnées ou poursuivies dans une procédure pénale et ainsi consolider la reconnaissance mutuelle.

⁵⁵³ V. *infra*.

Si la coopération pénale internationale doit s'opérer sous le contrôle du respect des droits fondamentaux, ce contrôle ne suscite donc pas les mêmes difficultés selon que la coopération intervient entre Etats ou espaces juridiques soumis à des protections variables ou équivalentes des droits humains. Dans le premier cas en effet la protection de ces droits apparaît comme un motif légitime de refus de coopération tandis que dans le second cas, elle constitue bien plutôt une condition de la reconnaissance mutuelle.

Section 1 : La coopération entre Etats ou espaces juridiques soumis à des protections variables des droits humains : la protection de ces droits comme motif légitime de refus de coopération

Section 2 : La coopération entre Etats ou espaces juridiques soumis à une protection identique ou équivalente des droits humains ; l'exemple européen et la mise en cohérence des instruments de protection, comme condition de la reconnaissance mutuelle

Section 1 : La coopération entre Etats ou espaces juridiques soumis à des protections variables des droits humains : la protection de ces droits comme motif légitime de refus de coopération

La question de la coopération dans le gel des avoirs des produits ou du financement du terrorisme sera abordée compte tenu de son exemplarité relative à la mise en perspective des droits fondamentaux et de la coopération pénale. Bien sûr, le lien avec le procès pénal pourrait paraître distendu (et partant, avec l'internationalisation de la justice pénale). Cependant, il ne saurait être contesté que le gel des avoirs est un instrument efficace dans la lutte contre le terrorisme international, criminalité organisée et extrêmement nocive. Ces mesures sont par conséquent en lien avec la lutte contre la criminalité et apparaissent ainsi naturellement liées à la coopération pénale.

La question qui se pose alors au regard de la nécessité de renforcer la coopération pénale, tout en prévoyant des mécanismes indispensables de contrôle de respect des droits humains, est de déterminer si cet objectif peut légitimer un refus de coopérer. La jurisprudence des Cours européennes (CourEDH et CJUE) est en ce sens, mais compte tenu de l'origine jurisprudentielle de ce motif de refus, il convient de préciser les modalités pratiques de sa mise en œuvre, qui laissent subsister quelques incertitudes.

A cet égard, la coopération ONU-UE pour le gel des avoirs terroristes peut être envisagée comme un exemple de prise en compte des droits humains comme motif désormais légitime de refus de coopérer (§ I) avant d'examiner en quoi ces droits constituent, plus largement en matière de coopération judiciaire pénale, également un motif légitime de refus de coopération (§ II).

§ I. La coopération ONU-UE pour le gel des avoirs terroristes, Un exemple relatif aux droits fondamentaux comme motif légitime de refus de coopération

A la suite des attentats du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité de l'ONU et le conseil de l'Union ont pris une série d'actes visant à geler les avoirs des personnes liées à Oussama Ben Laden, à Al-Qaida, ainsi qu'aux Talibans. L'ONU a ainsi adopté la résolution 1390 (2002) du 12 janvier 2002, mettant à la charge des Etats, l'obligation d'exécuter le gel de ces avoirs. Au niveau européen, le Conseil a quant à lui adopté une position commune (le 27 mai 2002) dans

le cadre de la PESC visant à exécuter ces mesures. Sur le fondement de cette position commune est alors adopté un règlement communautaire⁵⁵⁴ le même jour, avec en annexe, la liste des personnes concernées, liste constamment actualisée.

Mais l'Union a pris également de manière autonome, des mesures comparables par deux décisions communes PESC du 27 décembre 2001. La seconde comprend en annexe, la liste des personnes visées (positions communes, 930 et 931/2001). Sur le fondement de cette dernière, le règlement 2580/2001 est adopté, qui prévoit que le Conseil, statuant à l'unanimité élabore, révisé et modifie la liste des personnes concernées.

Ces personnes ont intenté un recours juridictionnel contre ces actes à l'occasion desquels le TPICE et la Cour de justice en ont examiné la légalité par rapport aux droits de l'homme et ont préconisé l'adaptation des procédures d'inscription sur ces listes dans le cadre des Nations-Unies.

Ainsi, il apparaît que si, dans un premier temps, le respect des droits fondamentaux a pu apparaître comme un frein à la coopération pénale entendue largement dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, dans un second temps, la prise en compte de la nécessité de préserver les droits fondamentaux a pu conduire à une amélioration de la protection de ces droits dans le processus décisionnel de gel des avoirs tant au sein de l'UE qu'au sein de l'ONU.

Par conséquent, l'illégalité de ces décisions de gels des avoirs au regard des droits fondamentaux (A) a suscité l'adaptation des procédures décisionnelles de gel des avoirs (B).

A. Illégalité de certaines inscriptions au regard du respect des droits fondamentaux

Les recours formés contre ces listes ont suscité des difficultés procédurales. Ainsi certains requérants se sont heurtés à l'irrecevabilité de leur recours, comme dans l'affaire *Segi*⁵⁵⁵, l'intéressé ayant intenté un recours en indemnité contre l'Union pour tenter d'obtenir la

⁵⁵⁴ Règlement 881/2002

⁵⁵⁵ CJCE, 27 février 2007, aff. C-355/04, *Segi et autres contre Conseil* : RTDA 2007, p. 1100, Donnat Francis, « Régime des actes des titres V et VI TUE et lutte contre le terrorisme » ; Europe 2007, n° 4, p. 24, note Meisse Eric ; Rev. dr. UE 2007, n° 2, p. 433, Berramdane Abdelklaleq, « Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI TUE » ; Rev. aff. eur. 2007, n° 1, p. 121 – TPICE, 7 juin 2004, *Segi contre Conseil*, aff. T-338/02 : Europe 2004, n° 8, p. 15, Berrod Frédérique – CEDH, 26 mai 2002, *Segi et autres contre 15 membres de l'UE* : JDE 2002, n° 93, p. 227

réparation du préjudice lui ayant été causé du fait de son inscription. Le droit à une protection juridictionnelle effective, en tant que principe général du droit communautaire anciennement reconnu et inspiré notamment de la CEDH (en ses art. 6 et 13, et le droit au juge), n'a en effet pas suffi, dans cette affaire, à palier l'incompétence de la Cour de justice sur ce point.

En revanche, lorsque ces recours ont été admis, dans la mesure où il s'agissait notamment de listes en annexe de règlements communautaires, leur légalité a été examinée au regard du respect des droits fondamentaux.

Dans deux affaires, le TPICE et la CJCE ont prononcé l'annulation de l'inscription litigieuse, en raison de la méconnaissance de certains droits de la défense parmi lesquels le droit à l'information, le droit d'être entendu et le droit à une motivation suffisante. Il s'agit des affaires *Kadi* (CJCE, 3 septembre 2008 et TPICE, *Yusuf et Kadi*, 21 septembre 2001) et *OMPI* (2 décisions du TPICE, organisation des Modjahidines du peuple d'Iran, 12 décembre 2006 et 23 octobre 2008).

Dans l'affaire *Kadi*⁵⁵⁶, le règlement dont la légalité était critiquée est le règlement 881/2002 du 27 mai 2002, par lequel le Conseil a adopté un acte d'exécution des obligations mise à la charge des Etats par la résolution de l'ONU sur le gel des avoirs.

L'UE n'est pas membre de l'ONU, mais les Etats-membres le sont et la mesure contestée servait à faciliter la mise en œuvre du gel des avoirs ce qui permettait *a priori* au TPICE de pouvoir en examiner la légalité. Cependant, il s'agissait en réalité d'examiner un acte d'exécution pour lequel le Conseil ne disposait d'aucune marge d'appréciation, d'aucune autonomie. Selon le TPICE, examiner sa légalité, revenait donc à examiner celle de la résolution onusienne, ce qui n'est pas du chef de ses compétences, ni de celles d'ailleurs, de la CJCE.

⁵⁵⁶ CJCE, 11 juin 2009, *Kadi contre Conseil et Commission*, aff. jointes C-402/05 et C-402/05 : JDE 2010, n° 169, p. 155, RJCom. 2009, p. 152, note Reynouard Arnaud – CJCE 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barrakaat International Foundation contre Conseil de l'UE et Commission européenne*, aff. jointes C-402/05 et C-415/05 P : RSC 2009, p. 75, Rouidi Ajer, « L'arrêt du 3 septembre 2008 : vers un *modus operandi* de l'exécution communautaire des sanctions onusiennes ? » ; Dr. adm. 2008, n° 11 p. 40, Flavier Hugo, « Les rapports entre le droit communautaire et le droit des Nations-Unies » ; Europe 2008, n° 11, p. 5 ; Simon Denys et Régaux Anne, « Le jugement des pourvois dans les affaires Kadi et Al Barakaat : smart sanctions pour le TPI ? » ; Rev. Dr. UE 2008, n° 4, p. 867 ; JDE 2008 n° 153, p. 265, note Pierre d'Argent ; JDE 2008 n° 149, p. 154, obs. de Biolley Serge – TPICE, 21 septembre 2005, *Kadi contre Conseil et Yusuf et Al Barakaat International foundation contre Conseil et Commission*, affaires T-315/01 et T-306/01 : Rev. aff. eur. 2007, n° 2, p. 317, de la Rose Stéphane, « La mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité confrontée aux exigences de la communauté Kadi » ; RGDIP 2006, p. 827, Bore Eveno Valérie, « Le contrôle juridictionnel des résolutions du conseil de sécurité : vers un constitutionnalisme international ? » ; Europe 2005 n° 15 p. 6, note Simon Denys.

Cependant, le TPICE a relevé de manière très intéressante, qu'il est habilité à vérifier indirectement la légalité des résolutions du Conseil de sécurité en ce qui concerne le *jus cogens*, entendu comme un ensemble de règles supérieures de droit public international qui s'impose à tous les sujets de droit international, y compris les organisations des NU et auquel aucune dérogation n'est possible. Le TPICE relève ainsi au passage que « ...*les obligations des États membres de l'Organisation des Nations Unies en vertu de la Charte des Nations unies l'emportent incontestablement sur toute autre obligation de droit interne ou du droit international conventionnel, y compris, pour ceux d'entre eux qui sont membres du Conseil de l'Europe, de leurs obligations en vertu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, pour ceux qui sont aussi membres de la Communauté, leurs obligations en vertu du traité CE.*

Cette primauté s'étend aux décisions contenues dans une résolution du Conseil de sécurité, conformément à l'article 25 de la Charte des Nations Unies, en vertu duquel les membres de l'Organisation des Nations Unies sont tenus d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité »

Cependant, au regard du *jus cogens*, le TPICE considère que la violation du droit de propriété ne serait réalisée, selon lui, qu'en cas d'atteinte disproportionnée et arbitraire, ce qui n'est pas le cas ici⁵⁵⁷ compte tenu de l'importance de la lutte contre le terrorisme, de la légitimité des NU, du fait que la mesure ne réalise pas une privation du droit de propriété mais une privation de l'usage de ce droit (ce n'est pas une confiscation) et enfin parce qu'il est possible d'obtenir le réexamen de la décision d'inscription devant le comité des sanctions de l'ONU, sur demande de l'Etat de leur nationalité ou de leur résidence.

De plus, le TPICE précise également, qu'à l'égard du *jus cogens*, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de soumettre ces personnes à des traitements inhumains ou dégradants.

Si la demande est donc rejetée, la décision du TPICE présente l'intérêt considérable de mettre en œuvre le contrôle du respect des droits fondamentaux, même si, en l'espèce, le contrôle effectué s'avère extrêmement restreint.

Sur ce point, statuant en appel, la Cour de justice a d'ailleurs prononcé l'annulation de l'inscription en tenant compte de façon davantage satisfaisante du respect des droits de l'homme.

⁵⁵⁷ « ...dans la mesure où le respect du droit à la propriété doit être considéré comme faisant partie des règles impératives du droit international général, c'est seulement une privation arbitraire de ce droit qui pourrait, en tout cas, être considérée comme contraire au *jus cogens*. Tel n'est pas le cas ici ».

La CJCE résout tout d'abord différemment la délicate question de l'examen d'un acte d'exécution d'une résolution de l'ONU en considérant qu'« *un arrêt d'une juridiction communautaire par lequel il serait décidé qu'un acte communautaire visant à mettre en œuvre une telle résolution est contraire à une norme supérieure relevant de l'ordre juridique communautaire n'impliquerait pas une remise en cause de la primauté de cette résolution au plan du droit international.* »⁵⁵⁸

Ensuite, sa réponse est nettement plus satisfaisante sur le terrain du respect des droits de l'homme en ce qu'elle rappelle la place des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire, et la signification particulière, à cet égard, de la CEDH. De plus, elle indique que le respect des droits fondamentaux est rappelé par les Traités, d'où il résulte qu'ils en font partie et que les obligations découlant d'un acte international ne peuvent avoir pour effet de faire adopter par l'Union un acte communautaire incompatible avec ces principes. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'elle considère que ces principes sont des principes constitutionnels de l'UE.

Par conséquent, elle se livre à l'examen de la mesure d'inscription non seulement au regard du droit à un recours juridictionnel effectif⁵⁵⁹ lié au respect des droits de la défense mais aussi au regard du droit de propriété.

- **Elle constate en premier lieu la violation du droit à un recours juridictionnel effectif et des droits de la défense dans la mesure où ces deux droits lui paraissent liés.**

Elle rappelle tout d'abord que le principe de protection juridictionnelle effective appartient aux principes généraux de droit communautaire, inspirés des articles 6 et 13 CEDH et affirmé par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

Ce droit, implique ensuite, selon sa jurisprudence⁵⁶⁰, de pouvoir contester la légalité des motifs d'une décision. Par conséquent, l'autorité qui prend cette décision doit communiquer ses motifs, soit au moment de la décision, soit très rapidement après afin que l'intéressé puisse les contester par voie juridictionnelle.

Concernant plus particulièrement les droits de la défense et plus précisément le droit de se voir communiquer les motifs de l'inscription et le droit d'être entendu

⁵⁵⁸ cf. points 281-282, 286-288

⁵⁵⁹ Art. 6 et 13 CEDH.

⁵⁶⁰ arrêts du 15 octobre 1987, *Heylens e.a.*, 222/86, Rec. p. 4097, point 15, ainsi que du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, points 462 et 463

pour contester cette inscription, elle reconnaît, comme l'a déjà fait d'ailleurs le TPICE⁵⁶¹, qu'il n'est pas envisageable de communiquer les motifs de cette inscription au préalable puisque cela risquerait de réduire à néant l'efficacité de la mesure de même d'ailleurs que l'audition préalable des intéressés, du moins à l'égard d'une inscription initiale.

De plus, si la CJCE affirme que doivent être prises en compte ici des considérations impérieuses touchant à la sûreté ou à la conduite des relations internationales, qui justifient que l'on s'oppose à la communication de ces éléments, elle considère que cela ne doit cependant pas faire échapper ces listes à tout contrôle du juge communautaire qui doit concilier ces impératifs avec la nécessité de respecter certaines règles de procédure au profit des justiciables. Elle se fonde ainsi sur l'arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996 rendu par la CourEDH⁵⁶² par lequel : « *La Cour reconnaît que l'utilisation d'informations confidentielles peut se révéler indispensable lorsque la sécurité nationale est en jeu. Cela ne signifie cependant pas que les autorités nationales échappent à tout contrôle des tribunaux internes dès lors qu'elles affirment que l'affaire touche à la sécurité nationale et au terrorisme (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni du 30 août 1990, série A n° 182, p. 17, par. 34, et l'arrêt Murray c. Royaume-Uni du 28 octobre 1994, série A n° 300-A, p. 27, par. 58). La Cour attache de l'importance au fait que, comme les Amicus curiae l'ont signalé dans le contexte de l'article 13 (art. 13) (paragraphe 144 ci-dessous), au Canada, une forme plus efficace de contrôle juridictionnel a été mise au point pour les affaires de ce genre. Cela illustre bien l'existence de techniques permettant de concilier, d'une part, les soucis légitimes de sécurité quant à la nature et aux sources de renseignements et, de l'autre, la nécessité d'accorder en suffisance au justiciable le bénéfice des règles de procédure* ».

A cet égard, il lui apparaît que les motifs de l'inscription n'ont été à aucun moment communiqués, ce qui contrevient donc au droit à un recours effectif, la Cour n'étant pas en mesure d'examiner la légalité des motifs de l'acte, au droit à l'information et au droit d'être entendu.

⁵⁶¹ Point 308 de l'arrêt attaqué *Yusuf et Al Barakaat* - Afin d'atteindre l'objectif poursuivi par ledit règlement, de telles mesures doivent, par leur nature même, bénéficier d'un effet de surprise et, ainsi que la Cour l'a déjà indiqué, s'appliquer avec effet immédiat.

⁵⁶² *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, § 131.

- **Sur la violation du droit de propriété en second lieu**, elle adopte une démarche très proche de la Cour européenne des droits de l'homme et rappelle que le respect du droit de propriété est un principe général de droit communautaire que des restrictions peuvent lui être apportées au regard des objectifs poursuivis par la communauté mais qui ne sauraient porter atteinte à la substance même de ce droit, selon la jurisprudence de la CourEDH⁵⁶³.

Afin de déterminer la portée de ce principe général de respect du droit de propriété, elle estime qu'il faut tenir compte de l'art. 1^{er} du protocole n° 1 de la CEDH qui n'autorise une atteinte à ce droit que si elle est proportionnée à la poursuite d'objectifs légitimes.

Quant à savoir si les listes portent atteinte à la substance même de ce droit, la CJCE considère que ce n'est pas le cas, puisqu'il ne s'agit pas d'une confiscation.

Quant à la proportionnalité de l'atteinte, la Cour se fonde sur la jurisprudence de la CEDH qui incite à examiner le rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi. A cet égard, La Cour considère que ces mesures pourraient être justifiées. Mais parce qu'elle examine la situation concrète de M. Kadi, il lui apparaît qu'à aucun moment ce dernier n'a pu faire valoir ses droits, de sorte que l'atteinte au droit de propriété semble injustifiée.

Ce moyen est donc également admis et l'inscription annulée. Mais les effets de cette décision et des décisions qui ont également prononcé l'annulation doivent être précisés, d'autant qu'ils permettent une réelle adaptation de ces instruments de coopération dans la lutte contre le terrorisme au respect des droits de l'homme.

B. L'adaptation de la procédure d'inscription

Dans l'affaire *Kadi*, la reconnaissance de la violation des droits de l'homme s'accompagne du maintien du règlement pour une durée de 3 mois afin de laisser le temps au Conseil de procéder à son remplacement en respectant les droits des intéressés. Nous observons donc une réelle adaptation concrète d'un instrument de coopération dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, au regard du respect des droits de l'homme, tel que, de surcroît, ils sont protégés, par ailleurs, par la CEDH.

⁵⁶³ CourEDH, *Bosphorus... c. Irlande*, 30 juin 2005, n° 45036/98, point 21.

Un autre exemple significatif peut être tiré de l'affaire *OMPI (Organisation des modjahedines du peuple d'Iran)*⁵⁶⁴.

Dans cette affaire, le TPICE a rendu un premier arrêt le 12 décembre 2006, dans un contexte différent de celui de l'affaire *Kadi*, puisqu'il était en cause une décision du Conseil de gel des avoirs, mais fondée de façon autonome sur le règlement 2580/2001 pris sur la base de la décision commune PESC 2001/931 du 27 décembre 2001.

Sur le fondement de ces textes, l'inscription se fait en deux temps, la procédure comprenant un stade interne et un stade communautaire. Le conseil a ainsi une marge d'appréciation à l'égard des éléments dont il dispose et qui proviennent des décisions des Etats membres (décisions juridictionnelles ou autres éléments).

L'arrêt estime que le droit à un procès équitable est applicable à ce type de décision (bien qu'il s'agisse d'une décision de nature législative), en tant que principe général. Et il précise les obligations qui incombent ainsi aux Etats et à l'Union, considérant notamment que les preuves ou éléments de financement ou de participation au terrorisme qui doivent fonder la décision du Conseil ne doivent pas être communiqués avant une inscription initiale mais qu'il est souhaitable qu'ils soient communiqués de manière concomitante ou du moins, très rapidement après.

De plus, en cas de décision de maintien sur la liste, ces éléments doivent au préalable être communiqués et l'intéressé doit être entendu.

Enfin, en vertu du principe de motivation suffisante, il considère que la décision de gel des avoirs doit être motivée à l'égard des éléments fournis par les Etats membres, qu'il s'agisse d'une décision initiale d'inscription ou d'une décision de maintien sur la liste (sauf motifs impérieux de sécurité).

D'ailleurs, dans cette affaire, à la suite de l'annulation de la décision attaquée pour violation de ces droits, le Conseil a repris une décision, de nouveau attaquée par l'intéressée.

Cette dernière obtient gain de cause par un nouvel arrêt du TPICE du 23 octobre 2008, précisément grâce à un contrôle de la motivation par le TPICE, qui lui semble ne pas justifier le maintien sur les listes, le Conseil n'ayant pas pris en compte certains éléments intervenus entre temps.

⁵⁶⁴ TPICE, 12 septembre 2006, aff. T-228/02, *Organisation des modjahedines du peuple d'Iran* : JDE 2008, n° 149, p. 137, Moïny Yves, « Le contrôle, par le juge européen, de certaines mesures communautaires visant à lutter contre le financement du terrorisme » ; Europe 2007, n° 2, p. 11, note Mariate Flavien.

Malgré les difficultés procédurales auxquelles ont pu donner lieu les recours intentés dans ce cadre, ces décisions témoignent d'un réel souci de la part du TPICE et de la CJCE d'adapter ces instruments particuliers de coopération au respect des droits fondamentaux. Ce phénomène, cependant, n'est pas très surprenant dans un espace juridique intégré soucieux du respect des droits fondamentaux, comme c'est le cas de l'UE.

L'ONU témoigne également par les fondements mêmes de son existence du souci de préserver le respect des droits fondamentaux et de les promouvoir par l'intermédiaire de la communauté internationale⁵⁶⁵. Cela étant, la procédure d'inscription des personnes visées par le gel des avoirs en matière de terrorisme présentait des lacunes relativement au respect des droits fondamentaux qui ont été relevées à l'occasion des recours formés devant la CJCE relativement aux décisions du Conseil mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies. L'ONU a tenu compte de la position prise par la CJCE en faveur du respect des droits fondamentaux et a modifié la procédure d'inscription.

Par conséquent, tant au sein de l'UE que de l'ONU, la prise en compte des droits fondamentaux qui peut, dans un premier temps, constituer un frein à la coopération internationale en matière pénale, ou du moins, dans un domaine très proche de la matière pénale, peut se transformer en un outil d'amélioration de cette coopération afin de la rendre plus conforme au respect de ces droits.

Cependant, cela a pu ici se produire assez facilement et assez rapidement, dans la mesure où les décisions litigieuses dépendaient d'organes internationaux intégrés à un espace juridique témoignant par ailleurs du souci de préserver les droits fondamentaux, y compris dans la coopération internationale.

D'une certaine manière, le degré de protection des droits fondamentaux peut être jugé comparable, du moins à l'égard des textes applicables, bien que leur effectivité soit de valeur inégale.

Cependant, lorsqu'un Etat européen partie à la CEDH se trouve saisi d'une demande de coopération répressive par un Etat qui ne témoigne pas d'un souci comparable de respecter les droits fondamentaux des personnes concernées, le refus de coopération qui peut légitimement

⁵⁶⁵ cf. par ex., les déclarations protectrices des droits fondamentaux : Déclaration universelle des droits de l'homme - Pacte international relatif aux droits civils, civiques et politiques

être opposé sera plus difficilement dépassé. En effet, une amélioration du système répressif de l'Etat requérant au simple motif d'une décision défavorable rendue par l'Etat requis est inenvisageable.

Seule la promotion politique et diplomatique des droits de l'homme dans les relations avec ces Etats peuvent avoir un impact réel sur la législation et la pratique de cet Etat. C'est ce que l'UE tente de faire dans ses relations avec les pays tiers. Cela étant, même de ce point de vue, il est possible de penser que la fermeté juridictionnelle de tel ou tel Etat requis est de nature à donner davantage de crédibilité à la promotion diplomatique des droits de l'homme.

Toutefois, il est possible que la coopération sollicitée soit soumise à des garanties diplomatiques selon lesquelles certains droits de l'homme ne seront pas violés. C'est le cas précisément en matière de coopération judiciaire pénale, lorsque le refus de coopération est lié à un risque d'atteinte aux droits de l'homme. La préservation de certains droits humains constitue en effet un motif légitime de refus de coopération.

§ II. La préservation de certains droits humains comme motif légitime de refus de coopération

Ce motif de refus est d'abord décelable en droit interne. Le CPP prévoit ainsi deux motifs de refus liés à un risque de violation des droits de l'homme dans l'Etat requérant, le premier étant relatif à la nature de la sanction encourue qui ne doit pas être contraire à l'ordre public⁵⁶⁶ ; le second au respect par l'Etat requérant des garanties procédurales fondamentales⁵⁶⁷. Le respect de ces conditions est bien évidemment assuré par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁶⁸ mais aussi par le Conseil d'Etat⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ L'article 696-4 CPP, 6° dispose ainsi que l'extradition n'est pas accordée, « lorsque le fait à raison duquel l'extradition a été demandée est puni par la législation de l'Etat requérant d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français ».

⁵⁶⁷ Art. 696-4 7° CPP prévoyant que l'extradition n'est pas accordée: « lorsque la personne réclamée, serait jugée dans l'Etat requérant par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense ».

⁵⁶⁸ Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu estimer qu'une peine d'amputation était contraire à l'ordre public français (Cass. crim., 29 novembre 2008, Bull. crim. n° 217). Il y a là violation du droit à ne pas être condamné à une peine inhumaine ou dégradante.

⁵⁶⁹ Le Conseil d'Etat, statuant sur la légalité des décrets d'extradition à l'occasion d'un éventuel recours pour excès de pouvoir, a ainsi pu dégager des principes généraux tirés du droit de l'extradition qui, de manière générale, excluent l'extradition si le système judiciaire de l'Etat demandeur ne respecte pas les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine » (CE, *Lujambio Galdenao* de 1984 ; CE, 14 décembre 1987,

En matière de mandat d'arrêt européen (MAE), le principe de confiance mutuelle semble s'opposer à de telles réserves. Cependant, un motif obligatoire de refus est mentionné dans la Décision-cadre⁵⁷⁰ et dans le CPP⁵⁷¹, en cas de MAE vraisemblablement fondé sur des raisons discriminatoires, lorsqu'il existe des raisons de croire que le mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir en raison du sexe, de la race, de la religion, de l'origine ethnique, de l'orientation sexuelle ou de porter atteinte à la situation de l'intéressé pour d'une de ces raisons⁵⁷².

Il arrive donc que des dispositions conventionnelles, européennes ou internes⁵⁷³ aménagent un certain équilibre entre les nécessités de la coopération et le respect des droits de l'homme. Cependant, cela reste tout de même assez marginal compte tenu de l'importance considérable que revêt le respect des droits de l'homme, surtout en Europe, grâce au mécanisme de contrôle institué par la CEDH.

Ainsi, il est possible, outre ces dispositions particulières, qu'un conflit surgisse entre des obligations internationales ou européennes de coopération et le respect de la CEDH. Or, la CourEDH précise et l'a encore fait récemment, que le respect de la CEDH l'emportait sur tout engagement international fut-il ultérieur⁵⁷⁴.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a eu un rôle précurseur, concernant le respect des droits de l'homme à l'occasion de la coopération judiciaire pénale.

L'arrêt essentiel sur cette question reste l'arrêt *Soering c/ R.-U.* du 7 juillet 1989, à l'occasion duquel elle a estimé que le fait pour un individu devant être extradé vers les Etats-Unis, d'attendre dans « le couloir de la mort », l'exécution de la peine de mort, emporterait

Usizar Murgiotio, RFDA 1989, p. 54) et, de manière plus particulière, excluent « l'extradition d'un étranger peut être refusée si elle est susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée, notamment en raison de son âge ou de son état de santé » (CE, 13 octobre 2000, n° 212865 – CE, 10 février 2006, n° 284771). Ce principe correspond d'ailleurs à une réserve similaire formulée par la France lors de la signature de la Convention européenne d'extradition, selon laquelle « l'extradition pourra être refusée si la remise est susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée, notamment en raison de son âge ou de son état de santé » (Servidio-Delabre Eileen, "Extradition, J.-Cl. Procédure pénale, fasc. 20, 2008, n° 56).

⁵⁷⁰ Déc.-cadre, 13 juin 2002, considérant n° 12.

⁵⁷¹ Article 695-22, 5° CPP.

⁵⁷² V. *supra*.

⁵⁷³ Voir, pour les demandes d'entraides, l'article 694-4 CPP, qui permet de refuser d'exécuter la demande si elle est contraire à l'ordre public français. Le risque d'atteinte aux droits de l'homme est moins prégnant qu'en ce qui concerne les procédures d'extradition ou de remise.

⁵⁷⁴ CourEDH, 2 mars 2010, n° 41698/8, *Al Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*.

violation de l'article 3 CEDH (interdiction des peines inhumaines ou dégradantes), ce qui doit justifier, de la part du Royaume-Uni, signataire de la convention, un refus d'extrader.

Elle pose ainsi dans cet arrêt une obligation, à la charge des Etats parties, de refus d'extradition en constatant une éventuelle violation de la convention (art. 3) en cas d'extradition, de décision contraire. En effet, la violation de l'article 2 protégeant le droit à la vie ne pouvait pas être invoquée, le Royaume-Uni n'ayant pas ratifié à l'époque le Protocole additionnel n° 6 abolissant la peine de mort, sauf dans certaines circonstances. Son abolition ne fut totale qu'à compter de l'entrée en vigueur du protocole additionnel n° 13.

L'interprétation de l'article 3 CEDH par la Cour est audacieuse, puisqu'elle tire de l'article 3, dont la formule ne laisse rien présager de tel (« nul ne peut être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ») :

- la possibilité de prononcer contre l'Etat défendeur le constat d'une violation virtuelle de la Convention (« violerait la Convention »).
- Une obligation de refus d'extradition en cas de risque d'atteinte aux droits formulés par l'art. 3 CEDH, plus particulièrement, s'il existe des raisons sérieuses de croire que l'intéressé risque de subir des traitements inhumains ou dégradants dans le pays de destination.

C'est ainsi un risque d'atteinte qui constitue un obstacle à la coopération, et non une atteinte réalisée. L'atteinte peut certes être réalisée, si en présence d'un tel risque, un Etat requis décide tout de même d'extrader. Dans ce cas, dans le prolongement de la jurisprudence *Soering*, cette décision engage sa responsabilité par rapport à la CEDH.

La solution qui consiste à refuser l'extradition en présence d'un risque d'atteinte aux droits de l'homme n'est toutefois pas radicalement nouvelle.

Ainsi, l'article 3 de la Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, indique qu'aucun Etat partie « *n'extradera une personne vers un autre Etat s'il a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture* ». Les traitements inhumains ou dégradants ne sont cependant pas visés, ce qui, d'emblée, démontre un degré supérieur de protection de la part de la CEDH.

L'arrêt *Soering* apparaît néanmoins décisif, en ce qui concerne l'articulation entre la protection internationale des droits de l'homme et la coopération judiciaire pénale internationale.

Ainsi, le Comité des droits de l'homme, organe chargé de veiller au respect effectif du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a adopté cette jurisprudence dans l'affaire *Joseph Kindler c/Canada*⁵⁷⁵ (décision du 30 juillet 1993), à propos d'une extradition accordée par le Canada aux Etats-Unis d'un individu condamné pour meurtre à la peine capitale⁵⁷⁶.

Par ailleurs, ces solutions dépassent le cadre de la coopération judiciaire internationale pénale, puisque le même problème se rencontre en matière d'expulsions ou de refoulement d'étrangers vers des pays où ils risquent de subir de telles atteintes, et reçoit des solutions comparables, que ce soit de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, ou du Comité des droits de l'homme.

L'existence d'une obligation de refus de coopération en présence d'un tel risque se comprend en équité, mais place le juge interne dans une position relativement inconfortable, pour deux raisons.

D'une part, la jurisprudence de la CourEDH a évolué, sans qu'il soit possible d'affirmer avec certitude que cette évolution est totalement achevée, de sorte que les contours de cette obligation de refus de coopérer apparaissent mouvants (A). D'autre part, il s'agit pour les juges d'apprécier l'existence d'un risque d'atteinte, ce qui se révèle toujours plus ou moins délicat (B).

A. L'étendue mouvante de l'obligation de refus

L'étendue exacte de l'obligation de refus apparaît mouvante dans la mesure où ses contours précis ne sont pas figés. Cela vient du fait que l'obligation tire son existence d'une interprétation téléologique (1) et évolutive (2) de la CEDH par la Cour.

⁵⁷⁵ Constat. Comité DH, *Kindler c/ Canada*, communication n° 470/1991, U.N. DOC. n° CCPR/C/48/D/470/1991, constatations du 18 novembre 1993, RUDH 1994, p. 165.

⁵⁷⁶ Le comité cependant, n'a pas conclu à la violation du pacte, qu'il s'agisse de l'article 6 (droit à la vie) ou de l'article 7 (prohibition des peines ou traitements inhumains ou dégradants), dans la mesure où les circonstances de l'affaire *Soering*, n'étaient pas comparables à celles soumises au Comité. Plus tard, néanmoins, le comité a eu l'occasion d'appliquer cette jurisprudence à plusieurs reprises (ComitéDH, n° 829/1998, *Judge c/ Canada*, déc. 5 août 2003, § 10.6 – ComitéDH, n° 706/1996, *T. c. Australie*, 4 novembre 1997, A/53/40, vol. II, 193, § 8.4).

1) *L'interprétation téléologique de la CEDH*

Cette interprétation en fonction de l'esprit de la Convention (la promotion des droits de l'homme), dont la Cour est coutumière, se situe au fondement de la jurisprudence *Soering* (a), mais justifie aussi l'extension de cette jurisprudence (b) à des risques d'atteinte à des droits autres que celui de ne pas être soumis à la torture ou à des traitement inhumains ou dégradants dont il était question dans l'affaire *Soering*.

a) *Le fondement de la jurisprudence Soering*

Dans cette affaire, la Cour commence par estimer que l'article 3 consacre une des valeurs fondamentales des sociétés qui composent le Conseil de l'Europe.

Ce texte protège en effet un droit que certains qualifient d'absolu dans la mesure où il n'est pas susceptible de dérogations au titre de l'article 15 –qui permet de déroger au respect de certains droits en temps de guerre ou autre danger national– mais aussi parce que l'article 3 lui-même ne prévoit aucune marge d'appréciation au profit des Etats, comme c'est le cas concernant des droits que l'on peut inversement qualifier de relatifs (liberté d'expression...).

De plus, le caractère fondamental de cette interdiction s'étend au-delà du Conseil de l'Europe par le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques et la Convention américaine des droits de l'homme, de 1969 ce qui fait de ce droit une valeur acceptée et promue par la communauté internationale.

La Cour note ainsi l'aversion des nations pour la torture, dont l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture est une manifestation en ce qu'il prévoit interdiction d'extradition vers un Etat où il y a des motifs sérieux de croire que l'intéressé risque d'être soumis à la torture. Il est toutefois difficile de tirer une obligation identique de refus de coopération de l'article 3 CEDH, dont la formulation est bien plus générale.

Mais la Cour n'en relève pas moins qu'un Etat contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, s'il remettait un individu, quelque soit le caractère odieux du crime, à un Etat dans lequel il existe des motifs sérieux de penser qu'il pourrait subir des tortures considérant ainsi que, malgré l'absence de précisions

expresses dans l'article 3 CEDH, une telle décision irait à l'encontre de l'esprit de ce dernier⁵⁷⁷.

A partir de là, la cour en déduit une obligation implicite de ne pas extradater, et elle va encore plus loin que l'article 3 de la Convention des Nation Unies qui ne mentionne que le risque de torture ; il faut, selon la Cour, déduire implicitement de l'article 3 CEDH, une « obligation implicite de ne pas extradater qui s'étend au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'Etat de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par l'article 3 »⁵⁷⁸.

Ainsi, la solution de l'arrêt *Soering* est fondée sur l'article 3, interprété à la lueur des buts de la Convention. Une telle interprétation peut-elle conduire à étendre l'obligation de refus d'extrader à d'autres risques de violation ? Il semble bien que ce soit le cas comme le démontre la jurisprudence ultérieure de la Cour.

b) *Extension de la jurisprudence Soering*

Par principe, il ne devrait pas y avoir de difficulté à admettre l'extension de la jurisprudence *Soering* à **l'article 2 CEDH**, qui a notamment pour conséquences, du moins à l'égard des Etats ayant ratifié le protocole n° 6, puis n° 13, l'abolition de la peine de mort en toute circonstance. Ainsi, l'Etat requis devrait refuser d'extrader s'il existe des raisons sérieuses de croire que l'intéressé sera exécuté en application de la peine capitale. Le Conseil d'Etat a pu considérer qu'il y avait là un motif valable de refus d'extradition en considération du caractère contraire à l'ordre public de la peine de mort⁵⁷⁹.

La jurisprudence de la Cour européenne est également en ce sens, du moins en principe, et rejoint ainsi la position du Comité des droits de l'homme⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Sur ce point, la Cour s'appuie sur le préambule de la Convention qui, faut-il le rappeler fait référence au patrimoine commun au sein du Conseil de l'Europe, « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ».

⁵⁷⁸ § 88 *in fine*.

⁵⁷⁹ Ass., 15 octobre 1993, concl. Vigouroux, RFDA 1993, p. 1166 et obs. H. Labayle, RFDA 1994, p. 21 ; JCP 1994, II, 22 257, note Espuglas. Toutefois, il est fait réserve du cas dans lequel les autorités françaises obtiennent de l'Etat requérant des « garanties suffisantes » selon lesquelles la peine de mort ne sera pas exécutée (en ce sens, également, CE, 8 avril 1998, Stacy, n° 186510 et 186539).

⁵⁸⁰ ComitéDH, n° 829/1998, *Judge c/ Canada*, déc. 5 août 2003, § 10.6 – ComitéDH, n° 706/1996, *T. c. Australie*, 4 novembre 1997, A/53/40, vol. II, 193, § 8.4.

En 2005, dans l'arrêt *Bader et Kanbor c. Suède*⁵⁸¹, la CourEDH a donc admis que « *la responsabilité d'un Etat contractant puisse être engagée au titre de l'article 2 de la Convention ou de l'article 1 du Protocole n° 6 lorsqu'un étranger est renvoyé dans un pays où il court un risque important d'être exécuté en application d'une sentence capitale ou pour une autre raison* »⁵⁸².

En 2009, dans l'arrêt *Kaboulov c. Ukraine*⁵⁸³, elle précise que l'article 2 implique une obligation de ne pas extraditer lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que l'intéressé risque d'être exécuté en application de la peine capitale⁵⁸⁴.

L'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*⁵⁸⁵ rendu en 2010, à l'occasion de la remise de détenus irakiens par les britanniques aux autorités irakiennes donne de plus des précisions sur le fondement de cette obligation de refus qui s'appuie sur l'article 2 de la Convention, ainsi que sur le protocole additionnel n°13, article 1^{er}.

La Cour rappelle que dans le protocole n° 13, les Etats contractants se sont dits « *convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains* ».

Même si, initialement, la peine de mort constituait une exception légitime au droit à la vie, l'évolution de l'occident, visible au cours de l'adoption des protocoles n° 6 et 13 et de leur adoption et ratification progressives par les Etats contractants, permet à la Cour de considérer, dans l'arrêt *Al Saadoon*⁵⁸⁶, que le droit de ne pas être soumis à la peine de mort en toute circonstance, prévu par l'article 1^{er} du protocole n° 13, constitue au même titre que les articles 2 et 3 de la Convention, un droit fondamental qui consacre l'une des valeurs essentielles des sociétés démocratiques qui composent le Conseil de l'Europe. Toutefois, dans cette affaire, elle n'examinera finalement pas la violation de l'article 2, ayant conclu à la violation de l'article 3. L'interprétation de l'article 2 est donc, là encore, fondée sur l'esprit de la Convention et permet, comme dans l'affaire *Soering*, de fonder une obligation de refus, le cas échéant, d'extrader.

⁵⁸¹ CourEDH, 8 novembre 2005, Rec. 2005-XI

⁵⁸² § 42.

⁵⁸³ CourEDH, 19 novembre 2009, n°41015/04.

⁵⁸⁴ CourEDH, 5^{ème} section, 19 novembre 2009, *Kaboulov c. Ukraine*, op.cit. – CourEDH, 8 novembre 2005, *Bader et Kanbor c. Suède*, requête n° 13284/04 – S.R. c. *Suède*, 23 avril 2002, requête n° 62806/00 – CourEDH, 15 mars 2001, *Ismaili c. Allemagne*, requête n° 58128/00.

⁵⁸⁵ CourEDH, 4^{ème} section, 2 mars 2010, requête n°61498/08.

⁵⁸⁶ § 118.

Cependant, en cas de risque d'exécution de la peine de mort, la Cour, jusqu'à présent, semble préférer raisonner sur le terrain de l'article 3. L'affaire *Soering* en est une première illustration, ayant finalement retenu la violation de l'article 3, mais elle n'avait alors pas le choix, dans la mesure où le Royaume-Uni n'avait pas encore aboli la peine de mort. Mais, même dans des affaires récentes, elle préfère se fonder sur la crainte et l'éventuelle incertitude concernant l'exécution, qui occasionne à l'intéressé un degré de souffrance psychique constituant un traitement inhumain au sens de l'article 3⁵⁸⁷.

Toutefois, le fondement de l'article 3 pourrait être écarté au profit de celui du protocole n° 13, en rapport avec l'article 2. Le Comité des droits de l'homme n'hésite ainsi pas pour sa part à invoquer la violation du droit à la vie, même s'il fait également référence au protocole ayant aboli la peine de mort⁵⁸⁸.

Par ailleurs, les articles 2 et 3 ne sont pas les seuls susceptibles de motiver un refus de coopération en cas de risque d'atteinte aux droits de l'homme à l'étranger.

La Cour s'est en effet également fondée sur **l'article 6 CEDH**, précisément en matière d'extradition, en cas de déni de justice flagrant dans l'Etat requérant dans la décision d'irrecevabilité *Einhorn c. France* du 16 octobre 2001⁵⁸⁹, solution également adoptée par le Conseil d'Etat dans la même affaire⁵⁹⁰. La référence à un déni de justice flagrant évoque la violation d'une valeur également essentielle de la Convention : la prééminence du droit et de la justice.

Cela rejoint d'ailleurs un des motifs de refus de l'extradition prévu par le CPP. Dans un arrêt du 9 juillet 2008, la Chambre criminelle a ainsi pu casser l'arrêt d'une chambre d'instruction n'ayant pas examiné concrètement si l'extradé serait jugé dans le respect des garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense⁵⁹¹.

Toutefois, il ne paraît pas envisageable d'étendre la jurisprudence *Soering* au risque d'atteinte à la vie privée et familiale (**article 8 CEDH**) comme c'est le cas en matière d'expulsion ou de refoulement, dans la mesure où il s'agit d'un droit relatif qui ne saurait justifier avec autant de force que pour les articles 2, 3, ou 6 que l'on porte atteinte aux impératifs liés à la coopération judiciaire en matière pénale. La jurisprudence du Conseil d'Etat est d'ailleurs en ce sens en

⁵⁸⁷ Ex. : CourEDH, aff. *Al Saadoon et Mufdhi*, § 144, op. cit.

⁵⁸⁸ Affaires citées *infra*.

⁵⁸⁹ CourEDH, requête n° 71 555/01.

⁵⁹⁰ CE, 12 juillet 2001, *Einhorn*, n° 227747.

⁵⁹¹ Cass. crim. 9 juillet 2008, D. 2008. 2640, note Gréciano.

matière d'extradition⁵⁹², de même que la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de mandat d'arrêt européen⁵⁹³.

A ce stade, que **peut-on conclure sur la portée de la jurisprudence Soering ?**

Il semble que l'obligation joue en présence d'un risque d'atteinte à une valeur essentielle, fondamentale de la Convention au regard de son préambule, du caractère du droit protégé et le cas échéant, d'autres instruments de protection internationale des droits de l'homme. Quant au caractère du droit protégé, les articles 2 et 3 correspondent à des droits cardinaux, absolus, visés par l'article 15 CEDH, qui ne tolèrent pas de dérogations en cas d'état d'urgence⁵⁹⁴.

Partant, on peut se demander si les autres droits absolus également visés par l'article 15, comme l'interdiction du travail forcé ou de l'esclavage (art. 4), ou le respect du principe de la légalité des délits et des peines (art. 7) pourraient aussi servir de fondement à une obligation de refus de coopération.

Rien ne semble l'exclure *a priori*, d'autant que l'article 6 a pu servir de fondement à cette obligation, alors qu'il ne figure pas parmi les droits insusceptibles de dérogation au titre de l'article 15. Cependant, cette solution peut se comprendre si l'on relève que ce n'est pas le simple risque de violation de l'article 6 CEDH qui est invoqué, mais un déni de justice flagrant, radicalement incompatible avec l'idéal de justice et avec la prééminence du droit promu par la Convention dans son Préambule.

Toutefois, à s'en tenir au risque de violation de ces articles, il n'est pas certain que l'étendue de l'obligation de coopérer soit assurément délimitée, car il faut également tenir compte de l'interprétation évolutive de ces textes selon la jurisprudence de la CourEDH qui devrait conduire à une interprétation elle-même évolutive de l'obligation de refus de coopération.

2) L'interprétation évolutive de la CEDH

L'étendue de l'obligation de refus de coopération n'apparaît pas figée en raison du caractère évolutif de la jurisprudence de la CourEDH concernant les articles 2 (a) et 3 (b) au sujet

⁵⁹² CE, 15 juin 2001, D. 2001, I.R., 2803.

⁵⁹³ Cass. crim. 18 juin 2008, n° 08-83.595. V. toutefois, Cass. crim., 12 mai 2010, n° 10-82746, *Bull.* n° 86. Sur cette dernière jurisprudence, v. *supra*.

⁵⁹⁴ sauf acte licite de guerre pour le droit à la vie.

desquels, en outre, elle a tiré des obligations positives à la charge des Etats qui peuvent s'avérer pertinentes dans le cadre des procédures de remise ou d'extradition.

a) *L'interprétation évolutive de l'article 2 CEDH*

La question du risque de l'exécution de la peine capitale n'épuise pas le problème que peut poser la coopération judiciaire pénale au regard de l'article 2. On peut ainsi se demander si un refus d'extrader peut être fondé sur un risque de décès à l'étranger, pour une autre cause que l'exécution de la peine de mort. L'arrêt *Bader et Kanbor c. Suède* le suggère, en évoquant le risque d'une exécution⁵⁹⁵ « pour une autre cause »⁵⁹⁶.

Cependant, la détention d'un individu peut également poser des problèmes au regard de l'article 2, en raison de l'évolution de la jurisprudence de la Cour qui a dégagé des obligations positives de nature substantielle⁵⁹⁷, obligeant les Etats parties, à veiller à la vie et à la santé des individus placés sous leur juridiction, et notamment, pour ce qui nous intéresse ici, concernant les conditions de détention.

L'Etat doit ainsi tout d'abord protéger les individus se trouvant dans un rapport de dépendance par rapport à l'Etat⁵⁹⁸, ce qui concerne particulièrement les personnes placées en détention⁵⁹⁹.

L'Etat doit ensuite protéger les individus contre les risques d'homicide commis par les particuliers comme l'ont affirmé deux arrêts de 2009 : *Bronko Tomašić et autres contre Croatie*⁶⁰⁰ et *Opuz c. Turquie*⁶⁰¹ ce qui peut concerner certaines situations d'insécurité dans les prisons.

⁵⁹⁵ Le terme d'exécution, qui est celui employé par la Cour, vise aussi bien la mise à mort, le meurtre que l'assassinat, bien qu'il soit habituellement réservé à l'exécution de la peine capitale

⁵⁹⁶ Op. cit.

⁵⁹⁷ Voir également l'existence d'obligations positives de nature procédurale, mais non pertinentes ici, obligeant les Etats à enquêter de manière effective, en cas de décès d'une personne placée sous la responsabilité de la puissance étatique (autorités militaires, policières, pénitentiaires) ou en cas de disparition.

⁵⁹⁸ CourEDH, *Glass c. R.-U.*, 9 mars 2004, § 71

⁵⁹⁹ V. notamment CourEDH, *Tais c. France*, 1^{er} juin 2006 au sujet d'une personne blessée et placée en cellule de dégrisement, atteinte du sida, ayant appelé à l'aide toute la nuit, retrouvé morte le lendemain matin.

⁶⁰⁰ CourEDH, 15 janvier 2009, meurtre par un mari de sa femme et de ses enfants alors qu'il avait été condamné 5 ans de prison et à suivre un traitement psychiatrique pour menaces de mort à l'encontre de ces personnes (il avait été libéré quelques temps plus tôt).

⁶⁰¹ CourEDH, 9 juin 2009, violences répétées à son épouse et à sa belle-mère pendant plusieurs années, malgré les plaintes répétées aux autorités demeurées passives. La mère finira par en décéder : violation des articles 2 et 3 CEDH.

Enfin, l'Etat doit protéger les individus contre eux-mêmes ce qui s'applique bien évidemment et par exemple au suicide en détention⁶⁰² et peut également concerner le cas d'un extradé fragile dont on pourrait craindre qu'il attente à ses jours dans l'Etat de destination en raison de conditions de détentions particulièrement pénibles.

Le risque de mort apparaîtra toutefois très difficile à caractériser, dans la mesure où l'insécurité qui peut régner dans certaines prisons ou les mauvaises conditions de détention, emportent rarement de manière suffisamment prévisible un risque d'atteinte à la vie. Ainsi, plus vraisemblablement, c'est l'article 3 CEDH qui devrait être pertinent dans ces hypothèses, l'insécurité ou des conditions de détentions pouvant constituer de façon plus prévisible des traitements inhumains ou dégradants.

De plus, au titre des obligations positives résultant de l'article 2, la Cour va même jusqu'à admettre, dans une certaine mesure, l'obligation positive de protéger la santé des individus⁶⁰³, à propos de détérioration de l'environnement, ce qui est peu pertinent ici. Toutefois, on peut se demander si une maladie mortelle ne pouvant pas être convenablement soignée à l'étranger, ne pourrait pas justifier un refus d'extradition.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est en ce sens⁶⁰⁴ et la CourEDH, en matière d'expulsion a pu s'engager dans cette voie, dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*⁶⁰⁵ où, s'appuyant sur des circonstances exceptionnelles et des considérations humanitaires impérieuses⁶⁰⁶, elle a considéré que le fait de souffrir du Sida pouvait occasionner un traitement inhumain. La violation de l'article 2 était invoquée en l'espèce, mais a cependant été écartée comme n'étant pas nécessaire dans la mesure où la violation de l'article 3 était constatée, à partir des souffrances auxquelles l'intéressé était exposé en cas de renvoi à l'étranger.

De telles conditions sont cependant rarement réunies comme en témoigne la jurisprudence antérieure⁶⁰⁷ comme postérieure de la CourEDH⁶⁰⁸.

Il est vrai que dans de telles hypothèses, le risque de mort dû à une décision d'éloignement posant des difficultés d'appréciation du lien de causalité, il est plus aisé d'invoquer la

⁶⁰² CourEDH, 16 octobre 2008, *Renolde c. France* : suicide en détention provisoire d'un individu souffrant de troubles psychotiques alors qu'il avait fait l'objet d'une sanction disciplinaire très dure ; 45 jours de cellule disciplinaire. Pas de transfert en hôpital psychiatrique envisagé, médicaments remis pour plusieurs jours...

⁶⁰³ CourEDH, 18 juin 2002, *Oneryildiz c. Turquie*, RTDH 2003. 261, note Laurent, au sujet de détériorations de l'environnement dangereuses pour l'individu.

⁶⁰⁴ Se fondant sur l'article 3 CEDH ou sur les principes généraux tirés du droit de l'extradition : CE, 27 novembre 1996, *Laloui*, req. n° 158182 – CE, 15 octobre 2000, *Kozirev*, n° 212865.

⁶⁰⁵ CourEDH, *D. c. Royaume-Uni*, 21 avril 1997.

⁶⁰⁶ § 54

⁶⁰⁷ Voir l'abondante jurisprudence citée dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*.

⁶⁰⁸ CourEDH, gr. ch., 27 mai 2008, requête n° 26565/05, *N. c. Royaume-Uni*.

violation de l'article 3, en raison des souffrances subies par une maladie incurable en phase terminable et en l'absence de soins ou de structures palliatives appropriées.

b) *L'interprétation évolutive de l'art. 3 CEDH*

Concernant les actes de torture, la jurisprudence de la Cour se montre résolument évolutive⁶⁰⁹, puisqu'elle estime que « *le niveau croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* »⁶¹⁰.

Cela étant, il n'y a là qu'un problème de qualification puisqu'à défaut de tortures, la Cour peut retenir des traitements inhumains ou dégradants. L'interprétation de cette dernière notion est dès lors essentielle et se fait, assez logiquement, de manière également évolutive, la convention devant se lire à la lueur des conditions de vie actuelles.

L'obligation de refus de coopérer doit donc valoir aussi bien pour éviter les traitements inhumains ou dégradants que les actes de torture. La jurisprudence *Soering* évoque d'ailleurs les traitements inhumains ou dégradants. Toute peine ou traitement encouru et tombant sous le coup de cette qualification devra donc fonder un refus de coopération.

Le domaine de l'interdiction de coopération est par conséquent très étendu.

Quant aux peines, sont ainsi interdits les châtiments corporels⁶¹¹, les peines incompressibles⁶¹². Sont par ailleurs constitutifs de traitements inhumains ou dégradants, les mauvaises conditions de détention⁶¹³, ou le fait de maintenir en détention une personne gravement handicapée⁶¹⁴, gravement malade⁶¹⁵ ou âgée⁶¹⁶.

⁶⁰⁹ CourEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*.

⁶¹⁰ Arrêt *Selmouni c. France* op. cit.

⁶¹¹ CourEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*.

⁶¹² Ex. : CourEDH, 12 février 2008, *Karfkaris c. Chypre*.

⁶¹³ CourEDH (gr.ch.), 6 avril 2000, *Labita c. Italie*, RTDH 2001, p. 117, obs. M.-A. Beernaert.

⁶¹⁴ CourEDH, 10 juillet 2001, *Price c. Royaume-Uni*.

⁶¹⁵ CourEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne* – CourEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*.

⁶¹⁶ CourEDH, 7 juin 2001, *Papon c. France*.

Ces éléments peuvent être identifiés de la part d'un Etat étranger sollicité dans le cadre d'une coopération judiciaire. Le risque peut donc être évalué et justifier un refus de coopérer, un refus d'extrader.

La Cour a conféré une portée encore plus étendue à l'article 3, dégageant des obligations positives à la charge des Etats parties, de protection contre les traitements inhumains ou dégradants émanant de tiers, par exemple, pour ce qui nous intéresse, en cas de sévices subis de la part de codétenus⁶¹⁷ (affaire *Preminity c. Russie*). Là encore l'insécurité dans certaines prisons pourrait donc logiquement motiver un refus d'extrader.

Cependant, au titre des obligations positives, c'est relativement à des procédures d'éloignement de nature administrative que la Cour a eu l'occasion de constater un risque de violation. La Cour ainsi, a pu tenir compte des persécutions de la communauté Tamoule au Sri-Lanka dans l'affaire *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, ou des agissements des forces de sécurité au Pendjab en Inde, contre les militants sikhs, dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*. Toutefois, dans ces deux affaires, le risque de violation n'a pas été constaté⁶¹⁸.

Cette hypothèse pourrait cependant également se rencontrer en matière d'extradition. L'article 2 serait alors laissé de côté au profit de l'article 3, pour des raisons fondées sur la difficulté de prouver le risque de mort, le risque de mauvais traitements étant plus facile à caractériser.

L'obligation de refus de coopération peut donc se révéler très étendue, cependant, elle est soumise à des conditions propres à en réduire la portée mais dont l'appréciation peut être délicate.

B. L'appréciation délicate de l'obligation de refus

Deux difficultés surgissent plus particulièrement. Elles proviennent d'une part de la juridiction qui doit se livrer à l'appréciation et qui dispose de moyens légaux d'investigation qui peuvent paraître limités (1), d'autre part, de l'appréciation d'un risque qui est toujours délicate, même si ses modalités d'appréciation ont pu être précisées par la Cour (2).

⁶¹⁷ CourEDH, 10 février 2001, *Preminity c. Russie*.

⁶¹⁸ CourEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, série A n° 215 – CourEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Rec. 1996-V.

1) Les moyens d'investigation relatifs aux risques d'atteinte

Des moyens d'investigations (b) existent relativement aux procédures concernées (a) et devant les juges tant internes qu'euro péens.

a) Les procédures pertinentes : l'extradition et de mandat d'arrê t européen

Il convient avant tout de préciser le cadre dans lequel la compétence de ces juges doit être envisagée, c'est-à-dire la procédure de coopération en cause.

D'emblée, il est possible d'exclure les demandes d'entraide judiciaire, en raison de leur faible enjeu. Par leur objet, elles n'ont en effet pas pour conséquence l'éloignement à l'étranger d'une personne susceptible d'y subir des atteintes graves à ses droits humains essentiels.

Toutefois, cette atteinte peut advenir, par exemple dans le cadre de commission rogatoires internationales, mais sera évitée ou réparée différemment.

Dans ce cadre, la mesure peut par exemple être exécutée dans un Etat qui ne garantit pas le même niveau de protection des droits fondamentaux. Les droits en cause seront principalement les droits procéduraux, la protection de droits substantiels absolus ou relatifs ne paraissant pas pertinente :

- En ce qui concerne les droits procéduraux (droit à un procès équitable), il est en effet possible que la commission rogatoire ait pour objet des interrogatoires de témoins dont les modalités seraient contraires au principe de l'égalité des armes, la personne poursuivie en Europe ne pouvant pas effectuer de contre-interrogatoire.
- En ce qui concerne les droits substantiels, s'il est certes envisageable qu'une perquisition porte atteinte au respect de la vie privée, c'est alors la personne concernée par la perquisition qui subit l'atteinte et non la personne poursuivie en France.

Pour se limiter donc au cas de violation de droits procéduraux lors de l'exécution de la commission rogatoire à l'étranger, il peut être décisif d'alléguer la violation de ces droits afin d'obtenir l'annulation de la pièce fournie par les autorités étrangères. Néanmoins, il conviendrait alors, tant au stade interne que devant la CourEDH, d'apprécier la conformité du droit et de la pratique étrangère concernant cette commission rogatoire.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer, en matière de pédopornographie, sur l'irrecevabilité d'une preuve obtenue à l'étranger et qui

résultait d'une provocation à l'infraction⁶¹⁹. Bien sûr, il ne s'agit pas de prononcer la nullité de la preuve, mais son irrecevabilité, sanction procédurale différente mais aux effets comparables.

En outre, il est également possible d'envisager devant la CourEDH la responsabilité de l'Etat d'émission d'une commission rogatoire dont le résultat méconnaissant certains droits procéduraux serait admis comme moyen de preuve. En effet, la CourEDH étant compétente à l'égard des personnes relevant de la juridiction des Etats parties (art. 1^{er} CEDH) pourra donc exercer son contrôle dans cette hypothèse

Cela étant, la préservation des droits procéduraux ne conduit pas en ce cas à un refus de coopération mais constitue malgré tout un obstacle à cette coopération puisque si l'Etat requis est connu comme violant systématiquement ces droits, les autorités judiciaires éviteront de le solliciter, évitant ainsi une annulation ultérieure.

Cette hypothèse relativement marginale en pratique est donc à exclure.

Restent alors, bien sûr, les procédures d'extradition et les procédures de remise dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen.

Ce sont les demandes d'extradition qui justifient la mise en œuvre, devant la Cour européenne et devant les juridictions internes de la jurisprudence *Soering*, arrêt précisément rendu en matière d'extradition.

Mais il est possible d'envisager l'application de cette jurisprudence dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen. Le fait que les Etats ayant transposé la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen soient également parties à la Convention, ne peut en effet s'opposer, en principe, du moins, à ce que l'on envisage d'appliquer la jurisprudence *Soering* dans ce cadre. Le risque d'atteinte étant apprécié concrètement par la CourEDH, qu'importe, par conséquent, les engagements internationaux de l'Etat de destination, et cela, même s'il est signataire de la

⁶¹⁹ Cass. crim. 7 février 2001, Procédures 2007 n° 147, obs. J. Buisson. Le problème concernait en l'espèce une preuve obtenue de façon déloyale, car les policiers avaient agi par provocation à l'infraction et non à la preuve : ils avaient en effet créé un site de pédopornographie afin d'attirer des délinquants et ensuite de les poursuivre en justice alors qu'à défaut de ce site, rien ne dit que les infractions auraient malgré tout été commises. Le droit français et européen distingue la provocation à l'infraction (preuve déloyale irrecevable) et la provocation à la preuve. La déloyauté de la preuve a pour conséquence son irrecevabilité en l'espèce, puisqu'il ne saurait être question de demander la nullité d'un acte de procédure accompli à l'étranger (sauf à la demander devant la juridiction étrangère...). De toute manière, en France, la déloyauté d'un procédé de preuve est sanctionnée par l'irrecevabilité de cette preuve et ne donne pas lieu à l'application des articles 171 et 803 du CPP, prévoyant la nullité d'un acte de procédure en cas de violation d'une formalité ayant porté atteinte aux intérêts de la personne concernée.

CEDH. D'ailleurs, si cela suffisait à respecter les droits de la Convention, nul arrêt de condamnation ne serait jamais rendu par la CourEDH ce qui est loin d'être le cas.

Une comparaison avec la jurisprudence de la Cour en matière d'expulsion est ici particulièrement éclairante.

Dans l'arrêt *T. I. c. Royaume-Uni*, la Cour a en effet appliqué cette solution dans le cadre d'une expulsion du Royaume-Uni vers l'Allemagne qui risquait ensuite d'expulser l'intéressé vers le Sri Lanka, où il s'exposait à des persécutions⁶²⁰. La Cour y a rejeté l'argument du gouvernement selon lequel la qualité de l'Etat de destination, partie à la Convention, dispenserait les autorités d'examiner le risque d'atteinte aux droits de l'homme en cas d'expulsion pour conclure, cependant que, dans cette affaire, le risque n'était pas suffisamment caractérisé.

Toutefois, la solution a été reconduite début 2011 concernant l'expulsion d'un requérant arrêté en Belgique vers la Grèce, à l'occasion de laquelle les autorités belges auraient dû vérifier si, concrètement, la Convention y était respectée, et notamment son article 3, relativement aux conditions de détention des étrangers⁶²¹. Cette fois-ci l'expulsion avait eu lieu et le problème était posé de savoir si elle emportait violation de la convention au regard de l'obligation d'abstention en cas de risque d'infraction à l'article 3 CEDH. La Cour retient la responsabilité de la Belgique et relève à cette occasion que la présomption d'équivalence de protection, mise en avant par la Cour elle-même dans l'arrêt *Bosphorus*⁶²² ne s'applique pas ici⁶²³. En effet, elle ne joue pas à l'égard de mesures relevant du pouvoir des autorités internes, comme en matière d'expulsion, contrairement à l'hypothèse de l'arrêt *Bosphorus* où les autorités avaient exécuté une décision communautaire.

L'expulsion pouvait donc être refusée en dépit des engagements internationaux en la matière qui laissent cette décision à la compétence des Etats, de sorte qu'il semble possible de transposer ce raisonnement au mandat d'arrêt européen.

En ce qui concerne le mandat d'arrêt européen, on serait peut-être tenté d'objecter que les textes internes et de l'union européenne ne prévoient pas ce motif de refus de remise fondé sur la nécessité de respecter les droits fondamentaux. Mais il convient d'observer qu'il en est de même en matière d'extradition, où l'obligation de refus est fondée, non sur les textes mais

⁶²⁰ CourEDH, 7 mars 2000, *T. I. c. Royaume-Uni*, n° 43844/98

⁶²¹ CourEDH, *M.S.S. c. Belgique*, 21 janvier 2011, n° 30696/09

⁶²² CourEDH, *Bosphorus...c. Irlande*, 30 juin 2005, n° 45036/98.

⁶²³ CourEDH, *M.S.S. c. Belgique*, op. cit. § 340.

sur la jurisprudence de la Cour et son caractère contraignant. Ainsi, il serait vain d'arguer que rien de tel n'est précisé dans les textes du Code de procédure pénale français concernant le mandat d'arrêt européen ou dans la décision-cadre. De plus, la décision-cadre n'est pas tout à fait muette puisque son considérant n° 13 indique que « *Nul ne devrait être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». La notion d'éloignement suppose peut-être qu'un mandat d'arrêt européen est concerné par cette obligation de refus⁶²⁴.

b) *Les moyens d'investigations à disposition des juges internes ou européens*

L'appréciation de cette obligation de refus de coopérer incombe à la fois au juge interne et, le cas échéant, à la CourEDH mais, dans un cas comme dans l'autre, impose certaines investigations.

Au stade interne, une chambre d'instruction peut ainsi surseoir à statuer dans l'attente de renseignements complémentaires de l'Etat d'émission ou de l'Etat requérant⁶²⁵. Il est également prévu que l'Etat requérant puisse intervenir à l'audience⁶²⁶.

Quelle que soit la juridiction concernée, il semble très certainement qu'elle doive tout mettre en œuvre pour obtenir des renseignements lui permettant d'apprécier l'existence d'une éventuelle obligation de refus d'exécution. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu estimer, dans le cadre d'une procédure de remise, que l'arrêt d'une chambre de l'instruction devait être cassé pour n'avoir pas tenu compte des allégations de l'intéressé qui craignait, à la suite de son extradition vers le Portugal, être renvoyé en Iran alors qu'il bénéficiait en France du statut de réfugié⁶²⁷.

Au stade européen, et au-delà du fait qu'elle a assoupli ses conditions de saisine tenant à la qualité de victime du requérant en se contentant d'une victime potentielle⁶²⁸, la CourEDH a pris l'habitude d'ordonner des mesures provisoires, enjoignant à l'Etat défendeur de surseoir à

⁶²⁴ V. *supra*.

⁶²⁵ Pour le MAE, voir art. 695-33 CPP.

⁶²⁶ Article 696-16 CPP pour l'extradition et 695-30 CPP pour le MAE.

⁶²⁷ Cass. crim. 7 février 2007, Bull. crim. n° 39 ; AJ pénal 2007. 188, obs. Royer.

⁶²⁸ CourEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, série A n° 28 – CourEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, op. cit.

la décision d'éloignement du territoire⁶²⁹. Pour ce faire, la Cour, afin de statuer, se fonde sur les éléments fournis par les parties, mais également sur les éléments qu'elle aura elle-même pu collecter⁶³⁰. Il convient de souligner que les réticences, sur le terrain des autorités de l'Etat défendeurs pourront être interprétées par la Cour en sa défaveur⁶³¹.

2) Les difficultés d'appréciation du risque d'atteinte aux droits fondamentaux

L'appréciation d'un risque pose toujours des difficultés, même si la jurisprudence européenne essaie, dans la mesure du possible, de faciliter la tâche des juges tant internes qu'euro péens en exigeant que le risque revête certains caractères et en précisant les modalités d'appréciation de ce risque.

- Les caractères du risque

Le principal problème d'appréciation provient de la vraisemblance du risque. Plus particulièrement, il doit exister des raisons sérieuses de penser que l'individu risque de subir certaines atteintes. Cette exigence est constante, tant de la part de la Cour européenne⁶³² que de la part des autres organes internationaux de contrôle des droits de l'homme⁶³³. L'atteinte doit donc être suffisamment prévisible⁶³⁴.

D'évidence, ce type d'appréciation est toujours délicat mais, c'est alors davantage une question de fait qu'une question de droit. Toutefois, la Cour donne certaines indications permettant de guider les juges internes et de préciser sa jurisprudence quant aux modalités d'appréciation du risque.

⁶²⁹ Le non-respect de ces mesures provisoires s'analyse comme une entrave à l'exercice efficace du droit de recours individuel et une violation de l'article 34 de la Convention : CourEDH, 6 février 2003, *Mamatkoulov et Abdurasulovic c. Turquie*, RTDH 1991, p. 205, obs. H. Tigroudja, concernant le refus de la Turquie de surseoir à l'extradition des requérants.

⁶³⁰ Ex. : CourEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., § 107.

⁶³¹ Voir arrêt *Chamaïev*, où les mesures provisoires n'ont cependant pas été exécutées, mais où les autorités ont montré une certaine mauvaise volonté, concernant les investigations de la délégation envoyée par la Cour.

⁶³² CourEDH, arrêt *Soering*, op. cit., § 82. Voir également : CourEDH, 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, § 71, l'arrêt parlant de risque réel.

⁶³³ Constat ComitéDH, 18 novembre 1993, *Kindler c. Canada*, § 13.2 – Constat ComitéDH, 7 février 1994, *Ng c. Canada*, § 14.2

⁶³⁴ Voir la jurisprudence du Comité des droits de l'homme sur ce point.

- Les modalités d'appréciation du risque

Deux éléments sont progressivement précisés par la jurisprudence de la CourEDH : le moment d'appréciation du risque fondant l'obligation de refus et les modalités d'appréciation de la vraisemblance de ce risque.

En ce qui **concerne le moment d'appréciation du risque**, il doit s'agir en principe du moment où la décision d'éloignement est prise par l'Etat défendeur, ce qui est logique. Toutefois, lorsque la mesure n'a pas été exécutée, comme par exemple une expulsion dans l'affaire *Saadi c. Italie*⁶³⁵, la période à prendre en compte est celle de la procédure devant la Cour. Cette dernière ne se borne pas en effet à analyser la situation à la date du prononcé de la décision interne définitive ordonnant l'expulsion. Il en ira logiquement de même en cas de décret d'extradition ou à la suite d'un arrêt de la chambre de l'instruction ordonnant la remise dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen.

Quant à la vraisemblance du risque, la cour doit examiner les conséquences prévisibles du renvoi du requérant dans le pays de destination, compte tenu de la situation générale de celui-ci et des circonstances propres au cas de l'intéressé⁶³⁶. Le risque peut donc être apprécié de deux points de vue :

- **D'un point de vue général**, il faudra donc examiner la législation de l'Etat de destination, ses pratiques au regard des peines prévues, exécutées et des conditions de détention avant et après jugement.

Concernant les peines encourues, il faut évaluer le risque que l'extradé se voit condamné à la peine de mort ou à des peines inhumaines ou dégradante en fonction des chefs d'accusation et même, dans certains Etats, des attitudes des autorités poursuivantes. Le même raisonnement doit prévaloir concernant de mauvaises conditions de détention, l'insécurité qui peut régner en détention ou la situation d'un extradé malade, âgé ou handicapé.

Ce type de risque peut être évalué à partir des constatations d'organismes ou d'experts internationaux. Toutefois, la Cour admet, à la suite d'ailleurs de la jurisprudence interne, que l'Etat de destination puisse fournir des garanties diplomatiques selon lesquelles l'intéressé ne sera pas exposé à de tels risques.

⁶³⁵ CourEDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06

⁶³⁶ CourEDH, *Saadi, c. Italie*, n° 37201/06, op. cit. § 130.

Bien entendu, encore faut-il que ces garanties soient crédibles, comme la Cour a eu l'occasion de l'indiquer dans l'affaire *Ismoilov c. Russie*⁶³⁷. Dans cette affaire concernant l'extradition d'étrangers soupçonnés d'avoir commis des actes de terrorisme, la Cour a ainsi estimé que les assurances diplomatiques données par l'Etat de destination n'offraient pas une garantie sérieuse contre le risque de mauvais traitements, étant donné que la pratique de la torture y est décrite comme systématique par des experts internationaux réputés.

- **Du point de vue de la situation particulière de l'intéressé**, le risque peut paraître plus ardu à démontrer, dans la mesure où il incombera plus naturellement à l'individu d'étayer ses allégations.

Cependant, lorsque le risque est lié à la persécution de minorités ou d'opposants politiques, la Cour pose une présomption de vraisemblance de ce risque à l'égard des membres de ces minorités, eu égard à la situation du pays telle qu'elle peut être connue.

Par exemple, au sujet d'une expulsion vers la Somalie, la Cour a estimé dans l'arrêt *Salah Sheekh c. Pays-Bas*⁶³⁸ qu'on ne saurait exiger du requérant qu'il démontre l'existence d'éléments distinctifs spécifiques et personnels pour montrer qu'il était et continuait d'être exposé personnellement à un risque, sauf à rendre illusoire la protection de l'article 3 CEDH. Elle précise que, si la simple éventualité d'un risque de mauvais traitements est insuffisante pour donner lieu à une violation de l'article 3, en l'occurrence il existait un risque prévisible.

La CourEDH manifeste ainsi une attitude prudente, allant dans le sens d'une protection effective des droits essentiels des individus susceptibles de faire l'objet de mesures d'éloignement, même si cela constitue un frein à la coopération judiciaire pénale.

De manière générale, et pour conclure, cette volonté de protection effective, en matière d'extradition et de mandat d'arrêt européen aboutit, le cas échéant, à une obligation de refus de coopération dont les contours peuvent paraître mouvants et obligeant à une appréciation juridictionnelle délicate.

Cependant, cette obligation relève de situations de risque de très graves violations des droits de l'homme et constitue un garde-fou très certainement indispensable pour que la coopération

⁶³⁷ CourEDH, 24 avril 2008, n° 2947/06

⁶³⁸ CourEDH, 11 janvier 2007, n° 1948/04. Voir, déjà en ce sens : Cour EDH, *Chahal c. Royaume-Unis*, op. cit.

puisse se construire dans le respect des droits humains les plus essentiels des individus sans que ce respect ne serve abusivement à paralyser cette coopération.

C'est bien ce risque de paralysie qui cantonne cette solution permettant de légitimer un refus eu égard au respect des droits de l'homme et qui implique que des violations moins graves pourraient être tolérées et ainsi sacrifiées sur l'autel de la coopération.

Bien entendu, cette issue ne saurait être satisfaisante. Pour l'éviter, il convient de construire des espaces répressifs garantissant harmonieusement les droits de l'homme à l'échelle de chaque Etat membre. C'est possible dans un espace intégré de protection tel que l'Union européenne. Toutefois, cet espace pose un problème d'unicité ou de pluralité d'instruments de protection en passe d'être résolu par l'adhésion de l'UE à la CEDH. Ainsi, il sera alors possible d'élaborer des instruments de coopération garantissant le respect des droits de l'homme.

Section 2 : La coopération entre Etats ou espaces juridiques soumis à une protection identique ou équivalente des droits humains, L'exemple européen et la mise en cohérence des instruments de protection comme condition de la reconnaissance mutuelle

Ces dernières années, la coopération répressive s'est particulièrement développée au sein de l'Union européenne. Bien sûr, le Conseil de l'Europe a suscité, depuis sa création, l'élaboration et la signature de conventions organisant cette coopération. Cependant, dans la mesure où les Etats membres du Conseil de l'Europe sont également parties à la CEDH, le respect des droits de l'homme dans les procédures de coopération entre ces Etats européens bénéficie d'une garantie d'effectivité par le recours à la Cour européenne des droits de l'homme contre l'Etat dans lequel la mesure de coopération a été exécutée. La question relève dès lors de l'étendue de la protection de la CEDH à l'occasion de telles procédures, qui peut d'ailleurs, à certains égards, apparaître plus ou moins satisfaisante.

Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que l'adhésion de l'Europe à la CEDH garantit dans les relations de coopération entre Etats une protection identique ou du moins équivalente des droits de l'homme. Si ce n'était pas le cas, cela donnerait lieu à condamnation de la part de la CourEDH à l'égard de l'Etat ne fournissant pas de garanties suffisantes.

A ce stade du raisonnement, il n'y aurait donc aucune difficulté, hormis l'intérêt d'évaluer le degré de protection garantie, ce qui relève de manière classique de l'étude du droit européen des droits de l'homme, en matière de coopération répressive.

Cela étant, il apparaît plus intéressant de soulever une difficulté d'ordre normatif. Compte tenu du souci grandissant des Etats européens de garantir, voire, de promouvoir le respect des droits de l'homme, y compris dans le domaine répressif et transnational, et donc également dans le cadre de l'internationalisation de la justice pénale, les Etats sont actuellement confrontés à une dualité d'instruments protecteurs des droits de l'homme : la CEDH et la Charte européenne des droits fondamentaux.

Ce problème, en réalité, n'est pas très récent, car avant même l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, la Cour de justice de la communauté européenne tenait compte des droits fondamentaux, en s'inspirant des traditions constitutionnelles des Etats et de la CEDH. Cette prise en compte n'a cessé de s'accroître et trouve son aboutissement dans l'adoption de

la Charte des droits fondamentaux, désormais à valeur juridique, depuis l'adoption du traité de Lisbonne.

Ainsi, l'exemple européen paraît constituer un laboratoire intéressant pour le reste de la communauté internationale, concernant les modalités de protection des droits fondamentaux à l'occasion de l'internationalisation de la justice pénale. En droit international, il existe également une pluralité d'instruments protecteurs des droits fondamentaux, bien qu'ils ne soient pas tous dotés de la même force contraignante. Les solutions déjà adoptées ou même seulement envisageables pourraient ainsi constituer un guide ou, du moins, donner une idée des difficultés pratiques que la protection des droits de l'homme dans les procédures de coopération répressive peut susciter.

A ce titre, il convient de préciser les modalités d'agencement des instruments protecteurs des droits de l'homme en Europe (§ I), avant d'examiner la manière dont les procédures de coopération répressive appelées à s'intensifier dans le cadre de l'Union européenne peuvent ou même doivent se développer dans le respect des droits fondamentaux (§ II).

§ I. L'agencement des instruments protecteurs des droits de l'homme en Europe

Le premier instrument européen de protection générale des droits de l'homme est la CEDH adoptée le 4 novembre 1950 dans le cadre du Conseil de l'Europe. La charte des droits fondamentaux ne date que du 7 décembre 2000. Mais c'est bien avant l'adoption de la charte que la question de la pluralité des instruments de protection s'est posée en raison de la prise en compte des droits fondamentaux par la CJCE.

La Cour de justice a en effet été très tôt confrontée au respect des droits de l'homme par le droit communautaire et estime depuis le début des années 1970 que « *le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ; la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* »⁶³⁹. La Cour de Justice garantit donc le respect des droits fondamentaux, mais par le biais des principes généraux du droit communautaire.

⁶³⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70 : *Rec.*, p. 1125 - CJCE 12 déc. 1969, *Stauder*, 29/69, *Rec.*, p. 419.

A ce titre, selon sa jurisprudence, la CEDH revêt une « *signification particulière* ». Elle reconnaît que les engagements internationaux des Etats membres relatifs à cette protection peuvent servir d'indication⁶⁴⁰, ce qui concerne de manière privilégiée la CEDH⁶⁴¹.

Ce constat n'est pas propre à la matière pénale, il est général. Sur le fondement de principes généraux du droit communautaire, la Cour de justice fait souvent référence aux articles de la CEDH et se réfère expressément à la jurisprudence de la CourEDH par l'intermédiaire de ses arrêts principaux sur telle ou telle question.

Bien plus, dans la mesure où la protection des droits fondamentaux passe par les principes généraux du droit communautaire, cette protection dépasse ce qui est exprimé par la Convention européenne des droits de l'homme qui sur tel ou tel point, ne constitue qu'une illustration particulière de ces principes.

Ainsi, en matière pénale, la Cour de justice a admis comme principe généraux du droit communautaire, le droit au respect de la vie privée⁶⁴², à un procès équitable⁶⁴³, le principe de la légalité criminelle⁶⁴⁴ et de la non-rétroactivité de la loi pénale⁶⁴⁵, le droit au juge⁶⁴⁶, le respect des droits de la défense⁶⁴⁷, le principe de l'inviolabilité du domicile⁶⁴⁸, le droit à une protection juridictionnelle efficace⁶⁴⁹.

Mais figurent également parmi les principes du droit communautaire permettant la promotion des droits fondamentaux, le principe de proportionnalité ou encore d'égalité dans leurs déclinaisons comme par exemple le principe d'égalité dans l'organisation même de la procédure pénale⁶⁵⁰. De plus, la Cour de justice vérifie également le respect de certains droits fondamentaux expressément prévus par les traités fondateurs et qui peuvent parfois avoir une incidence en matière pénale, comme le principe de non-discrimination. Cet ensemble de références à la fois internes et externes à la Communauté a permis à la Cour de faire preuve d'un véritable volontarisme dans la promotion des droits fondamentaux. On peut ainsi avoir

⁶⁴⁰ CJCE, 14 mai 1974, *Nold II*, 4/73 : Rec. p. 491

⁶⁴¹ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75 : Rec. p. 1219 – J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, Dalloz, 3^{ème} éd. n° 492.

⁶⁴² CJCE, Panasonic, 173/79, Rec. 1980, p. 2033.

⁶⁴³ CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, 98/79 : Rec. p. 691

⁶⁴⁴ CJCE, *Société Könecke et Office fédéral de régulation des marchés agricoles*, 117/83 : J. Biancarelli, « Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale », RSC 1987, p. 131.

⁶⁴⁵ CJCE, 20 juillet 1985, *Kirk*, 63/83 : Rec., p. 2689

⁶⁴⁶ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84 : Rec. p. 1651

⁶⁴⁷ CJCE, 7 juin 1986, *Musique Diffusion Française*, aff. n° 100 à 103/80 : Rec., p. 1825

⁶⁴⁸ CJCE, 21 septembre 1989, aff. 46/87 et 227/88, *Hoechst* : Rec., p. 2859

⁶⁴⁹ CJCE, 26 avril 1994, *Roquette*, C 228/92 : Rec., p. I-1445

⁶⁵⁰ J. Biancarelli, op. cit., p. 138.

une vision plus large des droits fondamentaux par rapport aux droits de l'homme ou aux libertés fondamentales visées par la CEDH.

De ce point de vue, le développement de la construction européenne s'est accompagné d'une prise en compte croissante de ces droits, mais non sans heurts.

Ainsi, dans un avis du 28 mars 1996, la Cour de justice se prononce en défaveur d'une adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. Selon elle, la Communauté n'a pas la compétence requise pour y adhérer, ce qui ne serait envisageable que dans le cadre d'une révision des Traités fondateurs.

Dans un premier temps, la solution de l'adhésion est donc écartée, mais les Traités intègrent la jurisprudence de la Cour de justice sur le respect des droits fondamentaux. Le Traité sur l'Union européenne (TUE) indiquait ainsi dans son article 6.2 tel que résultant du Traité d'Amsterdam que « *l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres en tant que principes généraux du droit communautaire* »⁶⁵¹. Et en vertu de l'article 46. d) TUE, la Cour de justice contrôle la compatibilité des actions des institutions avec les droits fondamentaux tels que relevés dans l'article 6.2 TUE.

Le Traité de Lisbonne va cependant beaucoup plus loin. L'article 6 TUE dispose désormais que l'Union adhère à la CEDH (art. 6.2) et que les droits fondamentaux garantis par la CEDH et résultant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux (art. 6.3).

Ainsi, entre temps, le souci d'accompagner la construction européenne d'une protection effective des droits fondamentaux a permis l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le principe est arrêté lors du sommet de Tempere en octobre 1999. Elle est signée lors du sommet de Nice, le 7 décembre 2000. La Charte reprend les droits proclamés par la Convention européenne des droits de l'homme mais va bien au-delà, puisqu'elle énumère également des droits sociaux. L'article 6.1 TUE issu du Traité de Lisbonne précise que l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux, laquelle a la même valeur juridique que les traités fondateurs.

⁶⁵¹ Ancien article F-2 du Traité de Maastricht.

Nous sommes donc désormais face à un dualisme des instruments protecteurs des droits de l'homme en Europe appelés à jouer un rôle en matière de coopération répressive entre Etats européens.

Après avoir joué un rôle moteur dans la promotion des droits fondamentaux au sein des communautés européennes et de l'Union européenne, la Cour de justice a désormais un nouvel instrument juridique, mais aussi une nouvelle contrainte juridique.

- Un **nouvel instrument juridique**, puisque la Charte des droits fondamentaux est dorénavant contraignante.

- Une **nouvelle contrainte juridique**, qui pourrait résulter de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme. L'UE pourrait se retrouver partie à un litige devant la Cour européenne des droits de l'homme en cas de requête individuelle et s'exposer à un arrêt de condamnation en cas de non-respect des droits fondamentaux ou en cas d'interprétation divergente de ces droits⁶⁵². L'adhésion permettrait un contrôle juridictionnel externe sur le respect des droits fondamentaux par l'Union européenne et donc, sur la jurisprudence de la CJUE en la matière, jusqu'alors souveraine.

Il s'agit d'une perspective radicalement nouvelle et qui aura mis du temps à s'imposer en raison de la primauté du droit communautaire et de son autonomie. Si cette adhésion est désormais possible, c'est que certains arguments ont pu prévaloir.

Tout d'abord, il ne s'agit pas de subordonner la Cour de justice à la Cour de Strasbourg, qui n'intervient en réalité que comme cour spécialisée traitant du respect des droits de l'Homme, ce qui permet de nuancer la crainte de voir l'autonomie réduite.

Ensuite, les avantages escomptés de l'adhésion ont pris du poids. L'avantage principal en est en effet de pouvoir œuvrer en faveur d'une plus grande cohérence dans l'application concrète des droits de l'Homme. Or, le développement de la coopération policière et judiciaire en matière pénale dans le cadre du Traité de Lisbonne confronte l'UE à des risques accrus d'atteinte aux droits fondamentaux.

C'est la raison pour laquelle l'adhésion de l'UE à la CEDH devenait nécessaire et bouleverse très certainement le rôle que jouera à l'avenir la Cour de justice en matière pénale au regard de la protection des droits fondamentaux.

⁶⁵² Rapport de la commission des questions juridiques et des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe du 18 mars 2008, n° 12.

Au-delà des modalités pratiques de l'adhésion, l'enjeu majeur semble ainsi concerner la manière dont ce nouveau contexte juridique sera utilisé ou subi par la Cour de justice. Plus particulièrement, **la question se pose de savoir si l'adhésion à la CEDH est de nature à modifier la jurisprudence de la Cour de Luxembourg sur la protection des droits de l'Homme en matière pénale.**

Cela revient à se poser la question de l'autonomie ou de la complémentarité des ordres juridiques européens résultant de la CEDH ou des traités fondateurs de l'Union dans le domaine des droits fondamentaux.

A cet égard, un premier élément de réponse peut être avancé. Le respect des droits de l'Homme garanti par la Cour de justice passera encore par les principes du droit communautaire mais aussi par la Charte des droits fondamentaux. Or, l'article 52.3 de la Charte précise que, dans la mesure où elle contient des droits par ailleurs garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère la dite convention, sauf à ce que le droit de l'Union leur confère une protection plus étendue. Ainsi, il serait logique que la Cour de justice aligne sa jurisprudence sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme du moins pour les droits énoncés dans la Charte.

Ce n'est pourtant pas toujours rigoureusement le cas. Il existe des différences d'interprétation entre les cours de Strasbourg et de Luxembourg. Le problème a d'ailleurs été expressément posé à la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Bosphorus*, dans lequel la cour pose une présomption selon laquelle l'UE assure une protection équivalente des droits de l'homme. Cependant, la Cour de justice a pu parfois considérer qu'une protection équivalente ne pouvait pas systématiquement déboucher sur des interprétations identiques et, ce faisant, sur des niveaux similaires de protection⁶⁵³.

Protection équivalente ou protection similaire ? Tel semble être l'enjeu actuel et certainement à venir de l'adhésion de l'UE à la CEDH et du rôle de la CJUE au regard de la protection des droits de l'homme. Cependant, comme toute autre partie à la Convention, il faut relever que l'Union dispose d'une marge d'appréciation sur le fondement de laquelle une divergence d'interprétation pourrait ne pas être jugée incompatible avec la CEDH. Pourrait

⁶⁵³ CJCE, Gr. Ch., 17 février 2009, *Epoux Elgafaji c/ Staatssecretaris van Justitie*, n° C-465/07 : AJCA 2009, p. 1321, note L. Burgogue-Larsen.

alors s’instaurer une dialogue fécond entre les juges de Strasbourg et de Luxembourg, dont seul l’avenir pourra décider...⁶⁵⁴

Pour l’heure, il est possible de dresser le bilan des garanties développées par la Cour de justice en matière pénale sur le terrain des droits de l’Homme pour analyser si cette garantie peut être considérée comme identique ou simplement équivalente à celle développée par la cour européenne des droits de l’Homme. Et si elle n’est qu’équivalente, doit-elle ou non être approuvée ?

En réalité, un tel bilan apparaît mitigé.

- D’une part, l’application des droits fondamentaux et plus particulièrement des droits de l’Homme a surtout prospéré en ce qui concerne les procédures quasi-répressives (sanctions prononcées par la Commission, par exemple en matière de concurrence). Ce contentieux répond aux critères de la matière pénale développés par la Cour européenne pour déterminer le domaine d’application de certains droits de la Convention.

La promotion des droits de l’homme dans ces matières devrait également se produire au sein de l’Union et c’est d’ailleurs ainsi que la Cour de justice a eu l’occasion de se servir abondamment des principes généraux du droit communautaire pour les faire respecter.

Pour autant, lorsqu’on examine sa jurisprudence, malgré le foisonnement des décisions, certaines interprétations peuvent surprendre par comparaison à celles de la Cour européenne des droits de l’Homme.

Il apparaît, que les droits de l’homme semblent avoir été adaptés aux procédures et aux sanctions que l’on peut qualifier de quasi-répressives. De la sorte, à certains égards, le bilan peut parfois paraître décevant. Toutefois, précisément sur ces divers points, l’adhésion de l’UE à la CEDH pourrait avoir une certaine incidence.

Certaines limites apportées aux droits de l’homme apparaissent ainsi aujourd’hui assez contestables.

Il en est ainsi concernant la durée excessive de la procédure. Dans la mesure où l’exigence d’un délai raisonnable est rattachée par la Cour de justice au principe général de droit communautaire de respect des droits de la défense, la Cour estime que si la durée excessive de la procédure n’a pas porté atteinte aux droits de la défense de l’intéressé, l’annulation de la

⁶⁵⁴ V. O. Dubos et J.-P. Marguénaud, La concurrence des juges en matière pénale. Cour européenne des droits de l’Homme et/ou Cour de justice de l’Union européenne : quel contrôle pour le droit pénal en Europe ?, *in* Juge national, européen et international en matière pénale, Cujas, coll. Actes et Etudes, à paraître 2012.

décision de la Commission n'est pas encourue⁶⁵⁵. Bien sûr, et c'est particulièrement remarquable, il est arrivé que la Cour de justice octroie une satisfaction équitable en cas de durée excessive⁶⁵⁶, s'appropriant ainsi le mécanisme prévu par l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'en demeure pas moins que cette limitation dans la mise en œuvre des droits de la défense n'est prévue ni par la Convention européenne des droits de l'homme, ni même par la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Pour autant la solution apparaît constante, la Cour de justice refusant l'annulation de la décision attaquée au motif du délai excessif de la procédure, ce qui, selon elle, permettrait à une partie d'obtenir l'annulation et la remise en cause de la constatation d'une infraction, alors qu'aucun autre moyen d'annulation n'est fondé⁶⁵⁷.

Dans le même ordre d'idée, et de manière plus générale, concernant les droits procéduraux, leur violation reconnue par la Cour de justice et quoique directement inspirée de l'application de la CEDH, n'entraîne l'annulation de la procédure que si, en l'absence de violation, la solution adoptée aurait été différente, ce qui relativise considérablement la protection garantie par la Cour de justice. En effet, ils sont reconnus sur la base du principe général de droit communautaire de respect des droits de la défense. Or, en 2003, la Cour de justice a pu estimer qu'il n'y a violation des droits de la défense seulement s'il peut être prouvé qu'en raison de l'irrégularité, la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent⁶⁵⁸. Cette solution est constante⁶⁵⁹ et il apparaît peu probable qu'une telle limitation de l'exercice des droits de la défense puisse être admise par la Cour EDH.

- D'autre part, concernant les autres catégories de contentieux, les compétences restreintes de la Cour de justice en matière pénale nous mettent en présence de décisions moins nombreuses, mais qui révèlent un réel souci d'adapter les instruments de coopération répressive aux droits

⁶⁵⁵ CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe*, aff. C-185/95 P, RTDH 1999, p. 492, F. Sudre – TPICE 16 décembre 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de groothandel op elektrotechnisch gebied*, aff. T-5/00, RTDH 2004, p. 736, C. Salviejo - TPICE 13 janvier 2004, *J.C.B. Service*, aff. T-67/01.

⁶⁵⁶ CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe*, op. cit.

⁶⁵⁷ CJCE, Gr. ch., 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt ...c/ Commission*, aff. C-385/07 P, RTDH 2010, p. 651, R. Tinière

⁶⁵⁸ CJCE, 2 octobre 2003, aff. *Thyssen Stahl AG c/ Commission*, aff. C-194/99 P, point 30 et 31, Europe 2003, comm. 405, obs. L. Idot : « Il y a violation des droits de la défense lorsqu'il existe une possibilité que, en raison d'une irrégularité commise par la Commission, la procédure administrative menée par elle aurait pu aboutir à un résultat différent (arrêt du 10 juillet 1980, *Distillers Company/Commission*, 30/78, Rec. p. 2229, point 26). Une entreprise requérante établit qu'une telle violation a eu lieu lorsqu'elle démontre à suffisance, non pas que la décision de la Commission aurait eu un contenu différent, mais bien qu'elle aurait pu mieux assurer sa défense en l'absence de l'irrégularité, par exemple en raison du fait qu'elle aurait pu utiliser pour sa défense des documents dont l'accès lui a été refusé lors de la procédure administrative (voir, en ce sens, arrêts du 8 juillet 1999, *Hercules Chemicals/Commission*, C-51/92 P, p. I-4235, point 81) ».

⁶⁵⁹ CJCE, 3 septembre 2009, *Bolloré c/ commission*, aff. C-338/07, Europe 2009, comm. n° 427 ; RSC 2010, p. 257, L. Idot.

de l'homme, par le biais des principes généraux de droits communautaire mais aussi par référence à la convention européenne des droits de l'homme.

§ II. L'adaptation des instruments européens de coopération répressive aux droits de l'homme

Le phénomène d'adaptation aux droits de l'homme résulte de l'interprétation et de l'appréciation de la validité, par la Cour de justice, de certains instruments de coopération ou d'harmonisation. Là encore, elle passe par les principes généraux du droit communautaire, mais invoque fréquemment les droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne. D'ailleurs, la protection des droits fondamentaux la conduit parfois à retenir une protection plus étendue que celle qui résulterait de l'application de la CEDH. Cependant, dans la mesure où les droits formulés par la Convention sont repris par la Charte des droits fondamentaux dont il est précisé qu'elle peut prévoir une protection plus étendue, cette particularité ne saurait être contestée, bien au contraire.

L'Union européenne est par ailleurs en train de travailler à l'élaboration de directives renforçant les droits des personnes soupçonnées ou poursuivies à l'occasion d'une procédure pénale, ce qui devrait conduire à renforcer de manière plus effective la protection des droits procéduraux des individus faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen, dans la mesure où ils peuvent ainsi espérer bénéficier de droits procéduraux en pratique comparables à ceux applicables dans l'Etat d'exécution et vice-versa. Ainsi, il ne serait plus nécessaire de craindre une protection moindre de ces droits dans l'Etat d'émission et d'alléguer un risque d'atteinte pouvant justifier un refus par application de la jurisprudence *Soering*, trop largement interprétée cependant.

De plus, cette volonté d'harmonisation de l'UE à l'égard des droits procéduraux manifeste un constant souci de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce phénomène participe donc bien d'une mise en cohérence des instruments protecteurs des droits de l'homme en Europe et d'une consolidation de la reconnaissance mutuelle devant conduire à améliorer les procédures de coopération.

Cette évolution mérite d'être particulièrement approuvée dans la mesure où elle permet d'éviter d'avoir recours à une extension démesurée de la jurisprudence *Soering* en Europe, et à l'égard d'atteintes déjà réalisées, en dehors des cas de déni de justice flagrant.

Notons que ce phénomène de mise en cohérence des outils de protection de droits de l'homme joue donc, tant à l'égard de certains instruments d'harmonisation (A), qu'à l'égard de certains instruments de coopération (B).

A. L'adaptation aux droits de l'homme de certains instruments d'harmonisation

Les droits de l'homme en cause sont le droit à un procès équitable et la rétroactivité *in mitius* de la loi pénale.

1) Concernant les droits de l'homme substantiels

Dans l'affaire *Berlusconi, Ardelchi, Dell'utri et autres* (CJCE 3 mai 2005 aff. jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02)⁶⁶⁰ la Cour de justice consacre en des termes explicites le principe de rétroactivité *in mitius*.

Elle était questionnée sur une modification du Code pénal italien ayant contraventionnalisé les faux en écriture comptable, auparavant constitutifs de délits, cette modification pouvant être jugée incompatible avec la nécessité pour les Etats membres d'assortir la violation des règles communautaires de sanctions effectives, dissuasives et proportionnées. En réalité cet argument avait été invoqué par le ministère public dans une affaire où les prévenus, du fait de cette rétroactivité, auraient échappé à toute poursuite. La cour de Luxembourg estime que la rétroactivité *in mitius* de la loi pénale fait partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et à ce titre, doit être considérée comme un principe général du droit communautaire que le juge national doit respecter lorsqu'il applique le droit national adopté pour mettre en œuvre le droit communautaire (point 68 et 69).

Sur ce point, il est intéressant de relever que la jurisprudence de la Cour de justice peut influencer celle de la CourEDH. De même que la Cour de justice fait souvent référence à la jurisprudence de la CEDH, les arrêts de la CourEDH peuvent également se fonder sur ceux de la Cour de justice.

C'est notamment le cas dans l'arrêt de Grande Chambre, *Scoppola contre Italie* du 17 septembre 2009 (n° 10249/03), au sujet du principe de la non-rétroactivité *in mitius*. L'article

⁶⁶⁰ JCE G 2006, n° 6, p. 274, note O. Dubos ; Gaz. Pal. 2005, n° 140, p. 6, note C. Soulard ; RSC 2006, p. 155, note L. Idot et p. 134, V. Magnier, « Principe de primauté du droit communautaire et rétroactivité *in mitius* de la peine plus légère » ; RTDcom 2005, p. 863, note M. Luby ; RTDE 2005, p. 921, note E. Dirrig ; Europe 2005 n° 7, p. 12, note D. Simon ; JDE 2005, n° 120, p. 177.

7.1 CEDH ne précise pas expressément que la loi plus douce peut s'appliquer de manière rétroactive mais se contente de poser le principe de la légalité des délits et des peines et son corolaire immédiat, la non-rétroactivité de la loi pénale, sans distinguer selon que la loi en question est plus sévère ou plus douce. Or, dans cet arrêt, comme elle l'a d'ailleurs déjà fait auparavant⁶⁶¹, elle estime que la loi pénale plus douce doit être appliquée de manière rétroactive au requérant et cite la jurisprudence de la Cour de justice⁶⁶².

2) Concernant le caractère équitable de la procédure

Les affaires *Pupino* et *Katz* sont significatives de la place importante occupée par les standards du procès équitable dans la jurisprudence de la CJCE sur l'ancien 3^{ème} pilier.

Dans l'affaire *Pupino* (CJCE, 16 juin 2005)⁶⁶³, une juridiction italienne soumettait à la cour de justice une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la décision-cadre n° 2001/220 sur le statut des victimes dans le cadre des procédures pénales.

En l'espèce, une institutrice avait été poursuivie pour maltraitance à l'égard de ses élèves et le ministère public avait procédé à l'audition anticipée de plusieurs jeunes élèves selon des modalités particulières prévues par le Code de procédure pénale italien. Or, la décision-cadre européenne soumet à un régime spécifique les victimes particulièrement vulnérables afin de leur éviter un témoignage en audience publique tandis que le Code pénal italien réserve des telles exceptions aux victimes de délits à connotation sexuelle.

La question posée à la cour concernait donc la comptabilité du Code pénal italien qui prévoit ce régime particulier dans des hypothèses limitées avec la décision-cadre d'une portée plus générale.

La Cour de justice précise que le principe d'interprétation conforme s'applique aux décisions-cadre et surtout, que la décision-cadre en question doit être interprétée comme ne devant pas conduire à « *rendre la procédure pénale, considérée dans son ensemble, inéquitable au sens*

⁶⁶¹ CEDH, 27 septembre 1995, G. c/ France, §§ 26 et 27, série A n°325-B ; D. 1995, Somm. 197, obs. Renucci

⁶⁶² point 38, citant l'affaire *Berlusconi et autres*

⁶⁶³ CJCE, 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03 : Europe 2005, n° 8, p. 10, note F. Kauff-Gazin ; JDE 2005, n° 122, p. 245 ; Rev. aff. eur. 2005, n° 3, p. 479, note R. Lionel ; Rev. Dr. UE 2005, n° 3, p. 650 : Obs. Bruxelles 2005, n° 62, p. 13

de l'article 6 de la Convention, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. »⁶⁶⁴ et cite d'ailleurs sur ce point, plusieurs arrêts de la Cour européenne⁶⁶⁵.

L'arrêt *Katz* rendu par la CJCE le 9 octobre 2008⁶⁶⁶ concerne l'interprétation de la même décision-cadre sur question préjudicielle posée à la Cour de justice, cette fois-ci concernant la victime d'une escroquerie, autorisée, selon la procédure pénale hongroise et dans certaines conditions remplies en l'espèce, à faire office d'accusateur privé.

Cet accusateur privé souhaitait faire une déposition à l'audience, alors que la décision-cadre octroie aux victimes le droit d'être entendues comme témoin et de fournir des éléments de preuve. La question est posée à la Cour de savoir si cela oblige la juridiction à entendre *Katz* comme témoin alors qu'il est accusateur.

La cour de justice rappelle comme dans l'arrêt *Pupino* :

« 47 Toutefois, sous peine de priver d'une grande partie de son effet utile l'article 3, paragraphe 1, de la décision-cadre et de méconnaître les obligations énoncées à l'article 2, paragraphe 1, de celle-ci, ces dispositions impliquent, en tout état de cause, que la victime puisse faire une déposition dans le cadre de la procédure pénale et que cette déposition puisse être prise en compte en tant qu'élément de preuve.

48 Il convient d'ajouter **que la décision-cadre doit être interprétée de manière à ce que soient respectés les droits fondamentaux, parmi lesquels il convient en particulier de relever le droit à un procès équitable, tel qu'il est énoncé à l'article 6 de la CEDH (voir, notamment, arrêt du 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03, Rec. p. I-5285, point 59).**

49 Il incombe dès lors à la **juridiction de renvoi de s'assurer plus particulièrement que l'administration des preuves dans le cadre de la procédure pénale, considérée dans son ensemble, ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure au sens de l'article 6 de la CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (voir, notamment, arrêts du 10 avril 2003, *Steffensen*, C-276/01, Rec. p. I-3735, point 76, et *Pupino*, précité, point 60).**

50 Dans ces conditions, il convient de répondre à la question posée que les articles 2 et 3 de la décision-cadre doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'obligent pas une juridiction nationale à autoriser la victime d'une infraction à être entendue comme témoin dans le cadre

⁶⁶⁴ Point 60.

⁶⁶⁵ Voir, notamment, CourEDH, 20 décembre 2001, *P.S. c. Allemagne* ; CourEDH, 2 juillet 2002, *S.N. c. Suède*, Recueil des arrêts et décisions 2002-V ; CourEDH, 13 février 2004, *Rachdad c. France* ; CourEDH, décision du 20 janvier 2005, *Accardi e.a. c. Italie*, req. n° 30598/02

⁶⁶⁶ CJCE 9 octobre 2008, *Katz*, aff. C 404/07 : JCP G 2009 I 107, chr. M. Luby, S. Poillot-Perruzzetto, A. Marmisse-d'Abbadie d'Arvost : RSC 2009, n° 1, p. 197, chr. L. Idot ; Europe 2008, n° 12, p. 18, F. Kauff-Gazin.

d'une procédure d'accusation privée substitutive telle que celle en cause au principal. Toutefois, à défaut d'une telle possibilité, la victime doit pouvoir être autorisée à faire une déposition qui puisse être prise en compte comme élément de preuve. »

L'interprétation d'une mesure d'harmonisation en conformité avec l'exigence d'un procès équitable tel qu'énoncée par l'article 6 CEDH avait déjà été effectuée dans l'arrêt *Steffeson* (CJCE, 10 avril 2003) à propos de l'interprétation d'une directive relative au contrôle officiel des denrées alimentaires (n° 89/397) prévoyant une contre-expertise en matière de preuve des infractions à la réglementation nationale. La question se posait de savoir si le juge était tenu d'exclure, comme élément de preuve, un prélèvement n'ayant pas donné lieu à contre-expertise. La Cour estime qu'il revient à la juridiction nationale d'apprécier si l'admission de la preuve est de nature à porter atteinte au principe du contradictoire, et partant, au droit à un procès équitable (point 79).

Il doit particulièrement être noté que l'Union européenne s'est donné une feuille de route concernant l'harmonisation des droits procéduraux⁶⁶⁷. La Commission est chargée de formuler des propositions de directives au cours des prochaines années afin de construire un ensemble minimal de droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales. Ainsi, le 20 octobre 2010, l'Union a adopté la directive relative au droit à l'interprétation et à la traduction⁶⁶⁸ et la Commission a déjà fait une proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation⁶⁶⁹. Une autre proposition est prévue relativement au droit à l'information (normes minimales relatives au droit d'être informé de ses droits, des charges et droit d'accès au dossier). Il s'agit notamment de renforcer la confiance réciproque et d'améliorer l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales. Ces diverses directives pourront être prises sur le fondement de l'article 82.2 TFUE qui permet l'adoption de directives par le Parlement et le Conseil établissant des règles minimales, lorsque c'est nécessaire à la reconnaissance mutuelle et à la coopération judiciaire pénale. Ce paquet législatif annoncé démontre le souci de l'Union de tenir compte des exigences européennes en matière de respect des droits de l'homme à l'occasion de la coopération

⁶⁶⁷ Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à une feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des personnes soupçonnées ou poursuivies dans le cadre des procédures pénales, annexée au programme de Stockholm approuvé par le Conseil européen des 10 et 11 décembre 2010.

⁶⁶⁸ Directive 2010/64/UE.

⁶⁶⁹ Proposition de directive, 8 juin 2011, COM (2011) 326 final, 2011/0154 (COD).

judiciaire pénale en Europe. Il y a donc une réelle adaptation des instruments d'harmonisation au respect des droits de l'homme, puisque cela va même jusqu'à prévoir des règles minimales afin de renforcer le respect de ces droits, ce qui a vocation à être spécialement utile dans le cadre de la coopération.

Un constat similaire d'adaptation peut être fait au sujet de certains instruments de coopération répressive.

B. L'adaptation de certains instruments de coopération répressive

La prise en compte des droits de l'homme apparaît relativement à la validité du mandat d'arrêt européen prévu par la décision-cadre du 13 juin 2002 et relativement à l'interprétation de la Convention d'application des accords de Schengen (CAAS), qui prévoit l'application du principe *non bis in idem*.

En ce qui concerne la validité du mandat d'arrêt européen, dans l'affaire *Advocaten voor de Wereld* (CJCE Gr. Ch. 3 mai 2007)⁶⁷⁰, la question était posée de la compatibilité du mandat d'arrêt européen en ce qu'il supprime l'exigence de double incrimination pour certaines infractions comme condition de la remise de la personne recherchée.

Le grief qui était fait à ce nouvel instrument de coopération concernait plus particulièrement le fait que la décision-cadre ne définissait pas avec suffisamment de précision les incriminations pour lesquelles l'exigence d'une double incrimination était supprimée.

La Cour de justice a alors fait application de la notion européenne de légalité criminelle posant que « *le justiciable doit savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes ou omissions engagent sa responsabilité pénale* ». C'est, selon la décision-cadre à l'état d'émission du mandat d'arrêt qu'il incombe de définir précisément les infractions. C'est donc sur lui qui pèse l'obligation de respecter le principe de la légalité criminelle.

Elle s'appuie d'ailleurs également sur l'art. 2 § 3 de la décision-cadre pour affirmer que « *cet instrument ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation pour les Etats de respecter les*

⁶⁷⁰ CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05 : AJDA 2007, n° 21, p. 1117, A. Braussy, F. Donnat et C. Lambert ; Gaz. Pal. 2007, n° 189, p. 63, M. Nicoletta et M.-P. Vadrenne ; Journal des sociétés 2008 n° 56, p. 48, A. Lacresse, « Vers une espace de liberté, de sécurité et de justice : l'exemple du mandat d'arrêt européen » ; JDE 2008, n° 149, p. 154 ; Europe 2007 n° 7, p. 17, note F. Kauff-Gazin ; Rev. aff. eur. 2007, n° 2, p. 373, note S. Bot.

droits fondamentaux et les principes juridiques consacrés par l'article 6 TUE », article qui mentionne la Convention européenne des droits de l'homme.

La jurisprudence de la Cour européenne a donc ici été utilisée pour renforcer la légitimité de ce nouvel instrument face aux critiques dont il a pu faire l'objet.

Mais le souci des droits de l'homme en la matière manifesté par la Cour de justice n'est pas de pure forme. D'ailleurs, dans la mesure où leur protection se rattache à celle des droits fondamentaux et des principes généraux du droit communautaire, la protection de la CJUE peut être plus importante que celle assurée par la CEDH, comme en témoigne l'interprétation de la CAAS à l'égard du principe *ne bis in idem*.

L'article 54 de la CAAS prévoit qu'«une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation»

Plusieurs affaires attestent de l'étendue et de l'effectivité de ce principe, protecteur des individus et également énoncé à l'article 4 du protocole n° 7 de la CEDH. En effet, ce dernier texte pose l'interdiction de doubles poursuites pour un même fait dans un Etat alors que la CAAS prévoit le principe *non bis in idem* sur l'ensemble des territoires des Etats signataires et a pour but d'éviter des doubles poursuites et condamnations de la part de deux Etats parties.

Cette différence cependant, ne doit pas empêcher de faire remarquer que l'interprétation de ce principe par la CJCE révèle une solide protection des droits fondamentaux.

Bien sûr, le principe ne s'applique pas en l'absence d'un premier jugement définitif, ce qui s'entend, de façon incontestable d'une décision d'abandon des poursuites n'impliquant aucune appréciation sur le fond de l'affaire⁶⁷¹.

Cependant, la Cour de justice retient une conception assez extensive, mais très protectrice, de la notion d'infraction qui ne doit pas donner lieu à double jugement. Ainsi, elle estime que doivent être pris en compte les seuls faits matériels indépendamment de la qualification applicable⁶⁷², ce qui s'accorde toutefois avec l'esprit de l'adage *non bis in idem*. Les mêmes

⁶⁷¹ CJCE, 10 mars 2005, *Miraglia*, aff. C-469/03 : JDE 2005, n° 119, p. 154 ; Rev. aff. Eur. 2005, n° 2, p. 327, note L. Rinuy ; Obs. Bruxelles, 2005, n° 61, p. 14.

⁶⁷² CJCE 9 mars 2006, *Van Esbroeck* Aff. C-436/04 : JDE 2007, n° 143, p. 280 ; RTDH 2006 p. 635, H. Mock, « Ne bis in idem, une locution.... » ; Europe 2006, n° 5, p. 15, note F. Kauff-Gazin.

faits doivent s'entendre comme un ensemble de faits indissociablement liés entre eux, indépendamment de la qualification juridique et de l'intérêt protégé⁶⁷³.

Mais surtout elle a pu estimer, dans l'arrêt *Bourquain*⁶⁷⁴ que le principe est applicable en cas de condamnation à une peine qui n'a jamais pu être exécutée. En effet, l'effet utile de la CAAS est ici invoqué. Cette convention a pour but de faciliter la libre circulation des individus dans l'espace Schengen. Or, le fait de ne pas avoir purgé une peine, qui ne peut plus être exécutée sur le territoire du jugement, empêcherait un individu de se déplacer dans les autres Etats signataires.

Le principe peut également être invoqué en cas de relaxe pour cause de prescription (CJCE, 28 septembre 2006, *Gasparini*)⁶⁷⁵.

En conclusion, la préservation des droits de l'homme peut constituer un motif de refus de coopération, mais cette antinomie doit pouvoir être dépassée. La possibilité d'un refus doit être maintenue, mais dans des proportions raisonnables qu'il conviendra de préciser dans le sillage de la jurisprudence *Soering*. Hormis ce garde-fou, il est souhaitable d'harmoniser en Europe la protection effective et pratiques des droits notamment procéduraux afin d'éviter qu'une distorsion de protection puisse faire obstacle à la coopération répressive par souci légitime de tenir compte des droits de l'homme.

Ainsi entre pays garantissant de façon inégale des droits humains les plus essentiels, des garanties diplomatiques, au cas par cas, peuvent y conduire. Mais cela n'est possible en réalité, qu'à l'intérieur d'un espace intégré normatif (du fait de la possibilité d'adopter des règles minimales) ou juridictionnel (par le contrôle juridictionnel supranational du respect effectif des droits humains). En Europe, cela peut conduire à renforcer davantage, et bien au-delà de la prévention des atteintes graves, le respect des droits humains essentiels, cardinaux. Le projet qui consiste à bâtir l'Europe sur le respect des droits de l'homme et des droits fondamentaux ne peut s'arrêter aux portes de la coopération répressive. Il apparaît logique qu'il commence à irriguer de façon effective ce domaine, grâce au paquet législatif en cours d'adoption au sein de l'UE concernant les droits des personnes soupçonnées ou poursuivies dans le cadre d'une procédure européenne. Cependant, il s'agit d'adopter des règles

⁶⁷³ voir également, CJCE, 28 septembre 2006, *Van Straaten* Aff. C-150/05 : Europe 2006, n° 11, p. 12, note F. Kauff-Gazin, « CAAS et principe ne bis in idem ».

⁶⁷⁴ CJCE 11 décembre 2008, Aff. C-297/07 : Europe 2009, n° 2, p. 24, note F. Kauff-Gazin ; Rev. dr. UE 2009, n° 1, p. 122, note E. Sanfrutos Cano ; RSC 2009, p. 197, chr. L. Idot.

⁶⁷⁵ Aff. C-467/04 : JCP G 2007, I, 109, chr. M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto, M. Attal et autres ; JCE 2006, n° 133, p. 284.

minimales, ce qui signifie, qu'il n'est pas question de forcer l'avènement d'une identité législative. La coopération nécessitera toujours, très certainement, une marge de confiance mutuelle. Mais le respect effectif de ces droits permet de mieux la légitimer et partant, de consolider les fondements de la coopération.

Dans cet objectif de légitimation et de consolidation de la coopération des difficultés particulières sont apparues dans un domaine particulier de la coopération qui dépasse d'ailleurs le champ strictement pénal. L'échange transfrontalier de renseignement, qui repose sur des mécanismes de coopération et constitue d'ailleurs également le soutien nécessaire de tout coopération pénale, pose ainsi la difficile question de la protection des données à caractère personnel.

CHAPITRE II - La protection des données à caractère personnel dans les échanges transfrontaliers de renseignements

L'internationalisation de la criminalité a incité les Etats à mettre en place une entraide entre les autorités répressives en vue de lutter contre ce phénomène croissant. Cette prise de conscience est relativement ancienne puisque la première initiative en ce sens est la Commission Internationale de Police Criminelle qui avait pour ambition de relier toutes les polices du monde dès 1926, aujourd'hui remplacée par l'Organisation internationale de police criminelle - Interpol. Depuis lors, l'échange transfrontalier de renseignements à des fins pénales n'a cessé de s'intensifier, multipliant par là même les menaces pesant sur le droit à la protection des données personnelles.

Les données à caractère personnel désignent « *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable* »⁶⁷⁶. Par personne identifiable, on entend « *toute personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale* »⁶⁷⁷. La prise de conscience de la nécessité de protéger ces données est relativement récente mais celle-ci est apparue nécessaire avec l'amélioration des technologies.

La protection des données est un droit fondamental. Pour autant, son autonomie n'est reconnue que depuis peu. Jusqu'alors, la protection des données à caractère personnel était, et l'est encore aujourd'hui dans la plupart des conventions, identifiée comme un aspect du droit à la vie privée. Ce rattachement est mis en avant par la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981⁶⁷⁸. De manière encore plus évidente, l'examen de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950⁶⁷⁹, et surtout de la

⁶⁷⁶ Art. 2 a) de la Convention n°108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée le 28 janvier 1981 à Strasbourg, Décret n°85-1203 du 15.11.1985 publié au JO du 20.11.1985.

⁶⁷⁷ Art. 2 a) décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, J.O.U.E. du 30 décembre 2008, p.30.

⁶⁷⁸ *Conv. Précit.*

⁶⁷⁹ Décret 74-360 du 3 mai 1974, J.O.R.F. du 4 mai 1974.

jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme, en témoigne puisque cette dernière a dégagé le droit à la protection des données personnelles à partir de l'article 8 de la Convention relative à la protection de la vie privée. Depuis peu, la protection des données personnelles est reconnue comme droit fondamental autonome au sein de la Charte des droits fondamentaux⁶⁸⁰, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, puisque l'article 8 lui est consacré. Ainsi, elle est érigée en véritable droit autonome qui connaît ses propres applications⁶⁸¹.

La protection des données à caractère personnel se pose avec une acuité particulière aujourd'hui au niveau des transferts transfrontaliers à finalité pénale. Alors qu'au niveau interne cette préoccupation n'est pas récente⁶⁸², il n'en est pas de même en matière d'échanges transfrontaliers de données. La Convention n°108, bien qu'évoquant la question du transfert transfrontalier des données personnelles, a vocation à instaurer un régime minimum de protection dans le droit des Etats Parties. Ainsi, la question de l'échange transnational n'est pas au cœur de la Convention. Cette place marginale s'explique aisément par le fait que le transfert transfrontalier des données était, jusqu'à une période récente, peu développé en raison des réticences des Etats. La protection des données était alors un prétexte pour les Etats pour refuser le transfert de données. Ce constat opéré en matière d'échange d'informations à des fins économiques ou commerciales au sein d'un marché unique⁶⁸³ peut se transposer à l'échange à des fins sécuritaires. Pour autant, la rétention d'informations au nom de la protection des données semble bien aujourd'hui dépassée. Cette évolution tient, en partie, à l'apparition d'un principe de libre circulation des données⁶⁸⁴. Fort de ce principe, l'échange transfrontalier de données à caractère personnel s'est intensifié ces dernières années, multipliant de la sorte les menaces à l'encontre de ce droit fondamental. En bref, alors qu'initialement, la protection des données semblait être instrumentalisée par les Etats en vue de refuser une entraide pénale, la multiplication des moyens de communication entre les services répressifs des Etats et la prolifération de bases de données supranationales, justifiées par le phénomène d'internationalisation croissante de la criminalité, ponctué par les attentats

⁶⁸⁰ J.O.U.E. C 303/1, 14 décembre 2007.

⁶⁸¹ CJUE, gde Ch., 9 nov. 2010, Volker und Markus Schecke et Eifert, aff. Jointes C-92/09 et C-93/09, obs. C. Degrave E., *Arrêt « Volker und Markus Schecke et Eifert » : le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel et la transparence administrative*, JDE av. 2011, p. 97.

⁶⁸² Prenons l'exemple de la France qui s'est dotée d'une législation en la matière en 1978 avec la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978.

⁶⁸³ L. Coudray., *La protection des données personnelles dans L'Union européenne*, Thèse dactylographiée, univ. Paris I, 2005, p. 20.

⁶⁸⁴ Art 12§2 Convention n°108 : « Une partie ne peut pas, aux seules fins de la protection de la vie privée, interdire ou soumettre à une autorisation spéciale les flux transfrontières de données à caractère personnel à destination du territoire d'une autre partie ».

terroristes de New York, Londres et Madrid, ont inversé la tendance. Initialement délaissé, l'échange transfrontalier de données connaît aujourd'hui un engouement sans précédent susceptible de porter gravement atteinte à la protection des données à caractère personnel.

Pour l'heure, la protection des données est menacée. Il semble qu'il n'y ait pas aujourd'hui de systèmes de protection des données personnelles pleinement satisfaisants concernant l'échange transfrontalier. Conscients de ces faiblesses, les Etats et certaines institutions internationales ont entrepris un renforcement de la protection des données en vue de concilier les deux impératifs de sécurité et de protection. Cette conciliation est primordiale pour deux raisons : d'une part, la plus évidente, la violation des droits fondamentaux n'est pas acceptable et d'autre part, une carence en matière de protection de droits fondamentaux pourrait constituer un frein à une entraide répressive efficace puisque les Etats attachés à la protection des droits de la personne pourraient refuser systématiquement d'échanger des informations en raison de l'absence de garanties suffisantes.

Il convient donc de dresser un état des lieux de la protection des données à caractère personnel en matière de transfert transfrontalier à des fins sécuritaires. Ce bilan nous permettra d'évaluer le niveau de protection et de déceler les défaillances du système. De plus, nous serons amenés à envisager les perspectives offertes en examinant l'impact des réformes récentes et celles annoncées sur la protection des données. Pour ce faire, il semble opportun d'opérer une distinction entre l'échange au sein de l'Union européenne et l'échange à une échelle universelle.

Cette distinction se justifie à nos yeux en raison de la spécificité de l'échange de données entre Etats membres de l'Union. En effet, l'Union européenne qui a pour ambition la réalisation d'un espace de liberté, sécurité et justice, affiche pour objectif l'approfondissement de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Ce faisant, elle a œuvré pour l'amélioration significative de l'échange d'informations entre les services répressifs des Etats-membres sans commune mesure. De plus, l'Union politique qu'elle constitue permet une action spécifique en matière de protection des données. Pour autant, la question de la protection des données à caractère personnel se pose en des termes sensiblement différents en fonction des domaines observés. En effet, on constate une disparité du niveau de protection et des règles applicables selon que l'on se situe au niveau européen ou au niveau international. Dès lors, il convient de procéder en deux temps : le premier consiste à évaluer le niveau de protection de ce droit fondamental dans le cadre de l'échange transfrontalier des données au

sein de l'espace pénal européen (Section 1). Le second nous conduit à analyser la protection des données personnelles à l'échelle internationale, tant au niveau de la coopération avec les juridictions pénales internationales qu'au niveau de la coopération interétatique (Section 2).

Section 1 : La protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen

Section 2 : La protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal international

Section 1 : La protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen

L'Union européenne constitue un laboratoire particulièrement intéressant en matière de protection des données personnelles dans le cadre de transferts transfrontaliers de données. Ceci tient au fait que l'Union européenne met à disposition des Etats des instruments d'échange importants autant sur le plan quantitatif que qualitatif.

En premier lieu, sur le plan quantitatif, force est de constater que les moyens de communication entre les services de police ou les autorités judiciaires sont nombreux. Nous pouvons citer le Système d'information Schengen (S.I.S.), le Système d'information douanier (S.I.E.), Eurojust, Europol, le système d'information sur les demandeurs d'asile (Eurodac), Système d'information sur les visas (V.I.S.), les Centres de Coopération Policière et Douanière (C.C.P.D.), l'échange d'informations dans le cadre du Traité de Prüm. Bien que tous n'aient pas une finalité directement pénale⁶⁸⁵, ils supposent l'échange de données personnelles qui pourront être utilisées dans le cadre d'enquêtes pénales.

En second lieu, sur un plan qualitatif, l'Union européenne a mis en place des systèmes d'échange sans commune mesure au niveau de l'efficacité de l'échange d'information. En effet, plusieurs initiatives adoptées ou en cours ont pour objet de réduire au maximum les différents écueils : principe de disponibilité des données, principe d'interopérabilité, simplification de l'échange, interconnexion des bases de données nationales. Ces divers procédés révèlent l'ambition européenne d'un accès facilité à n'importe quelle information, quelle que soit sa nature, quel que soit le détenteur.

Ces deux aspects ont un impact important sur le régime de protection des données personnelles. Outre la menace qu'elle constitue pour la protection des données, cette multiplicité entraîne un régime de protection des données à géométrie variable, complètement éclatée. Il convient donc de dresser un état des lieux de la protection des données à caractère personnel dans l'espace européen (§ I) avant d'en étudier les perspectives d'amélioration compte tenu de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (§ II).

⁶⁸⁵ Le V.I.S., Eurodac.

§ I - Etat des lieux de la protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen

L'état des lieux nous conduit à opérer un double constat : d'une part, nous remarquons un éclatement de la protection des données au sein de l'espace pénal européen induit par la multitude de régimes de protection prévus par différents textes (A), d'autre part, nous sommes forcés d'observer une certaine insuffisance dans la protection des données à caractère personnel (B).

A. L'éclatement de la protection des données à caractère personnel

Nous évoquons un éclatement des systèmes de protection pour deux raisons : d'une part, cet éclatement découle de la multiplicité des sources relatives à la protection des données à caractère personnel (1) et d'autre part, de la multiplicité des régimes de protection (2).

1) L'éclatement des sources de protection

La protection des données à caractère personnel est consacrée dans de nombreux textes. Outre la CEDH qui ne la consacre pas expressément mais au travers de sa jurisprudence, d'autres textes sont consacrés à la protection des données personnelles. Le plus ancien, présenté comme la norme de référence, est la Convention n°108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe. Ce texte, auquel s'ajoute la Recommandation (87)15 du comité des ministres visant à réglementer l'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police du 17 septembre 1987, constitue en quelque sorte le droit commun en matière de protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen (a). Par la suite, l'Union européenne est venue compléter ce panel avec de nouveaux textes applicables dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (b).

a) Le droit commun issu du Conseil de l'Europe

La Convention n°108, son protocole et la recommandation (87) 15 constituent le droit commun en matière de protection des données à caractère personnel. Ces textes ont vocation à harmoniser les droits nationaux pour assurer un niveau minimum de protection.

a) La convention n°108

La protection des données à caractère personnel telle que prévue par la Convention est assurée par plusieurs moyens.

Tout d'abord, cette protection passe par un ensemble de règles qui viennent encadrer la conservation des données. La Convention n°108 pose un certain nombre de principes élémentaires qui ont pour objet de réglementer la conservation et le traitement des données personnelles⁶⁸⁶ : le principe de loyauté et de licéité de l'obtention des informations et leur traitement, le principe de finalité de l'information en vertu duquel une donnée ne peut être utilisée à une autre fin que celle prévue, le principe de proportionnalité selon lequel le traitement de la donnée doit être nécessaire à la finalité poursuivie, le principe d'exactitude de la donnée et le principe de conservation limitée.

Ensuite, la Convention prohibe la conservation et le traitement des données dites sensibles⁶⁸⁷. Il s'agit de données particulières relevant notamment de l'origine raciale, des opinions politiques, des convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données relatives à la santé ou à la vie sexuelle ou encore celles concernant les condamnations pénales. Par principe, l'utilisation de ces données est proscrite. Cependant, elle peut être admise à titre exceptionnel lorsque le droit interne prévoit des garanties appropriées.

De plus, la protection passe par le biais de l'adoption de mesures de conservation et de traitement sécurisées pour éviter toute destruction accidentelle ou non autorisée, ou la perte accidentelle, ainsi que l'accès, la modification ou la diffusion non autorisés⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Art. 5 de la Convention n°108.

⁶⁸⁷ Art. 6 de la convention n°108.

⁶⁸⁸ Art. 7 de la convention n°108.

Enfin, la protection des données transparait dans l'octroi de droits aux personnes concernées⁶⁸⁹ à l'instar du droit à l'information, du droit à la rectification ou à l'effacement lorsque les données litigieuses sont traitées en violation des dispositions de droit interne et du droit au recours lorsqu'il n'est pas donné suite aux demandes émises par la personne.

La Convention prévoit des exceptions à l'ensemble de ces règles, hormis celle relative à la sécurité des fichiers de traitement. On peut y déroger lorsque la mesure est nécessaire dans une société démocratique (à la protection de la sécurité de l'Etat, à la sûreté publique, aux intérêts monétaires de l'Etat ou à la répression des infractions pénales ; à la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui).

β) Le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 8 novembre 2001.

Ce protocole se concentre sur deux points :

Le premier article prévoit la création dans chaque Etat-partie d'une autorité de contrôle indépendante garante de la protection des droits et des libertés fondamentales des personnes à l'égard de la protection des données. Cette autorité doit pouvoir être saisie par toute personne ayant émis une demande relative à la protection de ces données. Pour assurer cette mission, l'autorité doit disposer de pouvoirs d'investigation et d'intervention et être capable d'ester en justice contre toute violation aux dispositions nationales en la matière. Enfin, sa décision doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Le second article porte sur les flux transfrontières des données à caractère personnel vers un destinataire n'étant pas partie à la Convention. Par principe, il prohibe tout transfert de données vers un Etat non partie qui n'offrirait pas « *un niveau de protection adéquat* » pour le transfert. Il est cependant possible de déroger à cette règle notamment si le droit interne le prévoit soit pour les intérêts spécifiques de la personne concernée, soit lorsque des intérêts légitimes prévalent, en particulier des intérêts publics importants.

⁶⁸⁹ Art. 8 de la convention n°108.

Ces deux textes constituent le droit commun pour deux raisons : d'une part, ils n'ont pas de domaine d'application spécifique car ils s'appliquent de manière générale, quelle que soit la finalité du traitement (usage commercial, finalité sécuritaire...) et d'autre part, ils sont présentés comme les textes de référence en matière de protection des données à caractère personnel. En effet, de nombreux textes renvoient à cette Convention⁶⁹⁰. Cependant, ces deux textes ont été complétés dans le secteur de la police par une recommandation du Conseil des ministres dans le cadre du Conseil de l'Europe.

γ) La recommandation (87)15 du comité des ministres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police

Malgré l'absence de force contraignante de ce texte, il n'en demeure pas moins un texte de référence au même titre que la Convention n°108. Ce texte porte plus spécifiquement sur les fichiers de police. Pour l'essentiel, il reprend les principes de base (principe de nécessité, principe de proportionnalité, droit à l'information sous réserve, interdiction du traitement des données sensibles sauf absolue nécessité, principe de spécialité...) en les adaptant quelque peu à la matière.

A ces textes de références se sont ajoutés des textes spécifiques applicables aux Etats-membres de l'Union européenne.

b) Le droit commun issu de l'Union européenne

L'Union européenne a éprouvé le besoin d'élaborer des textes en matière de protection des données. En effet, le droit issu de la Convention n°108 est apparu insuffisant voire dépassé. Dans un premier temps, l'Union a adopté une directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de

⁶⁹⁰ Tel est le cas de l'ensemble des textes de l'Union européenne prévoyant un système de traitement des données personnelles

ces données en 1995⁶⁹¹. Or, cette directive a un champ d'application limité à l'exercice des activités qui entrent dans le champ d'application du droit communautaire. Ainsi, elle ne s'applique pas aux « *activités entrant dans les titres V et VI du traité de l'Union européenne [dispositions relatives à la Politique extérieure et sécurité commune et à la Justice et Affaires intérieures] et en tout état de cause, aux traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'Etat et les activités de l'Etat relatives à des domaines du droit pénal* »⁶⁹². Cette carence a été vivement critiquée, ce qui a conduit l'élaboration d'un texte en matière de protection des données applicable à la matière pénale.

Cette carence a été palliée récemment avec l'adoption d'une décision-cadre du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale⁶⁹³. Ce texte s'applique à tout transfert transfrontalier entre les Etats membres en matière de coopération policière et judiciaire en matière pénale sauf lorsque des textes prévoient des régimes de protection spécifique⁶⁹⁴. Cette décision-cadre se présente donc comme le droit commun de la protection des données personnelles en matière d'échanges transfrontaliers en matière pénale dans l'espace européen. Pour autant, elle ne s'applique pas pour un certain nombre de systèmes d'échange⁶⁹⁵.

Pour l'essentiel, le contenu de la décision reprend les principes basiques (principe de licéité, principe de proportionnalité, principe de finalité...). De même, sont présentés les différents droits offerts aux individus en matière de protection des données.

En parallèle de ce texte, une multitude de régimes dérogatoires a été instaurée contribuant à l'éclatement des régimes de protection des données à caractère personnel au sein de l'espace pénal européen.

⁶⁹¹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O.C.E. n°L281 du 23 novembre 1995, p.0031.

⁶⁹² Art. 3 Directive 95/46/CE, *Ibid.*

⁶⁹³ Décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, J.O.U.E. n°L350 du 30 novembre 2008, p.60

⁶⁹⁴ Tel est le cas du Système d'information Schengen, du régime de protection des données au sein d'Europol et d'Eurojust ou encore dans le cadre du traité de Prüm.

⁶⁹⁵ V. *infra*.

2) *L'éclatement des régimes de protection*

Nous l'avons déjà souligné, il existe une multitude de moyens pour effectuer un transfert de données. Or, ces systèmes mettent chacun en place un mécanisme de protection des données à caractère personnel propre⁶⁹⁶. Cette pluralité contribue à l'éclatement de la protection des données. Pour illustrer ce propos, nous n'envisagerons pas l'ensemble des systèmes d'information pour nous fonder sur les principaux systèmes spécialisés en matière pénale. Nous envisagerons successivement ainsi le S.I.S., le S.I.D., Europol et Eurojust. La protection des données personnelles dans le cadre de tous ces régimes transparait sur différents niveaux : la nature des données échangeables (a), les règles de traitement des données (b) et enfin les mécanismes de contrôle (c).

a) *La nature des données traitées*

Les données pouvant être introduites dans les différents systèmes sont énumérées par les textes.

Les Conventions établissant le Système d'Information Schengen et le Système d'Information Douanier dressent une liste restreinte des données personnelles pouvant être introduites : sont autorisées les nom et prénom, les "alias" éventuellement enregistrés séparément, les signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables, la première lettre du deuxième prénom ; la date et le lieu de naissance, le sexe, la nationalité, l'indication que les personnes concernées sont armées, l'indication que les personnes concernées sont violentes, le motif du signalement et enfin la conduite à tenir.

Les décisions Eurojust et Europol admettent le traitement de données plus nombreuses. En effet, s'ajoutent aux données échangeables dans le cadre des systèmes d'information susvisés le lieu de résidence, la profession, l'endroit où se trouve la personne concernée, le numéro de sécurité sociale, du permis de conduire et de la pièce d'identité, les données concernant les passeports, l'infraction commise ou l'infraction présumée avec dates et lieux de commission, les moyens utilisés, la suspicion d'appartenance à une organisation criminelle, les

⁶⁹⁶ L. Coudray, *La protection des données dans l'Union Européenne*, thèse dactylographiée, Université Paris II, 2005.

condamnations si elles concernent le mandat d'Europol ainsi que données relatives à l'immatriculation et compte en banque et compte auprès d'autres institutions financières⁶⁹⁷.

Concernant les données sensibles, c'est-à-dire « *les données à caractère personnel révélant [notamment] l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle* »⁶⁹⁸, la protection est également variable. Alors que les textes portant création du SIS et du SID posent l'interdiction absolue du traitement de ces données, les textes instituant les deux agences européennes admettent leur traitement si « *elles sont nécessaires aux enquêtes nationales et à la coordination au sein d'Eurojust* »⁶⁹⁹ ou « *si elles sont strictement nécessaires à la finalité du fichier concerné et que si ces données complètent d'autres données personnelles enregistrées dans le même fichier* »⁷⁰⁰.

On constate que les données susceptibles d'un traitement dans les différents systèmes d'information sont variables. Certaines données, prohibées dans le cadre de certains fichiers, peuvent faire l'objet de traitement dans d'autres. Cette variabilité peut également s'observer concernant les règles applicables aux traitements des données.

b) Les règles applicables au traitement des données

La protection des données découle également des règles de traitement, c'est-à-dire « *toute opération ou ensemble d'opérations, effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés, et appliquées à des données à caractère personnel telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement et la destruction* »⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Ces dernières données ne sont prévues que par la décision cadre portant création d'Eurojust.

⁶⁹⁸ Art. 6 de la Convention n°108.

⁶⁹⁹ Art. 15 de la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, modifiée par la décision du 15 juillet 2009.

⁷⁰⁰ Art. 14 de la décision 2009/371/JAI du conseil du 6 avril 2009 portant création de l'office européen de police, JOUE L 121, 15 mai 2009.

⁷⁰¹ art. 2 de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, *Ibid.*

Tout d'abord concernant la conservation des données, les différents textes prévoient le délai pendant lequel les données peuvent être conservées. Ces délais varient en fonction des régimes : le délai de droit commun peut être fixé à trois ans puisque c'est le délai que l'on retrouve dans la majorité des cas⁷⁰². Pour autant, certaines dispositions prévoient des délais différents. Par exemple, la Convention instituant le SID pose un délai d'un an⁷⁰³ pour les données à caractère personnel ou encore la Convention Schengen prévoit l'examen tous les ans des données aux fins de surveillances discrètes et de contrôles spécifiques⁷⁰⁴, et prévoit un délai de 10 ans pour l'examen des données relatives aux étrangers qui sont signalés à des fins de non admission (art. 96), des données relatives aux personnes disparues ou aux personnes qui doivent être placées provisoirement en sécurité (art. 97), des données relatives aux témoins, aux personnes citées à comparaître devant les autorités judiciaires dans le cadre d'une procédure pénale (art. 98).

La portée du principe de finalité laisse entrevoir également une protection variable des données personnelles. De manière générale, le principe de finalité n'est pas absolu. La majorité des textes prévoit la possibilité de passer outre ce principe à partir du moment où l'Etat gestionnaire ou émetteur de la donnée donne son accord⁷⁰⁵. Cette solution trouve son fondement dans le principe de propriété des données⁷⁰⁶ selon lequel les Etats sont propriétaires des données puisqu'ils sont les seuls à pouvoir les modifier, les rectifier ou les effacer. Ce principe de propriété se retrouve dans l'ensemble des régimes de traitement des données personnelles. Seule la Convention d'application de l'accord de Schengen pose le principe de finalité de manière absolue en refusant toute exception.

La protection des données personnelles peut également transparaître dans la désignation des personnes autorisées à consulter les données. Moins les autorités sont nombreuses, plus la protection est assurée. Généralement, seules certaines autorités sont autorisées à accéder aux données contenues dans les fichiers.

Pour le SIS, sont autorisés à accéder aux données les autorités judiciaires, les services de police et de douane pour les contrôles aux frontières et, dans le cadre de vérification à

⁷⁰² Art. 112 CAAS, art. 20 de la décision instituant l'office européen de police, art. 21 de la décision instituant Eurojust

⁷⁰³ Art. 12§1 de la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes.

⁷⁰⁴ Le délai peut être encore raccourci par l'Etat émetteur de la donnée.

⁷⁰⁵ Art. 8 de la convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes.

⁷⁰⁶ C. Chevallier-Govers, *De la coopération à l'intégration policière* Bruylant, 1999, p. 169

l'intérieur du pays, les instances compétentes en matière de délivrance des visas, titres de séjour ou de l'administration des étrangers. Cette consultation se fait par le biais du N-SIS. Concernant Europol, sont autorisés à consulter les données les unités nationales, les officiers de liaison, le directeur et le directeur adjoint, le personnel d'Europol dûment habilité.

L'accès au SID est admis pour les autorités douanières et les autorités spécialement habilitées à prévenir, rechercher et poursuivre les infractions graves aux lois. De manière générale, nous pouvons remarquer que l'accès aux données est limité à certaines personnes qui ne peuvent pas accéder directement aux données.

Dès lors, des divergences apparaissent en ce qui concerne les règles applicables au traitement des données à caractère personnel. Chaque convention institue un régime spécifique composé de règles propres. Ce constat se vérifie pour les mécanismes de contrôle.

c) Les mécanismes de contrôle

Les mécanismes de contrôle varient en fonction des systèmes. Nous pouvons distinguer deux types de fonctionnement.

D'un côté, il existe un contrôle mixte, partagé par l'autorité de contrôle nationale et l'autorité de contrôle commune. Tel est le cas pour le SIS et le SID.

L'autorité nationale est chargée d'exercer un contrôle indépendant du fichier de la partie nationale et de vérifier que le traitement et l'utilisation des données intégrées dans le système ne sont pas attentatoires aux droits de la personne concernée. Toute personne a le droit de demander à l'autorité de vérifier les données la concernant et l'utilisation qui en est faite⁷⁰⁷.

L'autorité commune, qui se compose de deux représentants de chaque autorité nationale, a pour mission de vérifier la bonne exécution des dispositions de la Convention et d'analyser les différentes difficultés d'application ou d'interprétation pouvant survenir lors de l'exploitation du Système, pour étudier les différents problèmes pouvant se poser lors de l'exercice du contrôle indépendant par l'autorité nationale⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ Art. 114 CAAS, art. 17 Convention SID.

⁷⁰⁸ Art. 115 CAAS, art. 18 Convention SID.

Dans ce cadre de ces deux systèmes, le contrôle appartient en grande partie aux autorités nationales qui sont chargées des contrôles spontanés mais aussi d'instruire les requêtes des personnes concernées en application de leur droit interne.

Le mécanisme de protection dans le cadre des décisions Eurojust et Europol diffère sensiblement, en raison de son caractère dual. Contrairement à l'hypothèse précédente où les détenteurs du pouvoir de contrôle sont les autorités nationales, il s'agit dans ce cas de l'autorité commune qui détient ce pouvoir. En effet, lorsqu'une personne souhaite se prévaloir d'un des droits qui lui est conféré, elle saisit l'autorité de contrôle nationale qui transmet la requête à Europol ou Eurojust afin qu'elle examine. S'ils rejettent la requête, le requérant peut exercer un recours devant l'autorité de contrôle commune qui rendra une décision définitive et contraignante pour Europol et Eurojust⁷⁰⁹. Ainsi, l'autorité nationale a un simple rôle d'intermédiaire alors que l'autorité commune, outre les missions classiques que l'on retrouve également dans les prérogatives des autorités commune du SIS et du SID⁷¹⁰, est chargée de répondre aux requêtes des individus.

Mais l'autre originalité du régime de contrôle de la protection des données est son caractère dual puisque, outre le contrôle exercé par l'autorité commune, est institué un délégué à la protection des données à caractère personnel⁷¹¹. Il veille, en toute indépendance, à la licéité et au respect des dispositions applicables en matière de traitement des données, il veille à ce qu'une trace écrite de la transmission et réception des données soit conservée, veille à l'information des droits des personnes concernées, il coopère à la formation, il élabore un rapport annuel. Si le délégué à la protection des données d'Europol observe une violation, il doit en informer le directeur afin que celui-ci y remédie. En cas d'inaction de ce dernier, le délégué est autorisé à saisir le conseil d'administration. Enfin, si celui-ci ne résout pas le problème, le délégué saisit l'autorité de contrôle commune. Si le délégué d'Eurojust constate qu'un traitement n'est pas conforme aux dispositions de la décision, il saisit le collège, puis l'autorité de contrôle commune si ce dernier n'a pas résolu le problème.

Dès lors, le contrôle effectué dans ce cadre est double : le premier est un contrôle *a priori*, exercé par une autorité interne à l'agence et qui a pour but de prévenir toute violation aux règles applicables en matière de données à caractère personnel ; le second est un contrôle *a posteriori* qui traite les demandes adressées par les personnes concernées.

⁷⁰⁹ Art. 34 §8 décision portant création de l'office européen de police, art. 23§8 décision portant création d'Eurojust.

⁷¹⁰ Mission d'interprétation et d'application des dispositions, trouver des solutions aux problèmes rencontrés lors de l'exercice de contrôle...

⁷¹¹ Art. 28 de la décision portant création d'Europol, art. 17 de la décision portant création d'Eurojust.

Ainsi, on peut observer des mécanismes de contrôle différents : alors que le premier repose largement sur le contrôle exercé par les autorités nationales en application du droit interne, le second privilégie un contrôle supranational. On constate qu'à chaque système de traitement des données correspondent des règles de protection des données à caractère personnel. La diversité des modes de traitement des données rejaillit sur le régime de protection tant sur la nature des données traitées que sur les règles applicables. Cet éclatement rend le système de protection des données difficile à cerner⁷¹². Cette complexité, qui s'explique par une construction de l'espace pénal européen conduite par une politique des « petits pas », n'emporte pas satisfaction. Ce sentiment se trouve renforcé par les défaillances dont souffre le système européen de protection des données.

B. Les insuffisances du système de protection des données à caractère personnel

Force est d'admettre l'existence de défaillances du système de protection des données dans l'espace pénal européen. Ces défaillances se remarquent sur différents plans. Tout d'abord, on peut regretter le décalage existant entre d'une part la multiplication des menaces (1) qui portent notamment atteinte au principe de finalité et la passivité, tant des Etats que des institutions européennes, à instaurer un régime de protection des données pleinement satisfaisant (2).

1) La multiplication des menaces

De nombreuses initiatives visant à améliorer l'échange de renseignements entre les services répressifs des Etats membres peuvent constituer des menaces potentielles pour la protection des données à caractère personnel. On constate un approfondissement sans précédent de l'échange de renseignements dans un but d'efficacité sécuritaire. Or, ces améliorations comportent des risques certains pour le droit à la protection des données à caractère personnel.

⁷¹² G. Canivet, *L'approche de la protection des données à caractère personnel dans les Conventions internationales*, Séminaire sur le cadre juridique des technologies de l'information et de la communication au Sénégal, Dakar, 29 et 30 août 2005.

La principale cause de ce danger est le principe de disponibilité, apparu dans le programme de La Haye. Il consiste à éliminer tout obstacle à l'échange d'informations en considérant qu'un policier d'un Etat membre qui a besoin d'une information que détiennent les services de police d'un autre Etat membre doit pouvoir l'obtenir⁷¹³. A cette fin, plusieurs initiatives ont vu le jour, même si toutes n'ont pas abouti⁷¹⁴. Par exemple, une proposition de décision-cadre du Conseil du 12 octobre 2005 relative à l'échange d'informations en vertu du principe de disponibilité⁷¹⁵ visait à systématiser l'échange d'informations en limitant les motifs de refus à quatre motifs déterminés⁷¹⁶. Cependant, cette décision n'a pas vu le jour. Pour autant, cela ne signifie pas que le principe de disponibilité a totalement disparu. On a pu écrire que le principe de disponibilité « *est à la coopération policière ce que la reconnaissance mutuelle du programme de Tampere est à la coopération judiciaire, c'est-à-dire un concept politique moteur pour provoquer un changement profond de la coopération* »⁷¹⁷. Dès lors, il devient le fondement de nombreuses initiatives en vue d'améliorer l'échange de renseignements dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.

Tel est le cas de la décision-cadre relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre services répressifs des Etats membres de l'Union européenne⁷¹⁸. Son objet est de faciliter l'échange en imposant aux Etats de faire disparaître les entraves à l'échange. Par exemple, les Etats ne doivent pas soumettre l'échange transfrontalier d'informations à des conditions plus strictes que l'échange entre services nationaux⁷¹⁹, ou encore, réduire le délai de réponse à 8 heures⁷²⁰. Ce faisant, on souhaite éliminer au maximum les écueils à un échange efficace de données, qu'elles aient un caractère personnel ou non.

⁷¹³ A. Nunzi, *Les institutions de coopération pénale. European police Office-Europol*, R.I.D.P., vol. 77, p. 285 ; P. Berthelet, *Le paysage européen de la sécurité intérieure*, P.I.E. Peter Lang, p. 96, I. Pingel, *Le principe de disponibilité des informations, dans l'espace de liberté, sécurité et justice*, in *Le droit à la mesure de l'Homme*, Mélanges en l'honneur de P. Léger, Pédone, 2006, p. 257.

⁷¹⁴ V. COM 2005/C198/01 sur le plan d'action du conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne.

⁷¹⁵ COM(2005) 490 final.

⁷¹⁶ Eviter de compromettre l'issue d'une enquête en cours ; protéger une source d'information ou l'intégrité physique d'une personne physique ; préserver la confidentialité des informations à tous les stades du traitement ; protéger les droits fondamentaux et les libertés fondamentales des personnes dont les données sont traitées en vertu de la décision-cadre.

⁷¹⁷ S. De Biolley, *Collecte, échange et protection des données dans la coopération policière en matière pénale*, JDE, sept. 2006, 93 et spéc. p. 94.

⁷¹⁸ Décision-cadre 2006/960/JAI du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre services répressifs de »s Etats membres de l'Union européenne, *J.O.U.E. L 386 du 29.12.2006, p.89*.

⁷¹⁹ Art.3§3

⁷²⁰ Art. 4§1.

Plus significativement, cet objectif de disponibilité des données est assuré par le principe d'interopérabilité. Ce concept a été défini comme « *la capacité qu'ont les systèmes d'information et les processus opérationnels dont ils constituent le support d'échanger les données et d'assurer la partage des connaissances* »⁷²¹. En effet, la prolifération des moyens de communication et des bases de données dans l'espace pénal européen rend extrêmement malaisée la réalisation effective du principe de disponibilité. Il est difficile de savoir où se trouve une information dans ce dédale de réseaux d'informations. De manière plus générale encore, cet objectif tend à « *offrir la possibilité aux personnes qui n'ont pas normalement accès à des traitements d'y accéder, dans des cas précis et délimités, pour mener à bien de manière plus satisfaisante les missions dont elles sont chargées ; à étendre les possibilités de recherche biométrique pour permettre une identification des personnes ; enfin à concevoir une architecture plus souple des traitements existants, sans pour autant les fusionner, pour assurer « un partage souple et rentable des fonctions »*. Il s'agit de maximiser les ressources des traitements existants, en s'interrogeant moins sur les objectifs pour lesquels ils ont été conçus que sur les services qu'ils peuvent effectivement rendre à divers dépositaires de l'autorité publique »⁷²². De nombreuses propositions œuvrent en ce sens, et certaines d'entre elles ont déjà vu le jour.

Tout d'abord, plusieurs textes ont été adoptés ou sont en cours d'examen en vue d'assurer cette synergie entre les différents acteurs européens en matière de sécurité intérieure : la décision-cadre modifiant le Système d'information Schengen a admis l'accès au système par Europol⁷²³ et à Eurojust⁷²⁴. Un certain nombre de règles viennent encadrer cet accès comme notamment la limitation de la consultation du S.I.S. aux seules données nécessaires à

⁷²¹ Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen, du 24 novembre 2005, sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases [COM(2005) 597 final - non publiée au Journal officiel].

⁷²² J.M. Delarue, *L'Europe des fichiers. Dialogues des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes*, in *Le dialogue des juges*, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Dalloz, 2009, p. 232, et spéc. 275 et 276.

⁷²³ Décision 2005/211/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, J.O.U.E. L 68, 15 mars 2005, p. 44.

⁷²⁴ Décision 2005/211/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, J.O.U.E. L 68, 15 mars 2005, p. 44.

l'accomplissement de ces tâches ou encore l'interdiction de procéder à des signalements⁷²⁵. Il est précisé que les dispositions applicables en matière de protection des données sont celles prévues par le texte fondateur d'Europol pour l'utilisation du SIS par cette agence⁷²⁶ et par le texte fondateur d'Eurojust pour l'utilisation par lui du SIS II⁷²⁷.

Ensuite, la décision 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités désignées des États membres et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière⁷²⁸ autorise l'accès des autorités nationales compétentes en matière pénale et de l'Office européen de police au VIS. En effet, cette faculté découle du constat selon lequel « *les informations contenues dans le VIS peuvent être nécessaires à la prévention du terrorisme et des formes graves de criminalité et à la lutte contre ces phénomènes et elles devraient donc pouvoir être consultées par les autorités désignées, dans les conditions définies dans la présente décision* »⁷²⁹. Enfin, il est envisagé d'autoriser l'accès de ces mêmes autorités à la base de données EURODAC⁷³⁰ et au SID⁷³¹ mais pour l'heure, aucune de ces initiatives n'a abouti.

L'interopérabilité a connu une nouvelle concrétisation avec le Traité de Prüm signé en 2005 et intégré pour partie dans le droit de l'Union européenne⁷³². Certaines de ses dispositions ont en effet pour objet de créer une interconnexion entre les bases de données nationales contenant des données dactyloscopiques et ADN. Ainsi, il est possible de consulter les données

⁷²⁵ M.O. Hubschwerlin, *Utilisation des données contenues dans le système d'information Schengen – Analyse des tensions entre Système d'information Schengen, système commun, et disparités dans l'utilisation de ce système*, Thèse dactylographiée, univ. De Strasbourg, p. 86 et suiv.

⁷²⁶ §26 du préambule de la Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), *JOUE L 205 du 7.8.2007*, p. 63–84.

⁷²⁷ n°27 du préambule de la41 Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), *JOUE L 205 du 7.8.2007*, p. 63–84.

⁷²⁸ J.O.U.E. L 218 du 18 août 2008, p. 129.

⁷²⁹ §3 du préambule de la décision 2008/633/JAI ;

⁷³⁰ Proposition de décision du conseil relative aux demandes de comparaison avec les données EURODAC présentées par les services répressifs des États membres et Europol à des fins répressives, 10 sept. 2009, {COM(2009) 342 final}.

⁷³¹ F. Dumortier, C. Gayrel, J. Jouret, D. Moreau et Y. Pouillet, *La protection des données dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, JDE fév. 2010, p. 34.

⁷³² Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, J.O.U.E. L 210 du 6 août 2008, p. 1.

contenues dans les fichiers d'autres Etats membres. Il s'agit d'un approfondissement qui améliore de manière significative l'échange d'information à des fins pénales.

Ce principe d'interopérabilité contribue à l'érosion du principe de finalité. En effet, ce principe exige que le traitement de l'information soit mené en conformité avec la finalité initialement envisagée. Par exemple, une donnée conservée à des fins répressives ne peut pas être utilisée à d'autres fins que celles-ci ; une autorité administrative ne pourra obtenir, dans le cadre de sa fonction, une information conservée à des fins pénales. Or, l'interopérabilité affaiblit quelque peu ce principe. En effet, l'accès d'Europol, agence compétente en matière pénale, au VIS, base de données relative au visa, altère ce principe ; l'utilisation des données contenues dans le VIS à des finalités pénales y contrevient manifestement. *« On assiste à une transformation latente de certaines banques de données qui, d'instruments assurant la libre circulation des personnes ou le développement d'une politique commune de visa, se transforment en instruments d'investigation ou de prévention des menaces de sécurité intérieure de l'Union européenne, incompatible avec le principe de finalité »*⁷³³.

Une autre manifestation de l'interopérabilité, encore au stade des prémices, est la coopération établie entre les différentes agences européennes compétentes en matière pénale. Des accords de coopération ont été mis en place entre Europol, Eurojust, le Frontex et l'OLAF. Par exemple, l'article 24 de la décision portant création d'Europol et l'article 26 portant création d'Eurojust prévoit les modalités de coopération entre les deux agences et les autres organes de l'Union.

Par exemple, Europol a conclu des accords avec l'Office de lutte anti fraude, chargé de lutter contre les fraudes aux intérêts de l'Union européenne et l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures (Frontex), qui joue notamment un rôle en matière d'immigration clandestine et de traite des êtres humains. Or, ces accords ont pour unique objet l'échange de données stratégiques et techniques ; en effet, est prohibé l'échange de données à caractère personnel. Par contre, un accord conclu entre Europol et Eurojust prévoit la possibilité de transmettre des données à caractère personnel. De plus, Eurojust peut même être associé aux fichiers d'analyse Europol.

⁷³³ V. Bazocchi, La protection des données dans le droit de l'Union européenne, in Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, sous la dir. De J. Rideau, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2009, p. 59, et spec. p. 93.

Une autre menace croissante est la multiplication des traitements de données à caractère personnel. Comme nous l'avons souligné, il est désormais possible d'échanger des données relatives aux empreintes digitales et aux profils ADN. Elles constituent des données particulièrement sensibles. Bien que l'on puisse justifier cet échange, on constate que la sacralité des données sensibles est évanescence.

Enfin, la dernière initiative tendant à assurer une disponibilité de l'information porte sur les données PNR entre Etats membres de l'Union européenne. « *Ce sont des informations non vérifiées communiquées par les passagers, qui sont recueillies et conservées dans le système de réservation et de contrôle des départs des transporteurs aériens pour leur propre usage commercial* »⁷³⁴. Elle suppose une coopération avec des entreprises privées. « *La valeur ajoutée du traitement de ces données consisterait à procéder à des évaluations de risques des personnes, pour obtenir des informations et pour établir des liens entre des personnes connues et des personnes inconnues* »⁷³⁵. Ce système est déjà utilisé dans de nombreux pays et semblerait apporter une plus-value dans la lutte contre le terrorisme. Un tel projet fut initié par une proposition de décision-cadre de 2007⁷³⁶. Rendue obsolète par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, modifiant la nomenclature normative, une directive est à l'étude en vue d'instaurer un échange de données dans l'espace pénal européen⁷³⁷. Cette innovation portera une nouvelle atteinte au principe de finalité car par définition, les données PNR n'ont pas vocation première à être utilisées à des fins pénales.

La mise en place de coopération et l'instauration d'une synergie est bienvenue d'un point de vue d'efficacité sécuritaire. Or, nous pouvons nous interroger sur l'impact d'une telle politique sur la protection des données personnelles. A notre sens, la réalisation de cette synergie est source d'inquiétude. On constate un décalage entre ces approfondissements et une prise de conscience encore timorée de la nécessité de protéger les données. On ne peut nier que chaque système propose un régime de protection des données mais force est de

⁷³⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, COM(2011) 32 final du 2.2.2011.

⁷³⁵ F. Dumortier, C. Gayrel, J. Jouret, D. Moreau et Y. Pouillet, *op. cit.*, JDE fév. 2010, p. 40.

⁷³⁶ Proposition de décision-cadre de 2007 du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (Passenger Name Record - PNR) à des fins répressives, COM(2007) 654.

⁷³⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, COM(2011) 32 final du 2.2.2011.

reconnaître que le système actuel n'est pas pleinement satisfaisant compte tenu du fait que les efforts mis en œuvre en la matière restent insuffisants.

2) Les carences de la protection

La protection des données à caractère personnel souffre de plusieurs carences. Elles se retrouvent à deux niveaux : on peut regretter d'une part, une divergence des droits nationaux en la matière (a) et d'autre part, la frilosité des institutions européennes à prendre des dispositions efficaces (b).

a) Les divergences persistantes des droits nationaux

Comme nous l'avons évoqué précédemment, certains régimes de protection reposent sur le droit national. Tel est le cas pour les données figurant dans le SIS et le SID. Or, bien que l'harmonisation des législations ait été amorcée par la Convention n°108, il est à craindre que celle-ci ne soit pas aboutie au point de créer des variations de protection en fonction des Etats.

α) Les divergences des droits nationaux en matière de fichiers de police

Les droits nationaux reposent sur des conceptions sensiblement différentes de la protection des données à caractère personnel. En effet, deux approches semblent s'opposer : la conception anglo-saxonne et la conception continentale⁷³⁸.

Force est de reconnaître que les droits européens ne sont pas diamétralement différents. Une harmonisation a eu lieu par les textes du Conseil de l'Europe et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. En effet, la Convention n°108 et la recommandation (87) 15 constitue le droit commun en matière de protection des données. Considérés comme les textes de référence en la matière, l'utilisation des bases de données et systèmes d'information

⁷³⁸ A. Turk et P. Piazza, *La difficile quête d'un équilibre entre impératifs de sécurité publique et protection de la vie privée*, Cultures & Conflits, n°76, 2009, p.

mis en place au niveau européen⁷³⁹ est subordonnée à l'intégration en droit interne des principes qu'ils édictent. Si les Etats ne l'ont pas fait, ils ne sont pas autorisés à utiliser les fichiers. Pour autant, malgré cet effort, il est à craindre que les garanties offertes dans les pays européens ne soient pas équivalentes. La Convention reste assez évasive en raison de son champ d'application général. De plus, elle est relativement ancienne et peut paraître dépassée en raison des progrès technologiques réalisés en matière d'échange informatisé de données.

Ceci étant, des divergences importantes persistent⁷⁴⁰. Prenons quelques exemples. Premièrement, concernant le délai de conservation, on peut observer des divergences entre les Etats européens : alors que l'Allemagne et le Portugal prévoient de tels délais, d'autres législations à l'instar du droit espagnol ne fixent aucune limite. Deuxièmement, les données dites sensibles ne sont pas appréhendées de façon identique dans l'ensemble des Etats européens : alors que certains droits nationaux posent le principe de l'interdiction du traitement de ces données, assorti d'exceptions⁷⁴¹, d'autres sont plus attentatoires en posant le principe du traitement des données sensibles lorsqu'il apparaît justifié⁷⁴². Troisièmement, en ce qui concerne le droit d'accès, de rectification ou d'effacement des données sur demande de la personne concernée, on s'aperçoit que les législations européennes ne sont pas identiques ; ainsi, alors que l'Italie et le Royaume Uni refusent de tels droits, l'Allemagne, l'Espagne, les Pays-Bas et le Danemark admettent ces possibilités sous certaines conditions. Quatrièmement, on peut observer également des divergences sur la « qualité » des personnes concernées. Alors que certains Etats autorisent le traitement d'un grand nombre de personnes concernées par l'infraction (auteurs, suspects, victimes potentielles, indicateurs, témoins...), d'autres posent des limites.

Dès lors, on constate que l'harmonisation reste marginale ; on perçoit bien l'insuffisance d'harmonisation, ce qui est discutable lorsque l'on constate que la protection des données personnelles contenues dans certains fichiers européens repose sur le droit national. Alors que l'on espérait une harmonisation avec l'adoption de la décision-cadre de 2008, celle-ci n'est pas intervenue en ce sens.

⁷³⁹ L'ensemble des textes adoptés dans le cadre de l'Union européenne renvoie à ces deux textes.

⁷⁴⁰ V. *La protection des données personnelles*, site du Sénat, http://www.senat.fr/lc/lc62/lc62_mono.html.

⁷⁴¹ Pays-Bas

⁷⁴² Espagne et Royaume-Uni.

β) L'insuffisance de l'harmonisation des droits nationaux

Ainsi, certains ont émis le souhait que l'Union européenne adopte une norme en vue de réaliser cette harmonisation. La directive de 1995 participe certes à cette harmonisation mais elle ne joue pas pour les domaines relevant de la matière pénale. Par la suite, a été adoptée la décision-cadre de 2008 relative à la protection des données personnelles en matière de coopération policière et judiciaire. Cette décision était l'occasion d'harmoniser les droits nationaux en matière de protection des données ; en effet, on lui avait attribué pour fonction « *que cela soit ou non prévu dans le texte lui-même, d'harmoniser l'ensemble du régime national car il semble impossible, lorsqu'on collecte une information au niveau interne d'être certain qu'elle ne sera jamais utile pour une autre Etat membre* »⁷⁴³. Il s'agit là de l'argument de poids avancé par le Conseil⁷⁴⁴ auquel s'ajoute celui du Contrôleur européen de la protection des données qui souligne que « *la possibilité d'avoir différents niveaux de protection des données dans différents États membres dans le cadre du troisième pilier serait incompatible avec la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel les citoyens se déplacent librement et avec un rapprochement approprié des législations ; ne serait pas appropriée pour la protection des données à caractère personnel, au vu de l'article 30, paragraphe 1, point b), du traité UE, C 139/4 FR Journal officiel de l'Union européenne 23.6.2007 et serait inefficace et irréaliste pour les services répressifs, dont le travail serait entravé par des distinctions ingérables entre données nationales et données transmises ou accessibles aux fins de leur transmission, qui dans la plupart des cas feront partie d'un même dossier* »⁷⁴⁵. Cette question fut l'objet de nombreux débats pour finalement aboutir au renoncement à l'harmonisation des droits nationaux en raison de la réticence farouche de certains Etats à l'idée d'harmonisation⁷⁴⁶.

Cette abstention a pu s'expliquer par un problème de compétence de l'Union. En effet, on a pu avancer qu'il n'existait pas de base juridique fondant l'action de l'Union en matière de

⁷⁴³ S. De Biolley, *Collecte, échange et protection des données dans la coopération en matière pénale*, JDE sept. 2006, p. 93.

⁷⁴⁴ Note de la présidence aux conseillers JAI/COREPER/Conseil du 17 nov. 2006, n°15431/06.

⁷⁴⁵ Contrôleur européen de la protection des données, *Troisième avis du contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées*, J.O.U.E. C 139, 23 juin 2007, p. 1.

⁷⁴⁶ Royaume-Uni, Danemark, République Tchèque, Irlande. V. F. Dumortier & Y. Pouillet, *La protection des données à caractère personnel dans le contexte de la construction en pilier de l'Union européenne*, in P. Palazzi & M.T. Perez Martin (dir.), *Défis du droit à la protection de la vie privée*, coll. Cahiers du centre de recherche informatique et Droit, vol. 31, p. 447, et spéc. p. 459.

protection des données à caractère personnel⁷⁴⁷. En effet, un doute subsiste. Le Contrôleur européen de protection des données considérait que « *les articles 30 §1, b) et 31, §1, c) du traité UE constituaient des bases juridiques adéquates pour l'adoption de règles relatives à la protection des données dont le champ d'application ne se limite pas à la protection des données à caractère personnel effectivement échangées entre les autorités compétentes des Etats membres, mais qui englobe aussi les situations internes* »⁷⁴⁸. Or, il n'est pas certain que ce fondement soit pertinent comme il a pu être remarqué en matière de coopération policière⁷⁴⁹. Finalement, la décision-cadre a pour unique objet de régir la protection applicable au transfert transfrontalier des données personnelles.

Cet état du droit crée des inégalités car certains droits internes sont plus protecteurs que d'autres. De plus, concernant le SIS par exemple, il est admis qu'un individu saisisse n'importe quelle autorité nationale pour faire prévaloir ses droits. De la sorte, les personnes qui le peuvent saisiront l'autorité de l'Etat dont le droit est le plus protecteur des données à caractère personnel.

Cette faiblesse imputable aux divergences des droits nationaux n'est pas le seul facteur d'insuffisance de la protection des données à caractère personnel. On constate des carences dans le régime applicable aux transferts transfrontaliers.

b) L'insuffisance de la protection des données dans l'espace européen

Le régime de protection des données à caractère personnel en matière pénale n'est pas pleinement satisfaisant. On peut observer des carences, tant dans le régime général découlant de la décision-cadre (α) que dans les différents régimes spécifiques (β).

α) Insuffisance de la protection dans le régime général

L'insuffisance de la protection dans le régime résultant de la décision-cadre se caractérise à un double niveau : d'une part, on constate une insuffisance d'un point de vue qualitatif,

⁷⁴⁷ S. Peyrou-Pistouley, La protection des données à caractère personnel dans l'ELSJ, work in progress, RTDEur. 2010, p. 781

⁷⁴⁸ F. Dumortier et Y. Poulet, La *protection des données à caractère personnel dans le contexte de la construction en piliers de l'Union Européenne*, Rev. Lamy Dr. de l'immatériel, 2007, étude n°29, n°12.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

compte tenu du fait qu'elle n'offre pas un régime de protection des données satisfaisant et d'autre part, on remarque des carences d'un point de vue quantitatif eu égard au champ d'application limité de la décision-cadre.

Tout d'abord, on reproche fréquemment à la décision-cadre d'offrir un système de protection des données insuffisant. Les critiques les moins acerbes portent sur l'inutilité du texte⁷⁵⁰. Il n'apporterait aucune plus-value par rapport au texte existant et eu égard aux récentes évolutions⁷⁵¹. D'autres vont plus loin. Le Contrôleur européen des données estime que le cadre de protection proposé demeure insuffisant car « *plusieurs de ses dispositions essentielles ne sont pas compatibles avec la décision 95/46/CE* »⁷⁵². Plusieurs exemples illustrent cette insuffisance.

Premièrement, elle apparaît dans l'article 11 de la décision-cadre qui vient porter une atteinte importante au principe de finalité. Cette disposition prévoit la possibilité de traiter ultérieurement des données, transmises ou mises à disposition par l'autorité compétente d'un autre Etat, pour des finalités autres que celles pour lesquelles elles ont été transmises. Cette atteinte est d'autant plus grande que la condition de la stricte nécessité, condition classiquement exigée dans toute atteinte à un droit fondamental, n'est pas posée par le texte⁷⁵³.

Deuxièmement, l'insuffisance se manifeste dans l'absence de différenciation des règles en fonction de la qualité de la personne concernée. Une proposition de la Commission avait pour objet de différencier les règles en fonction de la catégorie de personnes concernées⁷⁵⁴ : les suspects, les témoins, les victimes, les personnes condamnées, etc. En effet, il était question d'aménager les règles de telle sorte que le régime de protection des données à caractère personnel des victimes ou des témoins soit plus protecteur. On pouvait ainsi imaginer des délais de conservation plus courts ou encore un droit d'accès, d'effacement et de rectification plus facile à accorder.

⁷⁵⁰ S. Peyrou-Pistouley, *La protection des données à caractère personnel dans l'ELSJ, work in progress*, RTDEur. 2010, p. 775, et spéc. p. 780.

⁷⁵¹ V. *Infra*.

⁷⁵² *Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulées « Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens »*, J.O.U.E 2009, C 276/02, 17 novembre 2009, p. 8.

⁷⁵³ Une telle absence rend la décision contrainte à l'article 8§2 de la CESDH. V. not. S. Peyrou-Pistouley, *La protection des droits fondamentaux, au cœur de la nouvelles priorités de l'ELSJ : l'exemple de la protection des données à caractère personnel*, *Curentul Juridic*, 2010, n°3, p. 66 et spéc. p. 72 et S. Peyrou-Pistouley, *La protection des données à caractère personnel dans l'ELSJ, work in progress*, RTDEur. 2010, p. 775, et spéc. p. 786-787.

⁷⁵⁴ *Ibid.* p. 72

Troisièmement, l'insuffisance transparait du sort réservé aux données dites sensibles. Alors qu'il est traditionnellement admis une interdiction de principe du traitement des ces données, la décision-cadre admet qu'il est autorisé par une loi qui précise les mesures qui garantissent la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne concernée. Dans le même ordre d'idées, on peut regretter l'absence de règles relatives à l'échange de données biométriques ou génétiques.

Ensuite, l'autre faiblesse de la décision est imputable à son champ d'application limité. Outre le fait qu'elle ne conduit pas à l'harmonisation des droits nationaux, la décision-cadre n'a pas vocation à régir la protection des données dans le cadre de tous les échanges transfrontaliers de données. En effet, la décision-cadre, dans les paragraphes 39 et 40 de son préambule, précise qu'elle ne s'appliquera pas aux systèmes d'échanges pour lesquels les actes créateurs comportent des dispositions constituant « *un ensemble complet et cohérent de règles couvrant tous les aspects pertinents de la protection des données et régissent de manière plus détaillée que ne le fait la décision-cadre* »⁷⁵⁵. Tel est le cas notamment du fonctionnement d'Europol, Eurojust, du Système d'information Schengen, du Système d'information douanier, du transfert automatisé de profils ADN, de données dactyloscopiques et de données nationales relatives à l'immatriculation des véhicules au titre de la décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière⁷⁵⁶. Autrement dit, la décision n'a pas vocation à régir la protection des données à caractère personnel toutes les fois où les dispositions prévoient des conditions plus restrictives que celles figurant dans la décision-cadre⁷⁵⁷.

En somme, on peut s'étonner d'observer un champ d'application de la décision-cadre extrêmement restreint. Ce constat nous conduit à rejoindre les auteurs qui la jugent inutile. Outre son champ d'application restreint, les nombreuses carences, inventoriées dans le régime de protection qu'elle offre, conduisent en effet à aggraver sa marginalisation puisque le §40

⁷⁵⁵ § 39 du préambule de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, J.O.U.E. n°L350 du 30 novembre 2008, p. 60.

⁷⁵⁶ J.O.U.E., L 210 du 6 août 2008, p. 1.

⁷⁵⁷ § 40 du préambule de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, J.O.U.E. n°L350 du 30 novembre 2008, p. 60.

de son préambule prévoit l'application d'autres textes toutes les fois que ces derniers offrent une protection plus effective.

β) Insuffisance de la protection dans les régimes spéciaux

Les insuffisances en matière de protection des données à caractère personnel ne sont pas seulement imputables aux carences de la décision-cadre ; en effet, nous pouvons observer que certains régimes spéciaux n'offrent pas les garanties suffisantes pour assurer une protection effective. Ces insuffisances rejoignent pour l'essentiel les points déjà abordés dans le cadre du régime général et que l'on retrouve dans les régimes spéciaux.

Tel est le cas notamment de l'absence de différenciation des différentes personnes concernées. Ainsi, la Convention d'application de l'accord de Schengen ne distingue pas les règles applicables aux personnes suspectées, aux témoins et aux victimes. Ce même constat s'impose avec les données échangées dans le cadre de l'activité d'Europol.

Nous pouvons également citer le traitement des données personnelles dites sensibles. Alors que traditionnellement, on prohibe ce traitement sauf exception, la tendance actuelle est de reconnaître par principe la possibilité de traitement sous conditions.

Un autre point mérite d'être souligné. On peut s'interroger sur la conformité à la CESDH du droit applicable en matière de requête devant Europol et Eurojust. Nous avons vu précédemment qu'une personne peut demander l'accès, la vérification, la rectification en passant par le biais de l'autorité de contrôle nationale qui transmet la demande à Europol et Eurojust. La décision de ces agences est susceptible d'un recours devant l'autorité de contrôle commune. Or, la décision de celle-ci est définitive et contraignante. En bref, l'individu ne dispose d'aucun recours juridictionnel pour contester la décision de l'autorité.

Les carences en matière de protection des données sont bien réelles et les instances européennes ont en conscience. En témoigne le Programme de Stockholm. Ce programme, fixant les orientations à suivre pendant les cinq prochaines années, place parmi les priorités de l'Espace de liberté, sécurité et justice la protection des données. Il est prévu de suivre une « *stratégie globale de protection des données au sein de l'UE et dans le cadre des relations*

avec les tiers »⁷⁵⁸. Cette ambition est soutenue par le contrôleur européen de la protection des données⁷⁵⁹.

§ II. Perspectives limitées de la protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen

L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 ouvre des perspectives en matière de protection des données à caractère personnel. Ces perspectives apparaissent à deux niveaux : d'une part, la réforme institutionnelle permet une action en vue d'améliorer la protection des données personnelles dans l'espace pénal européen (A) et d'autre part, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ouvre de nouvelles perspectives en matière de protection des droits fondamentaux (B).

A. Les perspectives offertes par la réforme institutionnelle

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne à la fin de l'année 2009 a bouleversé l'architecture de l'Union en profondeur. Cette réforme a des répercussions indirectes sur la protection des données à caractère personnel car elle offre de nouvelles perspectives susceptibles de renforcer l'effectivité de la protection. Nous pouvons notamment relever deux points principaux qui permettent potentiellement un approfondissement de la protection des données : il s'agit premièrement de la possible harmonisation des droits nationaux en la matière et deuxièmement du recours au juge désormais ouvert.

1) L'harmonisation potentielle des droits nationaux

Nous avons vu, dans nos précédentes constatations, qu'il existait un doute sur la compétence de l'Union pour harmoniser les législations nationales en matière de protection des données. En effet, l'Union n'avait pas compétence pour légiférer en matière de droits fondamentaux.

⁷⁵⁸ Conseil de l'Union européenne, *Programme de Stockholm, une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, 2 décembre 2009, doc n°16484/1/09rev. 1 JAI866.

⁷⁵⁹ Contrôleur européen de la protection des données, Avis 2009/C 276/02 sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « Un espace de liberté, sécurité et de justice au service des citoyens », JOUE C 276 du 17 novembre 2009, p.8.

Dès lors, les négociations visant à harmoniser les droits nationaux en matière de protection des données traitées à des fins pénales ont naturellement échoué.

Le Traité de Lisbonne vient modifier cet état du droit. L'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que : « *Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* ». Il précise dans son second paragraphe que : « *Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données* ». Cette nouvelle disposition est présentée comme essentielle à deux titres. D'une part, elle permet de fonder une action globale en matière de protection des données. En effet, la disparition des piliers rend cette disposition applicable à l'ensemble du droit de l'Union excepté le domaine qui relève de la PESC⁷⁶⁰. Dès lors, l'Union peut désormais adopter un texte unique qui pourra offrir un régime global et cohérent, tout en prenant en compte la spécificité de la matière pénale⁷⁶¹. D'autre part, l'article 16 constitue une base juridique pour harmoniser les droits nationaux en matière de protection des données. Ainsi, la protection des données devient un domaine de compétences partagées entre l'Union et les Etats membres⁷⁶².

Dès lors, le Traité de Lisbonne permettrait d'envisager une réforme de la protection des données à caractère personnel en vue de l'adoption d'un système global et cohérent et permettant une harmonisation des législations nationales. Pour autant, il est permis de douter du caractère révolutionnaire des apports du Traité de Lisbonne⁷⁶³. En effet, tout d'abord, on doit reconnaître que l'élaboration d'un régime unifié entre les matières relevant de l'ancien

⁷⁶⁰ S. Peyrou-Pistouley, *La protection des données à caractère personnel dans l'ELSJ, work in progress*, RTDEur. 2010, p. 775, et spéc. p. 784.

⁷⁶¹ V. Déclaration n°21 annexée au Traité de Lisbonne sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière : « *La Conférence reconnaît que des règles spécifiques sur la protection des données à caractère personnel et sur la libre circulation de ces données dans les domaines de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière se basant sur l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pourraient s'avérer nécessaires en raison de la nature spécifique de ces domaines* ».

⁷⁶² S. Braum, *La protection européenne des données en droit pénal européen*, in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen* (ss la dir. Braum S. & Weyembergh A.), éd. De l'univ. De Bruxelles, 2009, p. 195, et spéc. 206.

⁷⁶³ F. Dumortier, C. Gayrel, J. Jouret, D. Moreau et Y. Poulet, *La protection des données dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, JDE fév. 2010, p. 34, et spéc. 45.

pilier communautaire et celles relevant de l'ancien troisième pilier est illusoire, comme en témoigne la déclaration n°21 annexée au Traité de Lisbonne. La finalité répressive exige un régime spécifique et adapté. De plus, l'article 16 TFUE prévoit *in fine* une compétence de l'Union pour harmoniser les droits nationaux dans la mesure où les activités « *relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation des données* ». Cette formule ne semble pas désamorcer les arguments des opposants à une harmonisation des législations en matière de protection des données à caractère personnel. L'intervention de l'Union apparaît donc circonscrite aux seuls transferts transfrontaliers de données.

Sur ce point, les perspectives offertes par la réforme portée par le Traité de Lisbonne sont limitées. On s'interroge sur la réelle portée de cet apport. On peut regretter une rédaction réductrice ne conférant pas à l'Union compétence pour harmoniser les droits nationaux en matière de protection des données à caractère personnel.

Cette réserve se retrouve également en ce qui concerne le recours juridictionnel. Ce qui est présenté comme une révolution est entachée de plusieurs zones d'ombre laissant planer quelques doutes sur la véritable portée de cette évolution.

2) Le recours juridictionnel ouvert

Le Traité de Lisbonne, en supprimant les piliers, conduit à étendre le rôle de la Cour de Justice de l'Union européenne aux matières qui relevaient du troisième pilier sous l'empire du Traité sur l'Union européenne. Désormais, la plupart des actions devant la Cour de Justice qui existaient en droit communautaire sont ouvertes dans les matières relevant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale⁷⁶⁴. Le recours en annulation semble particulièrement intéressant en matière de protection des données à caractère personnel.

Le recours en annulation est un « *recours par lequel le requérant demande au tribunal ou à la Cour de justice d'annuler un acte d'une institution visant à produire des effets de droits, au motif que celui-ci est illégal* »⁷⁶⁵. L'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ouvre le contrôle de légalité aux actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets

⁷⁶⁴ A. Weyembergh, *Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in S. Braum et A. Weyembergh, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Institut d'études européennes, 2d. de l'Univ de Bruxelles, 2009, p. 227.

⁷⁶⁵ C. Bluman et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} éd. Litec, 2010, p. 641.

juridiques à l'égard des tiers ainsi qu'aux actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Dès lors, les actes émanant des agences de l'Union européenne à l'instar d'Europol et d'Eurojust peuvent faire l'objet d'un contrôle de la Cour. Cet aspect est d'autant plus important que le recours en annulation est élargi aux particuliers ; en effet, l'article 263 dispose que « *toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* ». On constate tout de même que cette ouverture est limitée⁷⁶⁶ à certains cas, sachant que la Cour a une approche stricte de l'expression « directement et individuellement »⁷⁶⁷.

Cette ouverture peut donc laisser des opportunités en matière de protection des données à caractère personnel. Nous pouvons tout de même regretter l'abandon de la création d'un recours spécifique aux droits fondamentaux, inspiré du *recurso de amparo* et du *Bundesverfassungsbeschwerde* allemand. L'intérêt de ce recours était patent en matière de données à caractère personnel ; cependant sa mise en place était source de trop nombreuses difficultés⁷⁶⁸.

En réalité, on ne perçoit pas véritablement la portée de cette évolution. Notamment, on ne sait pas quels actes pourront être soumis au contrôle de la Cour. Dès lors, plusieurs interrogations surgissent : les citoyens européens pourront-ils saisir la Cour pour obtenir l'annulation d'un acte qui crée une nouvelle base de données pouvant porter atteinte au droit à la protection des données ? Il est permis d'en douter compte tenu des critères stricts que retient la CJUE pour admettre le recours des personnes physiques. En effet, n'importe quel citoyen ne pourra pas l'exercer dans la mesure où il ne sera pas directement et individuellement concerné. De même, pourrait-on imaginer un recours contre une décision de l'autorité commune d'Europol et d'Eurojust qui refuse d'accueillir une demande émanant d'un particulier ? Encore une fois, il semble que la décision entre dans les prescriptions de l'article susvisé.

⁷⁶⁶ F.X. Priollaud et D. Siritzky, *Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, La documentation française, 2008, p. 344.

⁷⁶⁷ CJCE, 25 juillet 2002, Union de Pequenos Agricultores (UPA), aff. C-50/00 P ; CJCE, 1^{er} av. 2004, Jégo-Quéré, aff. C-263/02P.

⁷⁶⁸ F.X. Priollaud et D. Siritzky, *Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, La documentation française, 2008, p. 344.

Il semblerait ainsi que les apports du Traité de Lisbonne ne parviennent pas à tenir leurs promesses et il n'est pas certain que l'on assiste à un renforcement significatif de la protection des données à caractère personnel. Des doutes subsistent donc quant à la réelle étendue de cette plus-value.

B. Les perspectives offertes par l'affermissement des droits fondamentaux

L'Union européenne n'a pas de compétence en matière de protection des droits fondamentaux. Cela ne signifie pas que l'Union peut faire abstraction de ces droits. En effet, ses institutions sont soumises au respect des droits fondamentaux et elle peut même agir ponctuellement ou indirectement en la matière⁷⁶⁹. Le Traité de Lisbonne ne vient pas bouleverser cet état du droit en instaurant une compétence générale de l'Union. Pour autant, certaines dispositions laissent entrevoir une évolution favorable en matière de protection des données. Il s'agit d'une part, de l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux et d'autre part, de l'adhésion possible de l'Union à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

- L'adhésion potentielle de l'Union européenne à la CESDH

Le traité de Lisbonne confère à l'Union la personnalité juridique et ouvre la possibilité pour l'Union d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'Homme⁷⁷⁰. Une telle adhésion soumettrait l'Union à l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme et de la sorte, contribuerait à l'amélioration du droit de l'Union en matière de protection des données personnelles.

La Convention européenne des droits de l'homme ne consacre certes pas de manière autonome le droit à la protection des données personnelles mais la Cour européenne le rattache à l'article 8 relatif à la protection de la vie privée. Le droit à la protection des données personnelles dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme constitue ainsi une

⁷⁶⁹ C. Blumann, *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, R.A.E-L.A.E 2006, p. 11.

⁷⁷⁰ Sur les difficultés inhérentes à une telle adhésion, V. J. Malenovsky, *L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme*, R.G.D.I.P. 2009, p. 753.

extension du droit à la vie privée. En effet, il ne concerne pas uniquement les données relevant dans la vie privée⁷⁷¹. Tombent sous l'application de l'article 8 de la CESDH les données à caractère personnel relatives à la vie privée (orientation sexuelle, dossier médical...), quelle que soit l'utilisation de ces données, ainsi que « *les données relatives aux activités publiques de l'individu* », *librement accessibles ou connues de tous qui font l'objet d'un classement ou d'une organisation rationnelle en vue d'une utilisation ultérieure* »⁷⁷². Les critères utilisés pour apprécier ce dernier point sont la systématisme de la collecte et de la mémorisation des données ainsi que la durée de conservation. Il y a donc une protection des données personnelles dans le cadre de la CEDH. Ainsi, une adhésion de l'Union pourrait permettre d'élever le niveau de protection des données.

A n'en pas douter une telle adhésion constituerait une plus-value pertinente en matière de protection des données à caractère personnel. Pour autant, cette adhésion reste pour l'heure théorique. En effet, de nombreux écueils juridiques freinent considérablement le processus. Des questions ne sont pas encore réglées : tel est le cas de la condition de l'épuisement des voies de recours⁷⁷³, la question de l'intensité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sur les actes de l'Union⁷⁷⁴, la mise en œuvre du mécanisme de codéfendeur (Union et Etats membres)⁷⁷⁵.... Dès lors, bien que l'adhésion soit prévue par le Traité de Lisbonne, on ne peut nier le fait qu'elle reste encore théorique. Il s'agit donc d'une perspective à long terme dont les effets ne peuvent pas être exploités aujourd'hui.

- L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux

L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux apporte de nouvelles perspectives en ce sens qu'elle consacre dans son article 8 la protection des données à caractère personnel en droit autonome. Pour autant, on peut s'interroger sur la pertinence et l'impact d'une telle consécration. Apporte-t-elle une réelle plus-value par rapport à l'existant ?

⁷⁷¹ V. L. Coudray., *op. cit.*, . p. 247 et suiv.

⁷⁷² *Idib.*, p.248.

⁷⁷³ V. not. A. Tizzano, *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, RTDEur., 2011, p. 9.

⁷⁷⁴ G. Ress, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La conscience des droits*, Mélanges en l'honneur de J.P. Costa, Dalloz, 2011, p. 519.

⁷⁷⁵ C. Ladenburger, *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDEur., 2011, p. 20 et spéc. p. 24.

Nous devons dès à présent nuancer l'enthousiasme que peut susciter une telle consécration en soulignant que la Charte s'applique uniquement dans les cas où une mesure nationale se situe dans le champ d'application du droit de l'Union européenne. Cela signifie qu'elle s'applique « *non seulement lorsqu'une mesure nationale met en œuvre le droit de l'Union ou édicte une dérogation à une liberté garantie par le droit de l'Union, mais aussi lorsque cette mesure est simplement adoptée dans le champ d'application du droit de l'Union* »⁷⁷⁶. Cependant, elle ne jouera pas pour les mesures nationales adoptées en dehors du champ d'application du droit de l'Union. Elle ne peut en aucun cas constituer une base juridique pour l'harmonisation des droits nationaux car l'Union européenne n'a pas de compétence générale en matière de protection des droits fondamentaux.

L'intérêt réside en réalité dans le fait que la Charte entre dans « *les normes qui servent de référence au contrôle de légalité des actes des institutions, organes et organismes de l'Union opérés par les juridictions de l'Union européenne* »⁷⁷⁷. Dès lors, elle vient renforcer le socle sur lequel repose le contrôle de légalité de la Cour de justice. Ainsi, elle prend tout son sens en raison de l'extension du contrôle de la Cour à la matière pénale⁷⁷⁸.

En conclusion, nous retenons que le système européen de protection des données est perfectible. Nous devons admettre qu'il existe une réelle volonté de protéger les données comme en témoigne le Programme de Stockholm qui fait figurer la protection des données à caractère personnel parmi les priorités de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Nous assistons à une véritable prise de conscience. Reste désormais à procéder à une refonte du système de protection pour aboutir à une protection effective et efficace.

Pour ce faire, il paraît indispensable de proposer un système cohérent et unifié de la protection des données à caractère personnel. Bien qu'il soit indispensable de prendre en compte la finalité poursuivie et adapter le régime en fonction, il reste tout à fait possible d'adopter un régime de droit commun dans un texte de référence auquel des exceptions pourraient être assorties. Le système actuel souffre d'un problème de méthode ; en effet, ont été élaborés plusieurs régimes spécifiques avant même l'adoption d'un régime de droit commun. A n'en pas douter, cette méthode est la cause de l'incohérence du régime. Il paraît nécessaire d'adopter un régime de droit commun puis éventuellement de prévoir des régimes

⁷⁷⁶ L. Coudray., *op. cit.*, p. 303.

⁷⁷⁷ F. Picod, *Traité de Lisbonne*, JCl. Europe Traité, p. 11.

⁷⁷⁸ V. supra.

spécifiques, dérogeant au premier en fonction des finalités poursuivies. A cette occasion, il conviendrait de renforcer la protection que nous estimons trop faible dans certaines hypothèses.

De plus, il paraît indispensable d'harmoniser les droits nationaux en matière de protection des données. Les divergences nuisent à l'échange de données et créent des inégalités entre les citoyens européens, d'autant que plusieurs mécanismes reposent sur une protection nationale des données personnelles.

L'Union est consciente de ses faiblesses ; en effet, dans le cadre d'une communication relative à « *une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne* », la Commission s'est fixé pour objectif de proposer un régime unifié et cohérent en « *étendant l'application des règles générales de protection des données aux domaines de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale, y compris pour le traitement au niveau national* »⁷⁷⁹. Cette communication témoigne ainsi à la fois de la déficience du régime actuel et des perspectives offertes à la protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen.

Ce constat ne se vérifie pas en l'état au niveau de l'espace international. Nous ne constatons pas de simples insuffisances mais de véritables carences en matière de protection des données. Pour autant, alors que dans certains cas, cette absence est particulièrement alarmante, dans d'autres, elle se trouve compensée.

⁷⁷⁹ Commission européenne, « *Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne* », Communication de la Commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, le 4 nov. 2010.

Section 2 : La protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal international

La protection des données n'est pas un problème cantonné aux frontières européennes. La question de cette protection dépasse largement l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice. L'entraide répressive est également mise en œuvre entre des Etats européens et non européens notamment en matière d'échange de données. En effet, Interpol, précurseur de l'échange d'informations en matière pénale, s'est doté d'un système de protection, récemment renforcé. De plus, cette dimension universelle prend une importance croissante du fait du développement des aspects extérieurs de l'espace pénal européen et le développement d'une coopération entre l'Union et les Etats tiers ou les organisations internationales tierces. En outre, la coopération avec les juridictions pénales internationales conduit naturellement à l'échange de données à caractère personnel relatives aux personnes suspectées, aux victimes, aux témoins (etc...) des Etats au profit des juridictions. Dès lors, la question de la protection des données à caractère personnel se pose dans ce contexte particulier. Dès lors il convient d'en examiner les contours. Ainsi, il nous faut distinguer deux hypothèses : la première a trait à l'échange de données personnelles dans le cadre de la coopération verticale, c'est-à-dire des Etats avec les juridictions pénales internationales (§ I) ; la seconde porte sur la coopération horizontale, autrement dit la coopération interétatique à l'échelle internationale (§ II).

§ I. La protection des données à caractère personnel dans le cadre de la coopération verticale

Chacune des juridictions pénales internationales dispose de sa propre base dans laquelle sont conservées les différentes données recueillies dans le cadre des enquêtes. La gestion des données appartient au Procureur de chaque juridiction, comme en témoigne l'article 47 du règlement de procédure et de preuve du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie qui dispose que « *sous réserve de l'article 81, le Procureur est responsable de la conservation, la garde et la sécurité des informations et des pièces matérielles recueillies au cours des enquêtes jusqu'à ce qu'elles soient officiellement soumises comme éléments de preuve devant le Tribunal* »⁷⁸⁰. L'accès aux données contenues dans la base est accessible au Procureur et les données pertinentes sont mises à disposition des Chambres⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ On retrouve la même disposition dans des termes quasi similaires à l'article 41 du règlement de procédure et de preuve du TPIR.

⁷⁸¹ Entretien avec M. Spittler, conseillère en coopération judiciaire à la Cour pénale internationale.

La question de la protection des données à caractère personnel n'a fait l'objet d'aucune étude ou autres travaux en matière de justice pénale internationale. La justification est simple : les différents statuts qui réglementent le fonctionnement de la justice pénale internationale ne prévoient aucune disposition en matière de protection des données. En réalité, les seules règles applicables poursuivent un objectif purement sécuritaire. Pour autant, ce qui peut être perçu comme une carence peut trouver une justification dans le caractère exceptionnel et exorbitant de ce type de justice.

A. La finalité sécuritaire des règles applicables à la protection des données à caractère personnel

Les différents statuts et textes qui régissent les juridictions pénales internationales ne prévoient pas directement de règles applicables à la protection des données. A la lecture des différents textes, nous pouvons cependant observer quelques règles éparées applicables en la matière. Or, ces règles ne poursuivent pas pour objectif de garantir un quelconque droit fondamental à la protection des données personnelles ; elles visent plutôt une finalité sécuritaire. Ainsi, nous trouvons des règles particulières relatives à la confidentialité des données dans deux hypothèses : la première est celle de la protection des témoins et des victimes et la seconde a trait aux répercussions de la divulgation des données pour la sécurité nationale.

- Les règles de protection des données en vue de garantir la sécurité des victimes et des témoins

Les statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale prévoient des mesures spécifiques en matière de données à caractère personnel relatives aux témoins et aux victimes. L'article 21 du statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda, l'article 22 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et l'article 68 du statut de la Cour pénale internationale prévoient en effet la mise en œuvre de mesures de protection des victimes et des témoins. L'une des règles phares visant à protéger les victimes et les témoins est la non-divulgence de leur identité avant le début du procès⁷⁸².

⁷⁸² Art. 69 des statuts du TPIY et du TPIY et règle 81§4 du statut de la CPI.

Le statut de la Cour pénale internationale va plus loin en prévoyant dans son article 68 que le Procureur s'abstient de divulguer des éléments de preuves ou renseignements et en présente un résumé lorsqu'il existe un risque de mettre en danger un témoin ou un membre de sa famille.

On peut remarquer une évolution avec le statut de la Cour pénale par rapport aux règles prévues par les statuts des Tribunaux pénaux. Alors que ces derniers prévoient des mesures de confidentialité et d'anonymat dans le seul objectif d'assurer la sécurité des victimes et témoins, on remarque que le statut de la Cour pose une finalité supplémentaire à savoir la protection de la vie privée de la victime et des témoins⁷⁸³. Nonobstant cette différence, force est de reconnaître que l'objectif poursuivi n'est ni la reconnaissance, ni la garantie d'un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel ; il s'agit d'un objectif purement sécuritaire.

Cette même logique se retrouve pour le second pan des règles applicables aux données à caractère personnel. On constate en effet que plusieurs règles prévoyant la confidentialité des données trouvent leur raison d'être non pas dans le droit à la protection des données personnelles mais dans un objectif de préservation de la sécurité nationale.

- Les règles de protection des données en vue d'assurer la sécurité nationale d'un Etat

Les statuts font peser sur les Etats une obligation de coopération avec les juridictions pénales internationales⁷⁸⁴. Dès lors, les Etats sont tenus de communiquer tous les renseignements nécessaires pour l'accomplissement de leurs fonctions. Cette obligation vise également les données à caractère personnel. Pour autant, on constate certains aménagements à cette obligation débouchant sur des mesures de confidentialité des données.

Tout d'abord, il y a des exceptions à l'obligation de coopérer avec la Cour dans des cas particuliers. L'article 72 du Statut de la Cour pénale internationale prévoit ainsi l'hypothèse dans laquelle la divulgation d'une information pourrait porter atteinte aux intérêts de l'Etat en matière de sécurité nationale. Dès lors qu'un Etat sait qu'une information, sur le point d'être divulguée, est susceptible de porter atteinte à ses intérêts, il a le droit d'intervenir auprès de la

⁷⁸³ Art. 68 du Statut de la CPI.

⁷⁸⁴ Art. 86 du statut de la CPI, art. 29 et 28 des statuts du TPIY et TPIR.

Cour pour obtenir une solution par concertation. Plusieurs options sont offertes en vue de concilier la confidentialité et la bonne administration de la justice et la manifestation de la vérité ; l'Etat peut demander la modification ou la précision de la demande, demander à la Cour de se prononcer sur la pertinence du renseignement, demander l'obtention de l'information d'une autre source, communiquer des résumés, des versions corrigées, des restrictions de divulgation, des huis clos etc.⁷⁸⁵. Si la Cour estime que les éléments ou les renseignements sont pertinents, elle peut demander des consultations supplémentaires, tirer les conclusions du refus ou encore ordonner la divulgation....

Dans le même ordre d'idées, lorsque la Cour demande l'obtention d'une information à un Etat qui l'a obtenue d'une entité tierce (Etat, organisation intergouvernementale ou organisation internationale), celui-ci doit demander l'autorisation à la source de l'information utile pour la divulguer. En cas de refus, l'Etat sollicité par la Cour justifiera son impossibilité d'honorer la demande d'assistance en raison d'une obligation préexistante de confidentialité⁷⁸⁶.

Ensuite, il existe des hypothèses dans lesquelles la Cour obtient l'information d'un Etat, mais pour laquelle elle est tenue à une obligation de confidentialité. Cette obligation implique deux conséquences.

D'une part, le Procureur ne pourra pas utiliser le renseignement comme élément de preuve⁷⁸⁷ ; en effet, il est admis que les Etats ou les Organisations fournissent à la Cour des informations en vue de l'aider dans ses investigations mais sans qu'elle puisse les utiliser comme éléments de preuve. Ces accords de confidentialité sont assez répandus et peuvent être source de difficultés comme cela a pu être constaté dans l'affaire Thomas Lubanga, notamment au niveau du respect des droits de la défense⁷⁸⁸. Dès lors, peuvent s'amorcer des négociations en vue d'obtenir une levée de la confidentialité comme le permet l'article 93 du statut de Rome. Cette disposition a permis de trouver une issue dans l'affaire Lubanga.

D'autre part, la Cour ne peut pas transmettre les informations qu'elle a obtenues de la part d'Etats ou d'organisations. Dès lors, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'assistance par un Etat, partie ou non, Le Cour devra obtenir le consentement de la source de l'information pour pouvoir la transmettre à l'Etat requérant⁷⁸⁹.

⁷⁸⁵ Art. 72 §5 du statut de la CPI.

⁷⁸⁶ Art. 73 du statut de la CPI.

⁷⁸⁷ Art. 93§8 du statut de la CPI.

⁷⁸⁸ Entretien avec le Juge Fernandez de Gurmandie, juge à la Cour Pénal internationale ; entretien avec M. Spittler, conseillère en coopération judiciaire à la Cour pénale internationale.

⁷⁸⁹ Art. 93 §10 du statut de la CPI.

On constate donc la finalité sécuritaire justifiant les mesures de confidentialité des données : elles reposent uniquement sur la nécessité de préserver la sécurité nationale ou la sécurité des témoins et victimes. On pourrait éventuellement avancer que ces règles peuvent indirectement garantir un droit fondamental à la protection des données personnelles. Cependant, le fait que ces mesures ne soient pas applicables aux seules données à caractère personnel vient invalider cet argument. Dès lors, force est de constater que les statuts des juridictions pénales internationales éludent purement et simplement la question de la protection des données à caractère personnel. Aussi choquant que cela puisse sembler, cette méconnaissance peut s'expliquer.

B. La méconnaissance expliquée de la protection des données à caractère personnel

Le droit à la protection des données à caractère personnel est complètement absent tant des textes créateurs des juridictions pénales internationales que de la jurisprudence des chambres. Il s'agit d'une question complètement méconnue en matière de justice pénale internationale. Ni les statuts, ni les règlements de procédure et de preuves ne prévoient de dispositions relatives au traitement des données à caractère personnel : aucun délai de conservation n'est prévu, aucune obligation de traitement de l'information de manière loyale et licite n'est imposée... Ceci étant, on comprendra aisément qu'aucun droit d'accès de rectification ou d'effacement n'est proposé à la personne concernée, qu'il s'agisse d'une personne suspectée, d'un témoin, d'un informateur ou d'une victime.

Bien que cette absence puisse paraître une aberration pour un juriste européen, qui plus est français, on ne peut pour autant nier les raisons de cette méconnaissance. A n'en pas douter, le caractère exceptionnel des faits présentés devant la Cour et les Tribunaux peuvent à eux seuls justifier cette carence. En effet, rappelons que les crimes relevant de leur compétence sont d'une extrême gravité et qu'ils s'inscrivent dans un contexte d'une grande complexité. On constate que certains droits du mis en cause connaissent des aménagements procéduraux⁷⁹⁰. Nous comprenons que la durée de la procédure ne permet pas de prévoir par exemple un délai

⁷⁹⁰ Par exemple, la durée de la détention préalable au jugement de l'individu est très longue compte tenu de la longueur de la procédure. Cette durée se trouve justifiée au regard du caractère exceptionnel de ces crimes alors que pour des délits moins graves, elle ne pourra pas être justifiée. Entretien avec le juge S. Techsel, juge au Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie.

de conservation des données de 10 ans lorsque l'on sait qu'il s'agit du temps nécessaire pour organiser le procès de Thomas Lubanga, sans prendre en compte un éventuel appel du jugement.

Il convient dès lors d'envisager la conformité de cet état du droit au regard des textes internationaux et de la jurisprudence internationale en matière de protection des droits de l'homme. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme prévoit une exception au droit à la vie privée (droit de rattachement du droit à la protection des données personnelles) à savoir l'existence d'une base légale à l'ingérence et surtout l'existence d'un but légitime et d'une ingérence proportionnée par rapport à cet objectif⁷⁹¹. Peut-on considérer cette absence de disposition relative à la protection des données à caractère personnel comme une exception proportionnée au droit à la vie privée ? Peut-on justifier le fait que le droit à la protection des données à caractère personnel ne soit pas garanti devant les juridictions pénales internationales par la gravité des crimes, la complexité du contexte infractionnel et le caractère exceptionnel de la procédure ? Une telle affirmation paraît excessive. Nous concédons volontiers que le caractère exceptionnel de la justice pénale internationale exige un régime de protection singulier dérogeant aux régimes que l'on connaît dans le cadre d'une lutte contre une criminalité de droit commun. Pour autant, l'absence pure et simple de protection nous semble être disproportionnée. Il peut donc paraître nécessaire de prévoir des mécanismes de protection des données à caractère personnel. En effet, même si l'on peut comprendre que pour l'heure la question n'ait pas suscité de débats, compte tenu du jeune âge de la Cour et des nombreuses autres questions apparaissant comme prioritaires, la protection des données pourrait bien être l'objet de questionnements. Il n'est en effet par exemple pas envisageable de permettre la conservation des données de manière illimitée. Pour illustrer cette idée, nous pouvons nous référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment l'arrêt *Marper c/ Royaume Uni*. Dans cette affaire, la Cour a eu l'occasion de statuer sur la conservation par le Royaume Uni d'empreintes digitales et de données ADN de personnes qui ont été mises en cause dans une procédure pénale. Finalement, la procédure n'avait pas débouché sur la condamnation des requérants (un non-lieu et un acquittement). Or, le droit anglais prévoyait la possibilité de conserver indéfiniment ces données. La Cour européenne a considéré qu'une atteinte au droit à la vie privée était caractérisée en l'espèce car « *le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation*

⁷⁹¹ S. Peyrou-Pistouley, *L'affaire Marper c/ Royaume Uni : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne*, RFDA 2009, p. 741.

des empreintes digitales, échantillons biologiques et profil ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions, mais non condamnées (...) ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu (...). Dès lors, la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique »⁷⁹². A l'heure actuelle, la conservation des données dans le cadre de la Cour pénale internationale semble être permanente bien qu'aucun texte ne le prévoit expressément⁷⁹³. Or, cette conservation illimitée pourrait bien, à long terme, soulever la question de sa conformité aux droits de l'homme internationalement reconnus. L'extrême gravité des crimes reprochés ne peut justifier une complète négation des droits fondamentaux.

Cependant, de grandes difficultés vont apparaître au moment de la fixation des règles en matière de protection des données. Quel délai de conservation doit être retenu ? Est-il justifié de conserver les données une fois une affaire jugée ? Est-il justifié de conserver les données relatives à une situation terminée ? La question est d'autant plus pertinente pour les personnes qui ont fait l'objet de non-lieu ou d'acquiescement puisque la conservation des données les concernant constituerait une atteinte au principe de présomption d'innocence⁷⁹⁴. D'un autre côté, ces informations pourraient bien permettre le jugement d'autres affaires pouvant impliquer les mêmes personnes. Il est donc certain que ces questions vont faire naître de nombreux débats.

Bien évidemment, il n'est pas envisageable de transposer les règles appliquées dans les droits nationaux. Il est nécessaire de les adapter au contexte de la Cour. Il faudra faire preuve de souplesse. On peut comprendre que l'effacement des données dès qu'une affaire est jugée n'est pas envisageable puisque les données ainsi recueillies peuvent être utiles dans d'autres affaires. Pour autant, on peut s'interroger sur la pertinence de conserver des données des affaires qui s'insèrent dans une situation « terminée ». La conservation d'informations recueillies à l'occasion d'une situation terminée pourrait paraître disproportionnée. L'effacement des données pourrait donc être envisagé lorsque toutes les affaires déterminées dans le cadre d'une situation seraient jugées et que cette dernière serait close. Le cas échéant,

⁷⁹² §125 de l'arrêt. CEDH, *Marper c/ Royaume Uni*, 4 déc. 2009, Req. n°30562/04 et 30566/04.

⁷⁹³ Entretien avec M. Spittler, conseillère en coopération judiciaire.

⁷⁹⁴ S. Peyrou-Pistouley, *L'affaire Marper c/ Royaume Uni : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne*, RFDA 2009, p. 741.

il faudrait peut être songer à reconnaître aux personnes concernées des droits tels que le droit d'accès, de rectification ou d'effacement.

Bien que la question ne soit pas urgente pour la Cour pénale internationale, elle se révèle beaucoup plus délicate en ce qui concerne les tribunaux pénaux internationaux. En effet, ces derniers sont sur le point de disparaître⁷⁹⁵. Bien que leur sort ne soit pas complètement réglé, et que leur issue demeure incertaine, la question de la conservation des données à caractère personnel récoltées à l'occasion des différentes enquêtes va se poser. Pour les mêmes raisons que celles exposées précédemment, la conservation permanente de ces données paraît inenvisageable. Il est donc urgent de trouver une solution pour déterminer le sort de ces données en trouvant un équilibre entre d'une part, la nécessité d'arrêter et de poursuivre les auteurs des infractions qui n'ont pas encore été jugés et d'autre part, la préservation du droit à la protection des données personnelles. La nécessité de trancher la question de cette protection pourrait tout de même être reportée en fonction des modalités prévues pour la poursuite des activités des tribunaux qui n'ont pas achevé leur mission malgré la fin de leur mandat.

Cet état du droit pénal international fait naître des interrogations : un Etat pourrait-il prétexter cette carence pour refuser de communiquer des informations utiles aux juridictions internationales ? En effet, il semblerait possible pour un Etat de refuser de coopérer avec la Cour ou les tribunaux à partir du moment où ils ne respecteraient pas les droits de l'homme. Cette règle bien connue en matière d'entraide judiciaire interétatique (ex : de l'extradition) apparaissait théorique en matière de coopération avec les juridictions internationales car celles-ci respectent les droits de l'homme internationalement reconnus. Pour autant, cette question pourrait ne pas constituer qu'une hypothèse d'école. Le droit à la protection des données à caractère personnel, consubstantiel au droit à la vie privée, peut-il être un motif de refus de coopération ? Ce cas ne s'est jamais posé. Pour autant, ne pourrait-il pas être avancé un jour par un Etat en raison des règles applicables en matière de conservation des données ? Nous ne pouvons pas répondre avec certitude à cette question. Il semble qu'un tel refus soit excessif ; en effet, nous ne pouvons pas comparer l'hypothèse qui est la notre avec celle classiquement admise en matière d'entraide répressive interétatique puisque les violations des droits de l'homme sont plus graves car tenant à l'intégrité physique. Cependant, cette question mérite d'être posée et une intervention en vue de régler le sort des données à caractère

⁷⁹⁵ La date butoir était prévue pour fin 2010.

personnel et de prévoir des règles en vue d'encadrer le traitement de ces données pourrait prévenir ces difficultés.

Le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel demeure un droit inconnu devant les juridictions pénales internationales. Aucune disposition des différents textes ne le consacre et ne lui confère une protection, même indirecte. Les seules mesures de confidentialité des données sont animées par une logique sécuritaire. Cette carence s'explique par la jeunesse de la justice pénale internationale et par son caractère exceptionnel tant au regard de sa mise en œuvre que des crimes qu'elle juge. Dès lors, cette méconnaissance ne paraît pas pour l'heure problématique en ce qui concerne la Cour pénale internationale. Par contre, l'échéance de la disparition des tribunaux pénaux internationaux exige une réflexion sur cette protection. Quoiqu'il en soit, bien que cette absence de disposition n'a pas posé de difficultés pour l'heure, à n'en pas douter, la question de la protection des données à caractère personnel s'imposera aux juridictions pénales internationales.

§ II. La protection des données à caractère personnel dans le cadre de la coopération horizontale

L'échange de renseignement dans l'espace mondial ne se limite pas à la seule coopération avec les juridictions pénales internationales. On peut constater une entraide horizontale interétatique. Elle passe par différents vecteurs. Pour autant, deux « systèmes » méritent particulièrement notre attention concernant la protection des données à caractère personnel. Il s'agit tout d'abord du système Interpol qui est le seul à constituer un outil universel d'échange d'information entre les données (A). Ensuite, il s'agit de l'échange d'informations entre l'Union européenne et les autres espaces répressifs (B).

A. La protection des données à caractère personnel dans le système Interpol

L'Organisation internationale de police criminelle a vocation à relier toutes les polices du monde. Pour ce faire, elle repose sur un système en étoile comprenant un secrétariat général, centre névralgique du système et des bureaux centraux nationaux (BCN) qui sont les intermédiaires entre les policiers et l'Organisation. Interpol axe sa mission essentiellement sur

le renseignement criminel (1) ce qui l'a conduit à se munir d'un système de protection des données relativement performant (2).

1) L'échange de renseignements dans le système Interpol.

L'Organisation internationale de police criminelle, dans son objectif de relier toutes les polices du monde, a créé un système de communication entre les services de police des différents Etats. En effet, tous les BCN sont reliés par un réseau de communication : le système I-24/7. Sa mise en place fut motivée par la volonté de « *relier les fonctionnaires chargés de l'application de la loi de tous les membres et de leur offrir les moyens de mettre en commun des informations de police capitales* »⁷⁹⁶. Ce réseau de communication assure la liaison entre tous les BCN et le Secrétariat Général, ainsi que les BCN entre eux. Depuis 2008, l'ensemble des 188 membres étaient reliés au réseau ainsi que 25 sites distants tels que les bureaux régionaux d'Interpol ou encore des organisations internationales qui se sont vues autoriser l'accès par le Secrétariat Général. C'est par ce réseau que les forces de polices échangent des informations, qu'elles diffusent les différentes notices et peuvent accéder aux différentes bases de données de l'Organisation⁷⁹⁷.

En parallèle, Interpol met en place un service de documentation criminelle qui a une double fonction : la première est de recenser une documentation générale sur le crime transnational et la seconde est la mobilisation d'une documentation spécialisée. Cette documentation passe par de nombreuses bases de données gérées par le Secrétariat général de l'Organisation. Nous pouvons citer par exemple une base contenant des données nominatives⁷⁹⁸, une base répertoriant les documents de voyages perdus ou volés tels que les passeports (cette base permet aux autorités de police de vérifier la validité d'un titre qui leur paraît suspect. 12 millions de documents sont présents sur cette base de données), une base mentionnant tous les documents administratifs subtilisés ainsi que des documents d'immatriculation ou autre certificat de dédouanement utilisés pour l'import/export, une base énumérant les véhicules volés (3,5 millions répertoriés) ou encore les œuvres d'art volées, une base de données relatives aux

⁷⁹⁶ « Fiche pratique : relier les polices : I-24/7 », www.interpol.int.

⁷⁹⁷ Sur ce point V. not. V. GAUDIN et E. ROUX, *Coopération policière internationale*, Rép. Pén. oct. 2010, p. 31.

⁷⁹⁸ Des enregistrements sur des malfaiteurs connus des services de police, sur des personnes disparues, et des cadavres. Ces bases contiennent un certain nombre d'informations sur la personne tel que l'Etat civil, les alias, les antécédents judiciaires, photographies, empreintes digitales....

empreintes digitales de malfaiteurs connus ou encore celles recueillies sur des scènes de crimes dont les auteurs n'ont pas été arrêtés, une base contenant des images d'abus pédosexuels (le logiciel permet d'établir des liens entre des images d'une même série d'abus ou prises dans un même lieu). Il existe également parmi toutes ces bases « la passerelle en matière d'ADN ». Cette base répertorie les seules caractéristiques génétiques d'individus (aucun renseignement sur les caractéristiques physiques ou profils psychologiques), ou les traces non résolues découvertes sur une scène de crime. Cette base peut permettre aux autorités étatiques de faire des recoupements entre un suspect et une scène de crime, ou entre deux suspects ou deux scènes de crimes. A l'heure actuelle, 41 Etats membres de l'Organisation ont créé une base nationale de données génétiques et 33 envoient des enregistrements à Interpol. Ces bases de données sont gérées et actualisées par chaque pays par l'intermédiaire du Bureau national central. Précisément, il est le seul habilité à modifier, retirer ou détruire les informations enregistrées dans leurs bases de données.

Toutes ces bases de données et les moyens de communication mis à disposition par l'Organisation internationale de police criminelle supposent le traitement de données à caractère personnel. Dès lors, l'Organisation ne pouvait faire l'économie d'un régime de protection des données à caractère personnel.

2) Le régime de protection des données à caractère personnel

L'Organisation internationale de police criminelle a élaboré un système de protection des données à caractère personnel. La protection se manifeste doublement : elle transparait d'une part, des règles applicables au traitement des données (a) et d'autre part, du contrôle exercé par la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol (b).

a) Les règles applicables en matière de traitement des données à caractère personnel

Le régime de protection des données à caractère personnel propose des règles éparses à l'efficacité variable. En effet, certaines qui pourraient assurer une garantie importante sont à relativiser (α), alors que d'autres, pouvant paraître insignifiantes, peuvent se révéler particulièrement efficaces (β).

α) Les règles à l'efficacité relative

Certaines règles, prévues dans le Règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale en vue d'assurer la protection des données personnelles, apparaissent d'une efficacité relative.

Tel est le cas de la classification des données en fonction de la confidentialité. Le Règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale prévoit en effet un système de classification des informations en fonction de son niveau de confidentialité⁷⁹⁹. Il existe trois niveaux de confidentialité destinés à renseigner les entités autorisées à appliquer à l'information⁸⁰⁰. Cette classification appartient en principe à la source de l'information et elle peut à tout moment requalifier le niveau de confidentialité de l'information. Cependant, le Secrétariat Général peut requalifier l'information en lui accordant uniquement un niveau supérieur de confidentialité.

Pour autant, on constate que cette classification n'est pas animée par une volonté de protéger le droit à la protection des données personnelles ; en effet, les critères de classification reposent en réalité sur les risques que la divulgation sans autorisation de l'information pourrait créer sur l'activité des services chargés de l'application de la loi ou sur celle de l'Organisation⁸⁰¹. Plus la divulgation est susceptible de nuire à l'action des services ou celle de l'Organisation, plus cette donnée est classée confidentielle. Dès lors, cette classification ne repose pas sur une logique protectrice des données mais plutôt sur une logique sécuritaire.

Dans la même idée, le Règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale prévoit que, tous les 5 ans au plus, il convient d'examiner la nécessité de conserver une information⁸⁰². Toutefois, il est possible de reporter la date limite d'examen dans plusieurs cas :

⁷⁹⁹ Art. 7 du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸⁰⁰ Art. 20.1 du Règlement d'application du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸⁰¹ Art. 20.2 du Règlement d'application du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸⁰² Art. 13 du Règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

1) lorsqu'une information est liée à un ensemble d'autres informations concernant une même ou plusieurs personnes, impliquées ou susceptibles d'être impliquées dans une même affaire ou un ensemble d'affaires liées entre elles⁸⁰³ ;

2) lorsque la source de l'information le demande ou lorsque le Secrétariat général estime que l'information reste pertinente et présente toujours un intérêt. Alors que dans le premier cas la date d'examen de la nécessité de conserver la donnée s'aligne sur celle applicable aux autres données auxquelles l'information litigieuse se rapporte, le report est de 5 ans pour les autres cas. Finalement, on peut douter de la réelle effectivité de la mesure visant à l'examen de la nécessité de conserver la donnée compte tenu des exceptions posées par le Règlement, d'autant que le report du délai d'examen n'est pas limité. Nous pouvons ainsi imaginer qu'il soit systématiquement décidé pour une des raisons évoquées de reporter la date d'examen de la nécessité de conserver la donnée.

β) Les règles à l'efficacité potentielle

D'autres règles, quant à elles, peuvent garantir de manière plus efficace la protection des données.

Tout d'abord, le régime de protection est soumis aux principes classiques du traitement des données. Le premier principe est celui de la licéité du traitement qui doit être conforme aux finalités de l'Organisation⁸⁰⁴ et aux conditions prévues par le Règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale⁸⁰⁵. Le contrôle de la licéité est exercé par le Secrétariat général⁸⁰⁶. On retrouve également le principe de finalité puisque le Règlement prévoit que le Secrétariat général veille à ce que l'accès soit autorisé aux seules personnes dont les fonctions ou attributions sont liées à la finalité du traitement de l'information concernée⁸⁰⁷.

Ensuite, on constate que le traitement des données sensibles est autorisé à certaines conditions. Bien que cette autorisation de principe puisse être perçue comme une atteinte à la protection des données, les conditions et les règles applicables laissent penser que le

⁸⁰³ Art. 14 du Règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸⁰⁴ Art. 3 du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸⁰⁵ Art. 7 du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸⁰⁶ Art. 4 du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸⁰⁷ Art. 9c)1. du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

traitement de ces informations est pleinement maîtrisé. Le Règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale l'autorise si la donnée est pertinente et présente une valeur criminalistique particulièrement importante pour la poursuite des buts de l'Organisation, si elle est toujours liée à une ou plusieurs autres informations traitées par l'Organisation et si elle est décrite sous forme objective sans connotation discriminatoire⁸⁰⁸. On constate qu'un effort particulier est mis en œuvre pour limiter le traitement et protéger ces informations ; cet effort réside dans les contrôles réguliers spécifiques⁸⁰⁹ et dans le caractère accessoire de l'information sensible qui doit forcément être le complément d'autres données.

De plus, une autre mesure qui potentiellement peut être d'une efficacité redoutable pour garantir la protection des données a trait au régime d'accès aux données ; celui-ci est autorisé par le Bureau central national qui a introduit l'information⁸¹⁰ ou, plus généralement, par la source de l'information. Dès lors, pourront consulter ces données uniquement les entités autorisées à le faire. Cette mesure peut permettre, indirectement, de procéder à la protection des données personnelles ; en effet, les sources des informations peuvent refuser l'accès aux autorités d'un Etat qui ne prévoirait pas dans sa législation un régime de protection des données qu'elles estiment approprié. Cette règle repose sur le principe de propriété des données. Ce principe implique que l'émetteur de la donnée est le seul, à quelques exceptions près, à pouvoir modifier ou effacer la donnée ainsi qu'à autoriser sa consultation. Il constitue ainsi une mesure de protection des données à caractère personnel indirect.

Enfin, la dernière mesure que l'on pourrait considérer comme favorable à la protection des données concerne les cas de modification, de verrouillage ou de destruction d'une information. Comme nous l'avons déjà souligné, *a priori*, en vertu du principe de propriété des données, seule la source de l'information peut demander la modification, le verrouillage ou l'effacement d'une donnée⁸¹¹. Pour autant, dans certains cas, alors même que la source ne l'a pas demandé, le Secrétariat général peut procéder à l'une de ces mesures. C'est notamment le cas lorsque une entité autre que la source en fait la demande. Dans cette hypothèse, le Secrétariat général vérifie si les conditions du traitement sont réunies. Ensuite, il consulte la

⁸⁰⁸ Art. 10.2 du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸⁰⁹ Art. 10 du Règlement d'application du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸¹⁰ Art. 5.2 du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

⁸¹¹ Art. 15.1 du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

source de la donnée litigieuse et entreprend toute autre démarche appropriée en vue de déterminer la possibilité et la nécessité de procéder à l'action requise⁸¹². Il procède au verrouillage, à la modification ou à la destruction de la donnée s'il dispose d'éléments pertinents laissant penser que la conservation de la donnée ou des droits d'accès à ladite information risque de contrevenir à l'un des critères de traitement posés par le Règlement ou de porter préjudice à la coopération policière internationale et à l'Organisation, ou aux droits fondamentaux de la personne que l'information concerne. Ce dernier point nous permet donc d'affirmer que l'une des actions peut être prise, en l'absence même d'une demande ou autorisation de la source de l'information, dès lors que les droits fondamentaux de la personne parmi lesquels figure le droit à la protection des données sont menacés.

On constate donc que le Règlement et son Règlement d'application comporte un certain nombre de mesures visant à assurer la protection des données à caractère personnel de la personne. Nous l'avons vu, l'efficacité de ces dispositions apparaît variable. Pour autant, le régime de protection offert dans le cadre d'Interpol se trouve renforcé par l'existence de la Commission de contrôle des fichiers Interpol.

b) Le contrôle des fichiers contenant des données à caractère personnel

L'article 36 du Statut de l'Organisation Internationale de Police Criminelle porte création d'un « *organe indépendant qui veille à ce que le traitement des informations à caractère personnel par l'Organisation soit conforme à la réglementation dont celle-ci s'est dotée en la matière* » à savoir la Commission de contrôle des fichiers. Son activité est variée. Tout d'abord, elle contrôle la conformité des traitements des informations à la réglementation en matière de protection des données personnelles et aux droits fondamentaux des individus. Ce contrôle peut résulter soit d'une demande émanant d'une personne susceptible d'être concernée par le traitement, soit d'un contrôle spontané. Ensuite, la Commission assure une fonction de conseil auprès de l'Organisation en matière de projet, d'opération ou réglementation relative à la matière ; elle est consultée par le Secrétariat général pour l'interprétation d'une règle existante, l'adoption d'une nouvelle règle ou de règles

⁸¹² Art. 15.2 a. du Règlement d'application du règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

d'application ou encore pour la création de bases de données ou la création d'accords avec des partenaires. Enfin, elle traite les demandes d'accès aux fichiers et répond aux demandes des requérants.

Concernant les demandes d'accès, toute personne qui fait l'objet d'information peut gratuitement et librement exercer ce droit⁸¹³. La Commission vérifie si le traitement des données relatives au requérant est conforme aux différentes règles applicables. Puis, la Commission notifie au demandeur qu'elle a procédé aux vérifications nécessaires et peut, avec l'autorisation de la source communiquer au demandeur l'information que l'Organisation détiendrait.

Ainsi, on constate que la personne bénéficie du droits d'accès aux informations. Ce faisant, la condition d'un contrôle par une autorité indépendante est assurée. Par contre, on peut regretter l'absence de recours contre la décision de la Commission. Bien évidemment, l'instauration d'un tel recours est impossible. Aucune juridiction n'est compétente. Dès lors, on peut pointer les limites de la protection des données à caractère international en matière d'échanges internationaux.

Le système Interpol s'est muni d'un arsenal de protection des données personnel *a priori* satisfaisant. Cette satisfaction découle notamment du principe de propriété en vertu duquel un Etat autorise les entités à accéder aux données. Ainsi, un Etat peut refuser l'accès à un bureau central national d'un Etat dont la législation ne prévoirait pas un régime spécifique de protection des données à caractère personnel. Pour autant, il s'agit là d'une illustration de l'idée selon laquelle les carences en matière de protection des données peuvent être un frein à une entraide répressive efficace. Dans une certaine mesure, ce même constat peut être opéré dans les échanges entre les différents espaces répressifs et notamment entre l'espace européen et les autres espaces répressifs « horizontaux ».

B. La protection des données personnelles dans l'échange de données entre Union européenne et entité tierce

Le développement de la dimension externe de la politique européenne de sécurité intérieure se manifeste notamment par la conclusion d'accords entre les organes de l'Union ou l'Union

⁸¹³ Art. 9 du Règlement sur le traitement d'informations pour la coopération policière internationale.

elle-même avec des Etats tiers ou des organisations internationales en matière d'échange de données. Pour autant, la conclusion de tels accords ne peut se faire au mépris de la protection des données à caractère personnel. Dès lors, la mise en œuvre d'une coopération entre l'Union et ses Etats-membres et des entités tierces (Organisations ou Etats) dépend de la capacité de ces dernières à offrir un système satisfaisant de protection des données à caractère personnel. Ainsi, la conclusion d'accords est soumise à la condition que l'autre partie offre un niveau de protection adéquate. Pour autant, force est de constater que la coopération horizontale pose de véritables difficultés en matière de protection des données.

1) L'échange des données entre les Etats membres et les Etats ou organisations tiers

Les règles applicables en la matière sont celles prévues par la décision-cadre 2008/977/JAI. L'article 13 de la décision-cadre prévoit les conditions cumulatives dans lesquels un Etat peut transférer à un Etat tiers ou une organisation internationale tierce des données à caractère personnel mise à disposition par un autre Etat-membre. Ces conditions sont au nombre de quatre. Tout d'abord, le transfert doit être nécessaire à des fins de prévention et de répression d'infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales ; ensuite, l'autorité destinataire doit être chargée d'une mission de prévention et de répression d'infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales ; de plus, l'Etat membre auprès duquel la donnée a été collectée doit donner son accord ; enfin, l'Etat tiers ou l'organisation tierce doit assurer un niveau de protection adéquat de protection des données. L'appréciation se fait au regard de « *toutes les circonstances relatives à une opération de transfert ou à un ensemble d'opérations. Sont pris en compte la nature des données, la durée du ou des traitements envisagés, la finalité, l'Etat d'origine, l'Etat ou l'organisation de destination finale, les règles de droit, générales ou sectorielles en vigueur* »⁸¹⁴.

On constate que ces conditions reposent sur les principes classiques de protection des données ; on retrouve le principe de finalité puisque les deux premières conditions exigent que le transfert des données à caractère personnel soit effectué à des fins pénales et que l'autorité destinataire ait compétence en la matière. Ainsi, il n'est pas possible d'envisager une violation du principe de finalité. De plus, on retrouve l'idée de propriété des données par

⁸¹⁴ Art. 13§4 de la décision-cadre 2008/977/JAI.

la source puisque le transfert de données personnelles est subordonné à l'autorisation de la source quand elle a été obtenue d'un autre Etat que l'Etat requis ou d'une organisation.

Pour autant, on peut regretter un certain nombre de faiblesses dans ce système.

Premièrement, on peut reprocher l'imprécision manifeste de la quatrième condition ; en effet, classiquement, on considère qu'un niveau de protection adéquat équivaut au minimum au niveau de protection prévue par le droit commun de la protection des données à savoir la Convention n°108. Cependant, cela n'est pas garanti. On peut regretter l'imprécision et le caractère évasif de la notion de niveau de protection adéquat, qui, comme tout standard, insère une grande part de subjectivité dans l'appréciation. Ainsi, on peut se demander dans quelle mesure cette condition de protection adéquate est contraignante puisqu'aucun critère ne semble clairement établi. La marge d'appréciation des Etats risque encore une fois d'aboutir à des standards différents en fonction des Etats concernés. On perçoit donc, dans ce cas, une nouvelle cause d'éclatement du régime de protection des données. En outre, il existe une exception à cette condition de protection adéquate du système de l'entité tierce⁸¹⁵ lorsque la législation de l'Etat qui transfère l'information prévoit cette exception pour prendre en compte des intérêts spécifiques légitimes de la personne concernée ou lorsque des intérêts légitimes prévalent en particulier sur les intérêts publics importants ou encore lorsque l'Etat ou l'organisation tiers prévoient des garanties jugées suffisantes par l'Etat membre au regard de sa législation⁸¹⁶.

Deuxièmement, on peut signaler que des dérogations sont prévues à certaines conditions et notamment celle relative à l'autorisation du transfert par la source de l'information. En effet, on peut déroger à la condition relative à l'accord préalable⁸¹⁷ lorsque le transfert est nécessaire pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique d'un Etat membre ou d'un Etat tiers ou les intérêts essentiels d'un Etat membre et que l'accord préalable ne peut être obtenu en temps utile⁸¹⁸.

Finalement, on remarque que le régime de protection des données à caractère personnel dans le cadre de la coopération interétatique entre les Etats-membres de l'Union européenne et les Etats ou organisation tiers comporte des faiblesses. En réalité, il repose sur la bonne volonté des Etats puisqu'ils disposent d'une marge d'appréciation élevée. Ainsi, on constate dans ce

⁸¹⁵ Art. 13§3 de la décision-cadre 2008/977/JAI.

⁸¹⁶ Art. 13§3 de la décision-cadre 2008/977/JAI.

⁸¹⁷ Art. 13 §2 de la décision-cadre 2008/977/JAI.

⁸¹⁸ L'autorité compétente pour donner l'autorisation devra être informée du transfert.

cas particulier une certaine contingence de la protection des données à caractère personnel. D'un côté, l'appréciation de l'Etat peut être laxiste de telle sorte qu'il va estimer la condition de protection adéquate remplie alors que l'Etat requérant n'offre pas les garanties nécessaires ; dès lors, il y aura une violation du droit à la protection des données. D'un autre côté, nous pouvons imaginer que l'Etat, de bonne ou de mauvaise foi, juge la condition non satisfaite de telle sorte qu'il n'honorera pas la demande ; dans ce cas précis, l'absence d'harmonisation devient un frein à une entraide efficace. Ce constat se vérifie d'une certaine manière en matière de coopération entre les agences de l'Union et les Etats ou organisations tiers.

2) L'échange des données entre les agences de l'Union européenne et les Etats ou organisations tiers

En vertu de l'article 23 de la décision portant création d'Europol et l'article 26 bis de la décision portant création d'Eurojust, les deux agences européennes peuvent conclure des accords avec des Etats tiers ou des organisations tierces⁸¹⁹. L'échange de données à caractère personnel est soumis à une double condition : d'une part, le transfert est possible dès lors que la mesure est nécessaire aux fins de prévention ou de lutte contre les infractions relevant de la compétence de l'agence et d'autre part, le transfert est possible lorsque l'agence a conclu un accord qui autorise la transmission de telles données sur la base d'une évaluation du caractère adéquat du niveau de protection des données assurée par l'entité. De plus, lorsque les données émanent d'un Etat membre, l'accord de ce dernier est nécessaire. Les données sont transmises seulement si le destinataire s'engage à les utiliser exclusivement aux fins auxquelles elles ont été transmises⁸²⁰.

Encore une fois, la référence au standard du niveau adéquat de protection fait place à une appréciation subjective. De plus, des dérogations sont admises. En effet, il est possible de déroger aux conditions énoncées lorsque le directeur estime que la transmission est absolument nécessaire à la sauvegarde des intérêts essentiels des Etats membres ou dans le but de prévenir un danger imminent lié à la criminalité ou à des infractions terroristes. Le directeur tient compte de toutes les circonstances et du niveau de protection des données

⁸¹⁹ Organisations internationales et les organismes de droit public qui en relèvent, d'autres organismes de droit public qui sont établis par ou sur la base d'accord entre deux ou plusieurs Etats, l'O.I.P.C.

⁸²⁰ Art. 25 de la décision portant création d'Europol et art. 27 de la décision portant création d'Eurojust.

applicables à l'organisme en cause afin de mettre en balance ce niveau de protection et les intérêts précités⁸²¹.

Les mêmes faiblesses se vérifient dans le cadre de la coopération entre les Agences européennes et les Etats et organisations tiers. On peut se féliciter que le principe de finalité soit respecté. Pour autant, les dérogations prévues par le texte et l'absence de règles plus précises relatives au système de protection des données de l'entité tierce ne permettent pas de conclure à l'existence d'un régime pleinement satisfaisant. Mais les atteintes les plus manifestes apparaissent en matière de coopération entre l'Union européenne et les Etats-Unis, notamment en matière d'échange des données PNR.

3) L'échange des données UE/EU

Les échanges de données entre l'Union européenne et les Etats-Unis se sont intensifiés à la suite des attentats du 11 septembre 2001. La question de la coopération entre ces deux entités se cristallise autour de la transmission des données des dossiers passagers (*Passenger Name Record*). Il s'agit de données comprenant les déplacements, habituellement par voie aérienne, et enregistrées par les transporteurs à usage commercial. Or, un certain nombre d'Etats ont instauré des mécanismes pour contraindre les transporteurs aériens à fournir les données PNR et permettre l'analyse de ces données par les autorités⁸²². Ces données concernent les nom et prénom du client, les renseignements sur l'agence de voyage, l'itinéraire de déplacement, les indications des vols concernées, le groupe de personnes pour lesquelles une même réservation est faite, le contact du passager à terre⁸²³....

Les Etats-Unis ont, depuis les attentats du 11 septembre, utilisé ces données à des fins répressives. Or, la conception américaine de la protection des données ne semble pas en adéquation avec celle partagée par les Etats-membres de l'Union. Ainsi, la transmission de données a fait l'objet de négociations difficiles. Un premier accord est entré en vigueur le 28 mai 2004. Cet accord était controversé en raison de nombreuses atteintes aux droits de

⁸²¹ Le conseil d'administration et l'autorité de contrôle commune sont informés de la décision du directeur.

⁸²² Commissaire aux droits de l'homme, *Lutte contre le terrorisme et protection de la vie privée*, Conseil de l'Europe, décembre 2008.

⁸²³ Y. Détraigne, *Rapport sur la proposition de décision-cadre relative à l'utilisation de données des dossiers passagers à des fins répressives*, Rapport du Sénat n°401 du 13 mai 2009.

l'homme⁸²⁴ et a d'ailleurs été annulé par la CJCE dans un arrêt du 30 mai 2006⁸²⁵. Dans cet arrêt, la CJCE accueille la demande formulée dans le premier moyen présenté par le Parlement visant à annuler la décision d'adéquation aux motifs que la Commission n'était pas compétente pour adopter cette décision car elle ne relève pas du droit communautaire compte tenu de la finalité pénale de l'échange des données PNR. Finalement, l'annulation de l'acte repose, non pas sur les atteintes potentielles aux droits fondamentaux, mais sur une base légale erronée.

Un second accord est entré en vigueur le 1^{er} août 2007. Ce nouvel accord n'est pas exempt de critiques. En effet, plusieurs points constituent des atteintes au droit à la protection des données. Tout d'abord, le délai de conservation des données est de 15 ans (elles sont actives pendant 7 ans puis inactives pendant 8 ans, ce qui signifie que leur consultation est soumise à une autorisation) ; on constate que ce délai est extrêmement long par rapport aux délais traditionnellement appliqués. Ensuite, les données sensibles peuvent être autorisées. De plus, les autorités américaines ont la possibilité de transférer les données à une entité tierce sans autorisation de l'Union. Cette transmission se fera après examen des utilisations prévues et la capacité de l'entité à assurer la protection des informations. Or, ces garanties doivent être relativisées car d'une part, l'examen de l'utilisation ne signifie par que les autorités américaines chargées de cet examen sont tenues de respecter le principe de finalité et d'autre part, les exigences européennes en matière de protection n'étant pas les mêmes que les exigences américaines qui sont chargées d'apprécier la capacité de l'entité tierce, il est à craindre un réel danger pour la protection des données.

En outre, on peut mettre en évidence qu'en dépit des termes de l'accord, le système de protection des données américain n'offre pas une protection adéquate des données à caractère personnel. Les faiblesses du système américain par rapport au système européen sont de trois ordres⁸²⁶ : tout d'abord, le *Privacy Act*⁸²⁷ ne s'applique pas aux individus qui ne sont pas citoyens américains ou résidents permanents ; ensuite, le système ne prévoit pas l'existence d'une autorité de contrôle indépendante ; et, enfin, le principe de finalité est très limité. Dès lors, les exigences européennes ne sont pas garanties par le système américain.

⁸²⁴ V. groupe 29.

⁸²⁵ C.J.C.E., 30 mai 2006, C-317/04 Transfert des données passagers aériens vers les Etats-Unis.

⁸²⁶ R. Bellanova et P. De Hert, *Protection des données personnelles et mesures de sécurité : vers une perspective transatlantique*, Cultures & Conflits, 2010, n°74, p. 63 et spéc. p. 77.

⁸²⁷ Loi relative à la protection de la vie privée et des données personnelles

Nous constatons que la coopération entre les Etats Unis et l'Union européenne se fait au détriment de la protection des données. En effet, l'accord conclu entre les deux puissances déroge à la conception européenne de la protection des données.

Finalement, les observations en matière de protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal international sont contrastées. De manière générale, on constate une véritable carence. Cette carence est source d'insatisfaction à deux niveaux : d'une part, et de manière évidente, elle est source d'une violation parfois même manifeste du droit à la protection des données personnelles à l'instar du système d'échange des données PNR entre l'Union européenne et les Etats-Unis et, d'autre part, elle est légitimement un motif de refus d'entraide ce qui nuit considérablement à une entraide répressive efficace. Dès lors, il apparaît opportun de combler ces lacunes et de remédier aux différents vides juridiques qui peuvent exister en la matière.

En guise de conclusion générale, nous retiendrons que l'échange de données constitue une véritable menace pour le droit à la protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen en raison des nombreuses déficiences des multiples systèmes de protection. Bien qu'il y ait eu des tentatives pour pallier ce déséquilibre, force est de constater qu'elles demeurent insuffisantes. Il paraît donc nécessaire d'intervenir pour renforcer la protection de ce droit fondamental. Au niveau de l'espace pénal international, il ne s'agit pas vraiment de déficience mais plutôt de carences. La plupart des instruments ne prévoit pas de régime de protection. Dès lors, dans ce cas précis, la conséquence est double : alors que dans certains cas, cette carence conduit à une violation du droit fondamental à la protection des données, dans d'autres, elle justifie le refus d'une demande de coopération ce qui nuit à l'efficacité de l'entraide répressive.

La solution idéale serait une harmonisation complète de l'ensemble des droits nationaux et internationaux pour aboutir à un parfait équilibre entre d'une part, la protection des données à caractère personnel et d'autre part, une entraide répressive efficace. Cependant, une telle solution relève de l'utopie. Dès lors, il convient d'adapter la solution au regard de l'espace concerné. L'Union européenne doit se doter d'un régime cohérent et unifié en rétablissant une protection optimale. De plus, l'harmonisation du droit des Etats membres est indispensable. Dans l'espace international, il convient de garder une approche ferme quant à la protection des données à caractère personnel : il n'est pas envisageable de renoncer à leur protection quel que soit l'objectif poursuivi. Il apparaît donc opportun tant pour ce droit fondamental que

pour l'efficacité de l'entraide répressive de pallier les carences que nous avons pu relever (au niveau des juridictions pénales internationales et au niveau de la coopération entre l'Union européenne et les États-Unis). Il convient également de préserver le fondement du principe de propriété des données dans l'espace pénal international par lequel peut être assurée de manière relativement efficace la protection des données à caractère personnel.

CONCLUSION

Envisager la dimension internationale de la justice pénale c'est examiner la confrontation de deux mondes qui n'étaient pas faits pour se rencontrer : le monde de la répression pénale qui s'exerce classiquement comme une prérogative régaliennne et dans un espace territorial et le monde de la justice internationale qui postule le dépassement de ces principes de souveraineté des Etats et de territorialité de la répression.

La confrontation de ces deux logiques conduit ainsi inmanquablement à un partage concurrentiel de l'espace répressif entre les Etats auxquels il faut ajouter désormais les juridictions pénales internationales. Ces différents espaces répressifs juxtaposés et superposés ne peuvent toutefois fonctionner pleinement en autarcie et sont obligés de coopérer pour poursuivre et sanctionner les infractions commises.

Le développement de la dimension internationale de la justice pénale n'en est pas moins inéluctable suivant en cela celui d'une délinquance qui se joue des frontières et utilise des moyens souvent importants. Ce développement s'est traduit par la multiplication des juridictions pénales internationales ainsi que celle des conventions internationales intéressant la matière pénale mais aussi par la construction en Europe d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. La recherche d'efficacité de cette justice pénale qui dépasse les intérêts étatiques reste une préoccupation importante compte tenu de l'enchevêtrement des normes et de la concurrence des juges. Cette recherche d'efficacité peut ainsi conduire à vouloir organiser ou du moins mieux ordonner l'espace répressif (I) pour pouvoir ensuite améliorer son fonctionnement et donc la coopération en matière pénale (II).

I - Une meilleure organisation de l'espace répressif ou plutôt des différents espaces répressifs (national, régional, international) doit sans doute être recherchée en premier lieu. Elle implique de s'interroger sur les deux aspects –normatif et judiciaire– de la concurrence des espaces répressifs.

1) Sur le plan normatif tout d'abord, la concurrence des différents systèmes répressifs national, européen et international se fait sur des infractions qui présentent elles-mêmes une dimension internationale. Mais la détermination de ces « infractions internationales » est sans doute la première difficulté à résoudre.

La notion d'infraction internationale, de plus en plus usitée, reste en effet encore peu connue. Ce paradoxe, provient sans doute du fait que la notion d'infraction internationale n'est pas, contrairement aux apparences, le simple opposé de l'infraction nationale et, que ces deux types d'illicites ne peuvent se distinguer par référence à la source nationale ou internationale de l'incrimination. L'examen du droit pénal international montre en effet que la notion d'infraction internationale n'est pas uniforme et qu'il existe plusieurs catégories d'infractions internationales dont la définition et le régime juridique dépendent très largement du niveau d'internationalisation en cause. Plus précisément, l'infraction internationale semble répondre à deux logiques distinctes : une logique horizontale de territorialité (infraction internationale par son mode de réalisation) et une logique verticale de valeurs (infraction internationale par nature). Ainsi, l'infraction peut être considérée comme internationale soit en raison de son mode de réalisation – parce qu'elle se déroule sur le territoire de plusieurs pays- soit en raison de son résultat pénal. Dans ce dernier cas, l'infraction devient internationale si elle porte atteinte à une valeur internationale. Tel est le cas des infractions dites universelles, lesquelles concernent l'ensemble de la communauté internationale (crimes contre l'Humanité, génocide, crimes de guerre par exemple), mais également des infractions qui protègent spécialement un ordre public suffisamment différencié, comme l'ordre public européen.

L'intérêt de catégoriser les infractions internationales réside essentiellement dans l'ajustement des règles de répression qui leur sont applicables. Cette adéquation du régime à la nature des infractions en cause selon qu'elles sont des infractions fondées sur une valeur internationale, des infractions européennes par nature ou des infractions transnationales n'est toutefois pas menée jusqu'à son terme. Cette catégorisation des infractions internationales pourrait également, dans une certaine mesure participer de la mise en cohérence de l'espace répressif en servant de critère de répartition des compétences entre juge national ou international.

2) Sur le plan judiciaire ensuite, en matière de répression de la criminalité internationale, c'est en effet moins à un partage qu'à une concurrence des compétences entre les différents espaces répressifs que l'on assiste. Il en résulte inévitablement des conflits positifs, verticaux ou horizontaux, potentiels ou réels, de compétence entre juridictions pénales nationales et/ou internationales. Or, ces conflits ne trouvent pour l'heure que des remèdes peu efficaces.

Si les conflits verticaux ont été envisagés dès la création des juridictions pénales internationales et traités par l'affirmation de la primauté des TPI et de la complémentarité de la CPI, le règlement de ces conflits n'en soulève pas moins quelques difficultés.

Pour ce qui est des conflits positifs transnationaux de compétence, ce sont principalement les élans souverainistes des États qui expliquent un tel phénomène. En effet, soucieux de lutter contre l'impunité de la délinquance internationale tout en préservant leur autonomie répressive, les États ont préféré à la coopération interétatique l'extension excessive de leurs compétences nationales, non seulement extraterritoriales mais également territoriale. Ils ont ainsi apporté des réponses nationales à des questions internationales mais sans qu'une coordination acceptable de leur action n'existe en parallèle, augmentant par là même les risques d'atteinte au droit d'une personne à ne pas être jugée deux fois pour les mêmes faits. Or, la justice pénale internationale en construction se doit d'être exemplaire pour être légitime, et ne peut donc se satisfaire d'une lutte imparfaite contre les conflits de compétence. Face à l'impuissance des outils nationaux de lutte contre les conflits de compétence, des solutions ont dû être recherchées à l'échelle supranationale. Plus précisément, c'est à l'échelle régionale, qui se prête tout particulièrement à l'instauration d'une certaine confiance mutuelle entre des États géographiquement, culturellement et juridiquement proches, que sont apparues les propositions les plus innovantes. L'Union européenne en est le parfait exemple. En son sein, des mécanismes de lutte contre les conflits de compétence furent élaborés ; toutefois, ils se limitèrent souvent au règlement et non à la prévention des conflits, et se présentèrent sous forme de simples ébauches du fait des nombreuses réticences qu'ils soulevèrent. Malgré ces imperfections, les efforts entrepris doivent être poursuivis et les mécanismes créés éventuellement transposés à l'échelle internationale. Le premier mécanisme de résolution des conflits de compétence privilégié par l'espace européen et étroitement lié au principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale, est la règle *ne bis in idem* dans sa version transnationale tant absolue que relative. Cependant, en tant que mécanisme tardif, elle ne devrait intervenir que de manière subsidiaire. En effet, il serait assurément plus efficace de donner la primauté aux mécanismes non de résolution mais de prévention des conflits de compétence, de manière à empêcher la survenance d'un véritable conflit entre les différentes juridictions pénales. C'est précisément ce qu'a tenté de faire très récemment l'Union européenne, notamment en élaborant un système d'attribution de compétence en cours de procédure, comparable au système de la litispendance. Le mécanisme de consultations directes mis en place est un mécanisme bilatéral *a priori* complémentaire du mécanisme multilatéral offert par Eurojust, qui est l'institution européenne la plus apte à jouer

un rôle efficace en matière de lutte contre les conflits de compétence. Néanmoins, il peut être regretté que le choix ait été fait de créer un tel mécanisme plutôt que de consacrer officiellement les pouvoirs d'Eurojust dans la résolution des conflits bilatéraux puisque l'agence traite déjà en grande partie de ces affaires. Un autre moyen de prévenir les conflits de compétence consiste à intervenir avant même que le mécanisme de consultations directes institué n'intervienne, c'est-à-dire avant toute procédure, en procédant à l'harmonisation des règles de compétence –mais aussi à la hiérarchisation nécessaire des chefs de compétence– et en œuvrant ainsi pour la coexistence voire le partage des différents espaces répressifs européens. Dans l'hypothèse où un tel rapprochement des règles de compétences pourrait être réalisé, les autres mécanismes de lutte contre les conflits ne joueraient que de manière exceptionnelle, la reconnaissance mutuelle des décisions de justice s'en trouverait facilitée, et le *forum shopping* pénal serait évité. Or pour l'instant, les États membres, jaloux de leurs prérogatives souverainistes, ne sont pas prêts à franchir une telle étape.

Quels que soient les mécanismes de lutte contre les conflits de compétence élaborés, et aussi performants soient-ils, seul un concours véritable des différents acteurs, nationaux et internationaux, qui ont à connaître de ces conflits pourra permettre à ces mécanismes de déployer leur plein effet. Or, les acteurs européens vont pouvoir profiter du desserrement de l'étau institutionnel opéré par le traité de Lisbonne. En effet, Eurojust, qui est pour l'heure le moyen le plus abouti de lutte contre les conflits de compétence, a vu ses pouvoirs renforcés et accrus et pourra donc à l'avenir jouer un rôle central en la matière ; la C.J.U.E., dont la compétence a été étendue et la légitimité confortée, pourra endosser quant à elle un rôle protecteur. Pour ce qui est des acteurs nationaux, et contrairement aux précédents, ils ont toujours eu les pouvoirs d'agir efficacement dans la lutte contre les conflits de compétence mais ont freiné d'eux-mêmes leur intervention sous couvert de souveraineté ; ils est temps aujourd'hui qu'ils instaurent, d'abord à l'échelle régionale puis à l'échelle internationale, une certaine confiance entre eux, même si cela exige le rapprochement préalable de leurs législations pénales, de manière à donner toute son ampleur au principe de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice et à rendre par conséquent plus efficace la lutte contre les conflits de compétence.

Tous les progrès qui seront faits dans le domaine de la lutte contre les conflits de compétence permettront d'atténuer les conséquences de la concurrence des espaces répressifs en participant de la mise en cohérence de ces derniers. Mais quelle que soit l'amélioration de l'organisation de la coexistence des différents espaces répressifs, il n'en reste pas moins utile

de penser également et conjointement à l'amélioration de la coopération pénale entre ces espaces.

II - En second lieu c'est donc l'efficacité de la coopération pénale internationale qui est recherchée et plus particulièrement celle de ses méthodes.

1) Or, tant l'harmonisation des normes pénales que le développement de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales peuvent paraître nécessaires à cette fin.

Il est ainsi tout d'abord d'usage de souligner l'importance du rapprochement des législations répressives pour la coopération pénale. Mais cette affirmation ne se vérifie pas de la même manière selon que l'entraide est verticale, c'est-à-dire s'opère entre les États et les juridictions internationales (Cour pénale internationale, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Tribunal pénal international pour le Rwanda), ou horizontale, c'est-à-dire intervient entre les États.

En matière de coopération verticale, le défaut de cohérence ne représente pas un obstacle direct à l'entraide judiciaire. En effet, celle-ci ne dépend en rien des prévisions de la loi nationale : elle n'est subordonnée ni à la qualification, ni à la peine édictée par la norme nationale mais se règle exclusivement d'après la norme internationale. De surcroît, cette forme de coopération ne dépend pas non plus de l'appréciation des juridictions nationales. Il ne leur appartient pas en effet de vérifier la qualification retenue par les juridictions internationales, mais seulement de contrôler la régularité formelle de la demande de coopération et, s'agissant de la régularité matérielle, l'erreur manifeste.

En revanche, le défaut de cohérence pourrait constituer un obstacle indirect à la coopération verticale. Cela résulte d'abord de considérations juridiques qui tiennent au respect du principe de la légalité, de la règle *non bis in idem* et à la présence de la clause d'ordre public. Cela découle ensuite de considérations pratiques, l'entraide nécessitant de combiner la norme internationale avec la norme nationale (la première régissant la recevabilité de la demande, la seconde son exécution), ce qui se révélera délicat lorsque le contenu de ces normes est éloigné.

En matière de coopération horizontale en revanche, les divergences entre les lois pénales des différents États constituent un obstacle direct à la coopération. Celle-ci dépend en effet des

prévisions de la loi de l'État requis en raison des clauses de réciprocité d'incrimination, de pénalité, de minorité, d'immunité et des systèmes d'adaptation et de conversion de la peine. Mais la considération de la loi de l'État requis demeure limitée, puisqu'elle est en réalité exceptionnelle et que les conditions précitées se recourent et sont en recul.

Cependant, comme en matière de coopération verticale, la disparité des législations nationales représente aussi un obstacle indirect à la coopération pour trois raisons : d'abord parce que, au sein de l'Union européenne, le principe de reconnaissance mutuelle semble imposer un certain rapprochement des législations ; ensuite parce que la clause d'ordre public, qui a une portée générale, pourrait être invoquée en cas de divergences entre les lois nationales ; enfin parce que, comme en matière de coopération verticale, il est nécessaire, au stade de l'exécution de la demande d'entraide, de combiner les différentes lois pénales.

Il est ainsi ensuite devenu banal de souligner combien la reconnaissance mutuelle des décisions de justice peut apporter à la coopération pénale internationale. Apparaissant comme une méthode de coopération originale dont le domaine d'application n'est a priori pas limité par la nature de l'infraction en cause, la personne visée ni même le stade du procès –encore que la reconnaissance des décisions sententielles, pré-sententielles ou post-sententielles ne pose pas les mêmes difficultés–, elle peut être vue comme mettant en œuvre le mécanisme de libre circulation des décisions de justice en posant que la décision acquiert sa validité dans l'Etat d'émission et non du fait du contrôle de l'Etat d'exécution. La reconnaissance mutuelle des décisions n'implique toutefois pas leur exécution automatique ni l'absence de contrôle par l'autorité d'exécution. Toute la difficulté reste alors de déterminer l'intensité de ces contrôles pour ne pas entraver la reconnaissance mutuelle et donc la coopération pénale. Malgré l'efficacité de la méthode de la reconnaissance mutuelle certains freins lui sont imposés par exemple du fait des conflits de compétence entre les Etats concernés ou encore de part la nécessité de préserver les droits fondamentaux des personnes.

2) Le développement de la coopération judiciaire pose en effet le problème du degré de protection des droits de l'homme dans la mesure où les Etats ne garantissent pas un niveau égal de protection, que ce soit d'un point de vue juridique ou d'un point de vue pratique.

La question se pose alors de déterminer si le risque d'atteinte à ces droits peut constituer un motif légitime de refus de coopération. La question n'est certes pas nouvelle mais le

développement présent et à venir de la coopération judiciaire oblige à reconsidérer la difficulté. D'ailleurs, l'internationalisation de la justice pénale s'opère à une époque particulièrement sensible à la protection des droits fondamentaux des individus.

Un premier élément de réponse peut être trouvé dans la primauté incontestable de la protection des droits de l'homme, au stade tant européen qu'international. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de l'affirmer au sujet de la coopération entre l'Organisation des Nations-Unies et l'Union européenne visant à geler les avoirs terroristes en réaction aux attentats du 11 septembre 2001. La protection des droits fondamentaux doit se révéler première par rapport aux impératifs liés à la coopération judiciaire internationale, même dans ce cas particulier où elle prenait la forme de l'exécution d'une résolution onusienne, instrument juridique doté de primauté dans l'ordre international.

La primauté des droits de l'homme, toutefois, pose des problèmes de mise en œuvre. Il convient en effet de trouver un équilibre satisfaisant entre les nécessités accrues de la coopération judiciaire et le respect des droits fondamentaux des individus concernés.

De ce point de vue, les jurisprudences internes, européennes et internationales permettent de donner des éléments de réponse en matière d'extradition, ces solutions concernant d'ailleurs également des situations analogues comme un éloignement administratif.

La CourEDH, pionnière sur ce point, considère que le risque de subir la peine de mort, des actes de tortures, des peines ou traitements inhumains ou dégradants oblige l'Etat requis à refuser l'extradition. Cette solution, largement issue d'une interprétation hardie, bien que louable de la Convention, est susceptible de susciter l'embarras. D'une part, une relative incertitude peut être mise en évidence quant au domaine d'application exact de ce qui constitue une véritable obligation de refus. Il serait envisageable de l'étendre au risque d'atteinte à d'autres droits, la jurisprudence interne française étant d'ailleurs parfois en ce sens. De plus, le caractère évolutif de la jurisprudence de la CourEDH pourrait mener à une protection plus rigoureuse. La CourEDH, en effet, n'hésite plus à condamner un Etat signataire ayant coopéré avec un autre Etat également signataire, la protection effective des droits pouvant s'avérer insuffisante en pratique, malgré une adhésion conjointe à la Convention.

Par ailleurs, quoiqu'il en soit du domaine d'application exact de cette obligation de refus, la mise en œuvre pratique de cette obligation est par nature délicate dans la mesure où il s'agit d'apprécier un risque d'atteinte. Toutefois, la construction en Europe d'un espace intégré de protection des droits de l'homme devrait permettre d'affiner ces solutions.

L'Europe d'ailleurs, constitue un laboratoire intéressant quant à l'agencement de divers instruments de protection des droits de l'homme amenés à jouer un rôle décisif à l'occasion de la coopération judiciaire. L'adhésion prochaine de l'Union européenne à la CEDH permettra de mettre en cohérence ces divers échelons de protection. Ainsi, jusqu'alors, la jurisprudence de la Cour de justice a adopté les solutions dégagées par la CourEDH, lorsqu'il s'est agi d'examiner la conformité de certains éléments de coopération ou d'harmonisation au respect des droits fondamentaux également protégés dans l'ordre communautaire et désormais, dans le cadre de l'Union, conformément à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La question majeure à laquelle il est trop tôt pour répondre consiste indéniablement à déterminer le degré de docilité avec lequel la Cour de justice se pliera plus ou moins volontiers aux interprétations de la CourEDH, en matière de droit pénal issu de l'Union. La CourEDH pourrait en effet être saisie sur requête individuelle dirigée contre un Etat membre ayant mis en œuvre une directive européenne et contre l'Union elle-même ayant le cas échéant, promu une interprétation en violation de ses droits fondamentaux. Mais il est probable que cela conduise néanmoins à la construction d'un droit pénal européen respectueux des droits de l'homme, grâce à la multiplicité des instruments et des juridictions de protection, ainsi mis en cohérence.

Cette observation générale à la coopération judiciaire a pu être corroborée par une étude plus spécifique de la protection des données à caractère personnel qui est d'ailleurs devenue ces dernières années une des préoccupations principales en matière d'entraide répressive internationale. La multiplication des outils, mis à la disposition des forces de police et des autorités judiciaires des Etats, en vue de faciliter et optimiser l'échange d'informations, a considérablement affaibli le droit à la protection des données à caractère personnel. Malgré des tentatives, plus ou moins fructueuses, pour assurer et renforcer l'effectivité de cette protection, force est de constater que, pour l'essentiel, le chemin à parcourir est encore long. En effet, on peut observer une protection d'intensité variable en fonction de l'espace répressif concerné. Ainsi, alors que cette question est complètement absente au niveau des juridictions pénales internationales notamment, elle fait l'objet de quelques attentions au niveau européen. Pour autant, même lorsqu'elle est prise en compte, on peut regretter un dispositif insuffisant et/ou aléatoire.

Certaines préconisations peuvent ainsi être adressées qui sont de deux ordres. D'une part, il convient de pallier les carences que l'on constate notamment dans l'espace pénal international. Il apparaît indispensable de doter les systèmes verticaux (les juridictions pénales

internationales) et horizontaux (la coopération interétatique hors Union européenne ou interrégionale) de justice pénale de dispositifs de protection des données de telle sorte que les prescriptions des instruments internationaux de protection des droits de l'homme soient satisfaites. D'autre part, il est nécessaire de renforcer significativement la protection des données dans l'espace pénal européen. A l'heure actuelle, la protection complètement éclatée et lacunaire n'est pas satisfaisante. La solution pourrait résider notamment dans une double harmonisation : la première porterait sur les différents régimes de protection applicables à chaque système d'échange d'information et la seconde s'appliquerait à la convergence des droits nationaux en matière de protection des données de sorte qu'elle soit garantie de manière identique dans l'espace pénal européen et instaurer ainsi une véritable égalité entre les citoyens.

Le respect des droits fondamentaux s'invite ainsi aujourd'hui avec force dans la construction et le développement de la justice internationale. Il a été observé que les divergences de protection de ces droits sont un obstacle à la coopération et il est d'ailleurs frappant de constater combien la nécessité de garantir ces droits retentit sur les méthodes de coopération. Les instruments mettant en œuvre la reconnaissance mutuelle des décisions de justice sont par exemple de plus en plus soumis au contrôle des droits fondamentaux et, si la volonté de rapprocher les droits des Etats membres est affichée, c'est principalement aujourd'hui pour garantir les droits des personnes dans le procès pénal dans le but de faciliter la coopération.

La prise en compte des droits fondamentaux doit sans doute également pousser à mieux coordonner les différents espaces répressifs. L'exigence de prévisibilité du droit qui découle du principe de légalité impose en effet que le justiciable puisse connaître le droit et la procédure qui lui seront appliqués et donc, faute d'harmonisation générale des différents droits qui n'est pas envisageable ni même souhaitable, qu'il puisse connaître ou prévoir son juge. Une mise en cohérence des espaces répressifs, qui passe au moins par la prévention et le règlement certain des conflits de compétence, est de ce point de vue nécessaire.

La protection des droits fondamentaux n'est donc pas qu'un objectif louable permettant de légitimer le fonctionnement de la justice pénale internationale : elle en est aussi un gage d'efficacité et c'est d'ailleurs là vraisemblablement sa meilleure chance de prospérer.

ANNEXES

QUESTIONNAIRES DIFFUSES

I – Questionnaire diffusé auprès de la CPI

1 – Identification des conflits de compétence

** Information*

- L'échange d'informations entre les Etats et la CPI concernant les infractions qui relèvent à la fois de leur compétence et de celle de la CPI est-il :

* dans l'ensemble

très satisfaisant satisfaisant correct insuffisant très insuffisant

* variable :

- en fonction des pays

- en fonction des circonstances (saisine par le conseil de sécurité de l'ONU notamment)

- en fonction des infractions

- Plus largement la coopération, entre les Etats et la CPI concernant les infractions qui relèvent à la fois de leur compétence et de celle de la CPI est-elle :

* dans l'ensemble

très satisfaisant satisfaisant correct insuffisant très insuffisant

* variable :

- en fonction des pays

- en fonction des circonstances (saisine par le conseil de sécurité de l'ONU notamment)

- en fonction des infractions :

- de leur nature

- de leur ampleur (nombre de victimes)

- A quel stade de la procédure cette information/coopération intervient-elle généralement ?

- A quel stade de la procédure devrait-elle intervenir pour être efficace ?

** Protection de l'information*

- La protection des données à caractère personnel dont connaît la CPI est-elle ?

très satisfaisant satisfaisant correct insuffisant très insuffisant

- quelles sont les règles applicables en matière de protection des données personnelles aux échanges entre la Cour et les Etats ?

- la CPI peut-elle transmettre des données à caractère personnel à des Etats, sans autorisation de l'Etat qui lui a communiqué l'information ?
- l'ensemble des données recueillies pendant les enquêtes sont-elles stockées dans une base de données (spécifique à la CPI) ?
- des mesures de protection de ces données sont-elles prévues ? Quelles sont-elles (règles de stockage et de traitement) ?
- quelles ont été les sources d'influence pour établir ce régime de protection ?
- quel recours est ouvert à une personne qui souhaite accéder à ces données ou modifier ou supprimer ces données ?

2 – Règlement des conflits de compétences

* Si une juridiction nationale a déjà jugé une affaire qui pouvait potentiellement relever de la compétence de la CPI, quels sont les critères utilisés par cette dernière pour vérifier l'existence d'un simulacre de procès /les garanties nationales substantielles ou procédurales ?

- Devrait-on formaliser ces critères : OUI NON PARTIELLEMENT

- Devrait-on au moins en dresser une liste exemplative ? OUI NON

* Quels sont les effets d'un tel contrôle sur les décisions nationales, et plus largement sur les droits nationaux ?

* Si une juridiction nationale est saisie la première mais que la CPI souhaite juger l'affaire alors que sa compétence n'est que complémentaire de celle des juridictions nationales, ne pourrait-on pas créer des commissions mixtes, composées à la fois de magistrats nationaux et de magistrats internationaux (échevinage) pour juger cette affaire ?

* Si la CPI est d'abord saisie d'une affaire, étant donné que si sa compétence est complémentaire de celle des juridictions nationales, cette question de la compétence de la CPI est une question d'irrecevabilité, doit-elle se dessaisir au profit des juridictions nationales qui se déclareraient compétentes après elle ? Comment garantir alors que la procédure qui sera suivie devant la juridiction nationale présentera les garanties nécessaires ?

Dans une telle hypothèse, ne pourrait-on pas créer des commissions mixtes, composées à la fois de magistrats nationaux et de magistrats internationaux (échevinage) pour juger cette affaire ?

3 - Protection des droits fondamentaux

- la protection des droits de l'homme a-t-elle déjà justifié un refus de coopération des autorités répressives ou judiciaires internes avec la CPI ?

- la question du respect des droits fondamentaux est-elle souvent soulevée en cours de procédure ou à l'audience ?

Sur le fondement de quel(s) texte(s) ? :

- les textes du statut ou du RPP de la CPI
- les textes internationaux de protection des droits fondamentaux
- les textes nationaux de protection des droits fondamentaux

-Les textes propres à la CPI (statut et RPP) suffisent-ils d'après vous pour garantir une bonne protection des droits fondamentaux de la personne mise en cause ?

OUI NON PARTIELLEMENT

-Etes-vous souvent confronté(e) à la nécessité de vous fonder sur un texte international ou national de protection des droits de l'homme pour motiver une décision ?

très fréquemment fréquemment régulièrement peu souvent très peu souvent

- comme pour la personne mise en cause, les textes propres à la CPI suffisent-ils à garantir une bonne protection des droits fondamentaux des victimes?

OUI NON PARTIELLEMENT

Plus précisément,

- l'information de la victime quant à son droit de participer au procès et de demander réparation est-elle suffisante?

OUI NON PARTIELLEMENT

- la notification de la procédure aux victimes est-elle satisfaisante? Notamment, est-il opportun que la notification de la décision de poursuivre dépende de l'intérêt manifesté par la victime?

OUI NON PARTIELLEMENT

- le système de représentation collective des victimes est-il satisfaisant, notamment quant au libre choix d'un représentant et à celui de la défense de ses propres intérêts?

OUI NON PARTIELLEMENT

- la victime devrait-elle bénéficier de prérogatives supplémentaires lors de sa participation à la procédure pénale (présentation de et accès aux preuves, citation de témoins)? OUI NON PARTIELLEMENT.

Devrait-elle pouvoir faire appel des décisions des organes de la CPI ?

OUI NON PARTIELLEMENT

- la victime devrait-elle avoir le droit de déclencher les poursuites devant la CPI ?

OUI NON DANS CERTAINS CAS SEULEMENT

Plus largement,

- la victime devrait-elle devenir un véritable acteur autonome du procès ?

OUI, NON

- dans quelle mesure les autres instruments de protection des droits fondamentaux des victimes influencent-ils la CPI, notamment pour ce qui est de la définition de la victime?

II – Questionnaire diffusé auprès du TPI Y

1 – Identification des conflits de compétence

* *Information*

- L'échange d'informations entre les Etats et le TPI concernant les infractions qui relèvent à la fois de leur compétence et de celle du TPI est-il :

* dans l'ensemble :

très satisfaisant satisfaisant correct insuffisant très insuffisant ?

* variable :

- en fonction des pays OUI NON

- en fonction des circonstances (saisine par le conseil de sécurité de l'ONU notamment) OUI NON

- en fonction des infractions OUI NON

- Plus largement la coopération, entre les Etats et le TPI concernant les infractions qui relèvent à la fois de leur compétence et de celle du TPI est-elle :

* dans l'ensemble

très satisfaisant satisfaisant correct insuffisant très insuffisant ?

* variable :

- en fonction des pays OUI NON

- en fonction des circonstances (saisine par le conseil de sécurité de l'ONU notamment) OUI NON

- en fonction des infractions :

- de leur nature OUI NON

- de leur ampleur (nombre de victimes) OUI NON

- A quel stade de la procédure cette information/coopération intervient-elle généralement ?

- A quel stade de la procédure devrait-elle intervenir pour être efficace ?

2 – Règlement des conflits de compétences

* Si une juridiction nationale a déjà jugé une affaire qui pouvait potentiellement relever de la compétence du TPI, quels sont les critères utilisés par ce dernier pour vérifier :

- l'existence d'un simulacre de procès ?

- les garanties nationales substantielles ou procédurales ?

Quels sont les effets d'un tel contrôle sur les décisions nationales, et plus largement sur les droits nationaux ?

- Devrait-on formaliser ces critères : OUI NON PARTIELLEMENT

- Devrait-on au moins en dresser une liste exemplative ? OUI NON

3 – Coopération après règlement du conflit

- Existe-t-il une obligation de coopération de la juridiction nationale qui s'est dessaisie au profit du TPI ?

OUI NON

- Si elle existe, cette obligation de coopération est –elle respectée :

globalement OUI globalement NON

- de manière variable :

* selon l'Etat en cause OUI NON

* selon la nature de l'infraction en cause OUI NON

* selon d'autres circonstances OUI NON.

A préciser :

- La protection des droits de l'homme a-t-elle déjà justifié un refus de coopération des autorités répressives ou judiciaires internes avec le TPI ?

4 – Protection des droits fondamentaux

- La question du respect des droits fondamentaux est-elle souvent soulevée en cours de procédure ou à l'audience ? OUI NON

Sur le fondement de quel(s) texte(s) ? :

• les textes du statut ou du RPP du TPI OUI NON

• les textes internationaux de protection des droits fondamentaux OUI NON

• les textes nationaux de protection des droits fondamentaux OUI NON

- Les textes propres au TPI (statut et RPP) suffisent-ils d'après vous pour garantir une bonne protection des droits fondamentaux de la personne mise en cause ?

- Etes-vous souvent confronté(e) à la nécessité de vous fonder sur un texte international ou national de protection des droits de l'homme pour motiver une décision ?

** Protection de l'information*

- La protection des données à caractère personnel dont connaît le TPI est-elle selon vous ?

très satisfaisant satisfaisant correct insuffisant très insuffisant

- Quelles sont les règles applicables en matière de protection des données personnelles aux échanges entre le TPI et les États ?
- Le TPI Y peut-il transmettre des données à caractère personnel à des États, sans autorisation de l'État qui lui a communiqué l'information ?
- L'ensemble des données recueillies pendant les enquêtes sont-elles stockées dans une base de données (spécifique au TPI Y) ?
- Des mesures de protection de ces données sont-elles prévues ? Quelles sont-elles (règles de stockage et de traitement) ?
- Quelles ont été les sources d'influence pour établir ce régime de protection ?
- Quel recours est ouvert à une personne qui souhaite accéder à ces données ou modifier ou supprimer ces données ?

III – Questionnaire diffusé auprès de membres d’Eurojust

I – Question générale

* Quel est l’état de la confiance entre Etats membres de l’UE ?

Globalement excellent Globalement bon Globalement moyen Globalement insuffisant Globalement très insuffisant

Variable en fonction :

des Etats en cause : oui non

de la nature des affaires en cause : oui non

II – Identification des conflits de compétence

A – Moyens d’identifications des conflits : Information

1 - En matière de conflits de compétence, la transmission de l’information à Eurojust par les autorités compétentes des Etats membres est-elle :

très satisfaisante satisfaisante correcte insuffisante très insuffisante

Si elle n’est pas suffisante : pourquoi ?

2 - Faudrait-il créer, à la charge des autorités compétentes des Etats membres, des obligations d’échange d’informations avec Eurojust relativement aux conflits de compétence ?

OUI NON

Par exemple par l’intermédiaire du RJE ? OUI NON

3- A quel stade de la procédure cette information intervient-elle le plus souvent ?

- A quel stade devrait-elle intervenir pour qu’Eurojust joue un rôle efficace ?

4 - La détection des conflits de compétence à travers les recoupements d’information est-elle :

très satisfaisante satisfaisante correcte insuffisante très insuffisante

Faudrait-il améliorer le système (informatique) permettant de recouper les informations (// avec le système (informatique) d’Europol) ?

OUI de manière significative OUI à la marge NON

B – identification du conflit de compétence soumis à Eurojust

5 - Quelle est la nature des conflits de compétence dont Eurojust a connaissance ?

Conflits positifs conflits négatifs

- Quelles sont les infractions généralement concernées ?
- Quelles sont les infractions généralement concernées en cas de conflit positif ?
- Quelles sont les infractions généralement concernées en cas de conflit négatif ?

6- Quelle est la fréquence du recours à Eurojust pour régler les conflits de compétence ?

- Quelle est la forme que prend ce recours :
 - utilisation de l'enceinte pour des négociations entre Etats membres ET / OU
 - demande d'avis non contraignant au collège ?

7- Faudrait-il créer une obligation de recours à Eurojust en cas de conflits potentiels ou avérés de compétence entre Etats membres de l'UE ? OUI NON.

- Si OUI :

Systématiquement ?

ou

Seulement en cas d'échec des négociations entre Etats?

8- En plus des autorités nationales compétentes, ne faudrait-il pas offrir aux justiciables, concernés par une violation éventuelle de leur droit à ne pas être jugé deux fois pour les mêmes faits en raison de l'ouverture de procédures parallèles dans plusieurs Etats membres, la possibilité de saisir Eurojust ?

NON OUI OUI sous condition (à préciser)

9- La compétence d'Eurojust devrait-elle se limiter à la criminalité transfrontière ?

OUI NON

Si NON, l'agence a-t-elle les moyens d'étendre sa compétence à d'autres formes de criminalité ?

Le mécanisme multilatéral qu'elle constitue peut-il se concilier avec le mécanisme bilatéral de consultations directes mis en place en 2009 ? Si oui, comment ?

III - Règlement des conflits de compétence

**** Critères du règlement***

1 - Quels sont les critères de règlement des conflits de compétence le plus souvent utilisés par Eurojust ?

Chefs de compétences classiques ?

ou

critères plus pratiques ?

2 - Peut-on formaliser l'ensemble des critères de règlement des conflits ou doit-on simplement en dresser une liste exemplative ?

3 - Peut-on hiérarchiser les critères de règlement des conflits? Si oui, quels devraient être les critères principaux et secondaires ?

** Conséquences du règlement = le dessaisissement des autorités nationales compétentes*

(→ Eurojust n'a pour l'heure pas de pouvoirs contraignants en la matière.)

4 - En pratique, quelle est l'efficacité des demandes formulées par Eurojust aux Etats membres, par exemple quant à un éventuel dessaisissement d'un Etat membre ?

- dessaisissement systématique

- dessaisissement variable :

* en fonction de l'Etat en cause

* en fonction de la nature de l'infraction en cause

* en fonction de la localisation de l'infraction en cause (difficulté de renoncer à une compétence territoriale par ex.)

5 - Faudrait-il prévoir de doter Eurojust de pouvoirs contraignants en la matière ?

OUI

OUI mais seulement dans certains cas (à préciser)

NON

6- Si oui, quels types de pouvoirs contraignants (faudrait-il alors prévoir un contrôle juridictionnel des décisions contraignantes d'Eurojust ?)?

7 - Faudrait-il faire de même dans le cadre du mécanisme de consultations directes institué en 2009 ?

8 - Le dessaisissement des juridictions nationales compétentes peut-il intervenir à n'importe quel stade de la procédure ?

OUI NON (si NON préciser à quel stade il doit intervenir)

9 - Une décision contraignante de l'UE serait-elle nécessaire pour imposer un tel dessaisissement ?

OUI Toujours

OUI dans certains cas et notamment dans les pays où a été consacré le principe de la légalité des poursuites ?

NON

10 - En cas de dessaisissement, existe-t-il ensuite, à la charge des juridictions qui se sont dessaisies, une obligation de coopération avec la juridiction nationale qui aura été désignée comme seule compétente pour connaître de l'affaire ? OUI NON

11 - Si elle existe, cette obligation de coopération est-elle respectée :

globalement OUI

globalement NON

de manière variable :

* selon l'Etat en cause

* selon la nature de l'infraction en cause

* selon d'autres circonstances (à préciser)

12 - les visions nationales des droits de l'homme en Europe apparaissent-elles différentes lors de la mise en œuvre des instruments de coopération répressive ?

13 - les droits de l'homme constituent-ils un frein à la coopération (ex. : mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen, commissions rogatoires, échanges d'informations ?)

** Avenir d'Eurojust dans le règlement des conflits de compétences*

14 - Quel est l'avenir d'Eurojust dans la résolution des conflits positifs de compétence ?

15 - Quid des conflits négatifs, notamment du fait de la possibilité de créer un Parquet européen à partir d'Eurojust ?

16 - Quel est le rôle que devrait jouer le RJE et les magistrats de liaison dans le bon fonctionnement d'Eurojust ?

IV - Protection de l'information

1 - La protection des données à caractère personnel dont connaît Eurojust est-elle

très satisfaisante satisfaisante correcte insuffisante très insuffisante ?

=> Pourquoi ?

2 - Quelles sont les règles de protection applicables pour les échanges de données à caractère personnel d'Eurojust :

■ Avec les autres organes de l'Union européenne (Europol, OLAF...) ?

■ Avec les organes hors Union européenne (Etats, institutions internationales) ?

3 -Ces règles sont-elles :

très satisfaisante satisfaisante correcte insuffisante très insuffisante ?

4- Serait-il opportun d'harmoniser les règles de protection des données dans les différents organes ? OUI NON

=> Pourquoi ?

BIBLIOGRAPHIE

I – Textes et documents officiels

- *Accord pour le statut du tribunal spécial pour le Sierra Leone*, 16 janv. 2002, UN Scor, UN Doc. S/2002/246.
- *Avis 2009/C 276/02 du Contrôleur européen de la protection des données sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « Un espace de liberté, sécurité et de justice au service des citoyens »*, J.O.U.E C 276 du 17 novembre 2009, p.8.
- *Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulées « Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens »*, J.O.U.E 2009, C 276/02, 17 novembre 2009, p. 8.
- *Charte des droits fondamentaux*, J.O.U.E. C 303/1, 14 décembre 2007.
- COM 2005/C198/01 sur le *plan d'action du conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne*.
- Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen, du 24 novembre 2005, sur *le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases* [COM(2005) 597 final - non publiée au Journal officiel].
- *Programme de Stockholm, une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, Conseil de l'Union européenne, 2 décembre 2009, doc n°16484/1/09rev. 1 JAI866.
- *Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, JO du 22 mars 1995, pp. 4441-4462.
- *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés publiques* du 4 novembre 1950, Décret 74-360 du 3 mai 1974, J.O.R.F. du 4 mai 1974.
- *Convention n°108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, signée le 28 janvier 1981 à Strasbourg, Décret n°85-1203 du 15.11.1985 publié au JO du 20.11.1985.
- *Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes*, J.O.U.E. n° C 316 du 27/11/1995 p. 0034 - 0047

- Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, J.O.C.E. L 63 du 6 mars 2002, p. 1.
- *Décision 2005/211/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*, J.O.U.E. L 68, 15 mars 2005, p. 44.
- *Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)*, J.O.U.E L 205 du 7.8.2007, p. 63.
- *Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière*, J.O.U.E. L 210 du 6 août 2008, p. 1.
- *Décision 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités désignées des États membres et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière*, J.O.U.E. L 218 du 18 août 2008, p. 129.
- *Décision 2009/371/JAI du conseil du 6 avril 2009 portant création de l'office européen de police*, J.O.U.E L 121, 15 mai 2009.
- *Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise*, JO n° L. 190 du 18 juillet 2002, p.0001-0020.
- *Décision-cadre 2006/960/JAI du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre services répressifs de »s Etats membres de l'Union européenne*, J.O.U.E. L 386 du 29.12.2006, p.89.
- *Décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, J.O.U.E. du 30 décembre 2008, p.30.
- *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, J.O.U.E. n°L281 du 23 novembre 1995, p.0031.
- *Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, relative à la traite des êtres humains*, J.O.C.E n° L 101/1 du 15 avril 2011.
- *Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil, du 20 octobre 2010, relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales*, J.O.U.E L. 280/ L. 280/ 1 du 26 oct. 2010.
- *Document de travail des services de la Commission : Annexe à la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des*

décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres {COM(2005)195 final}, SEC(2005)641, 19 mai 2005.

- Document de politique générale relatif aux examens préliminaires, *Projet*, octobre 2010, La Haye, ICC-OTP 2010.

- Initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'une décision-cadre du Conseil relative à l'application du principe « non bis in idem », J.O.U.E C 100/24, 26 avril 2003.

- Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales et Annexes (notamment Document de travail des services de la Commission), présenté par la Commission {SEC(2005) 1767}, COM(2005) 696 final, 23 décembre 2005.

- Loi du 10 août 2001 portant création des chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Kram NS/RKM/0801/12.

- Note de la présidence aux conseillers JAI/COREPER/Conseil du 17 nov. 2006, n°15431/06.

- Proposition de décision du conseil relative aux demandes de comparaison avec les données EURODAC présentées par les services répressifs des États membres et Europol à des fins répressives, 10 sept. 2009, {COM(2009) 342 final}.

- Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la prévention et au règlement des conflits de compétence dans le cadre des procédures pénales, 5208/09, 20 janvier 2009 et décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales, J.O.U.E L 328/42, 15 décembre 2009.

- Proposition de décision-cadre du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (Passenger Name Record - PNR) à des fins répressives, COM(2007) 654.

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, COM(2011) 32 final du 2.2.2011.

- Rapport législatif de Y. Détraigne sur la proposition de décision-cadre relative à l'utilisation de données des dossiers passagers à des fins répressives, Rapport du Sénat n°401 du 13 mai 2009.

- Rapport législatif Mariani, n° 2517 portant adaptation du droit français à l'institution de la CPI, 19 mai 2010.

- Rapport législatif sur le projet de loi du 10 juin 2008 portant adaptation du droit français à l'institution de la CPI.

- *Réponse des autorités françaises au Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne – Service « Justice et Affaires Intérieures », 22 mai 2006.
- *Report on the International Commission on inquiry on Darfur to the United States, SecretaryGeneral*, 25 janv. 2005, www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf
- *Résolution 1534 du Conseil de sécurité des Nations Unies*, 26 mars 2004, S/RES/1534 (2004).
- *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A Conf- 183/9.
- *Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie*, S/RES/828(1993).
- *Statut du tribunal international pour le Rwanda*, S/RES/955 (1994).
- *Troisième avis du contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées*, J.O.U.E. C 139, 23 juin 2007, p. 1.
- *Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne* », Communication de la Commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, le 4 nov. 2010.

II – Ouvrages généraux

Encyclopédies juridiques

- B. Aubert, Rép. pén. Dalloz., V° *Entraide judiciaire (matière pénale)*, 2005
- O. Beauvallet, *De la coopération avec la Cour pénale internationale*, J.-Cl. Proc. pén., art 627 à 627-20
- M-A. Chapelle, *Commissions rogatoires internationales*, J.-Cl. Droit international, fasc. 470, 2003
- M-A. Chapelle, J.-Cl. Proc. pén., *Entraide judiciaire internationale, Mandat d'arrêt européen*, art. 695-11 à 695-51, fasc. 20
- A. Fournier, *Compétence pénale*, Rép. Droit international Dalloz, t.I, Encyclopédie juridique Dalloz, Paris, 2^{ème} édition, 1998, pp.1 à 10

- A. Fournier et D. Brach-Thiel, *Compétence internationale*, Rép. Pén. Dalloz, t.II., octobre 2003, p.1
- V. Gaudin et E. Roux, *Coopération policière internationale*, Rép. Pén. Dalloz, oct. 2010
- A. Fournier et D. Brach-Thiel, Rép. Pén. Dalloz, V° *Extradition*, 2005
- A. Huet et R. Koering-Joulin, *Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française*, J.-Cl. Droit Inter., fasc. 403-10 (« Introduction générale – Infractions commises en France ») et fasc. 403-20 (« Infractions commises à l'étranger »)
- A. Huet et R. Koering-Joulin, *Effets en France des décisions répressives étrangères*, J.-Cl. Droit Inter., fasc. 404-10 (« Autorité de la chose jugée ») et fasc. 404-20 (« Force exécutoire ou exécution »)
- G. Levasseur et A. Decocq, *Infractions internationales* (tome II, pp.182 à 188) et *Jugement étranger (matière pénale)* (tome II, pp.236 à 249), Rép. Droit international Dalloz, 1969
- F. Picod, *Traité de Lisbonne*, J.-Cl. Europe Traité
- E. Servidio-Delabre, J.-Cl. Dr. Inter., *Extradition*, fasc. 405, 2008 et J.-Cl. Proc. pén., art 696 à 696-47, fasc. 40, 2008
- D. Siritzki, J.-Cl. Europe, fasc. 2730, *Mandat d'arrêt européen*
- A. Weyembergh, J.-Cl Europe, fasc. 2700, *Coopération judiciaire pénale*.
- A. Weyembergh, J.-Cl Europe, fasc. 2720, *Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*

Manuels et Traités

- H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000
- I. Bantekas and S. Nash, *International criminal law*, Cavendishpublishing, 2nd édition, 2003
- I. Bantekas, *International Criminal Law*, Hart Publishing, 4^{ème} édition, 2010
- C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002
- C. Bluman et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} éd. Litec, 2010, p. 641

- B. Bouloc, *Droit pénal général*, Paris, précis Dalloz, 21^{ème} édition, 2009
- D. Carreau, *Droit international – études internationales*, 9^{ème} éd., Paris, Pédone, 2007
- A. Cassese, *International criminal law*, Oxford university press, 2003 (1^{ère} édition) et 2008 (2^{nde} édition)
- S. Clavel, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, HyperCours, 2009
- P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2004
- P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, Paris, Armand Colin, 4^{ème} édition, 2002
- E. David, *Code de droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2004 (édition à jour au 1^{er} novembre 2004)
- E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, ULB, Bruxelles, Bruylant, 2009
- F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 16^{ème} édition, 2009
- H. Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1922
- H. Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928
- F. Hélie, *Traité d'instruction criminelle, t.II*, 2^{ème} édition, 1866
- E. Garçon, *Code pénal annoté*, 1^{ère} édition, 1901, 2^{ème} édition par Patin, Rousselet et Ancel, 3 tomes, 1952 à 1959
- R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^{ème} édition, 6 tomes parus, 1913 à 1935
- R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 15^{ème} édition, 1934
- S. Glaser, *Droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1954
- S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel, t. I et II*, Bruxelles, Bruylant, 1970 et 1978
- S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 6^{ème} édition, 2010
- A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Paris, PUF, collection « Thémis » droit, 3^{ème} édition, 2005
- C. Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1^{ère} édition, 1971 et 2^{ème} édition, 1979

- J.P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Connaissances du droit, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008.
- R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, t.I : Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^{ème} édition, 1997
- R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, t.III : Procédure pénale*, Paris, Cujas, 5^{ème} édition, 2001
- P. Pazartzis, *La répression pénale des crimes internationaux, Justice pénale internationale, Cours et travaux*, n° 8, ed. Pédone, 2007
- J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris, Précis Dalloz, 3^{ème} édition, 2008
- J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 17^{ème} édition, 2008/2009
- J. Pradel et A. Cadoppi, *Droit pénal général comparé (Allemagne – Angleterre – Belgique – Espagne – France – Italie – Pays-Bas – Portugal – Suisse) – Etude de cas*, Paris, Cujas, 2005
- J. Pradel, G. Corstens et G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, Dalloz, 2009
- J. Pradel, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 15^{ème} édition, 2010
- F.X. Priollaud et D. Siritzky, *Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, La documentation française, 2008
- A. Quintano Ripollès, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Madrid, Consejo Superior de investigaciones científicas, Instituto « Francisco de Vitoria », 1955, volumes 1 et 2.
- M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, Paris, Ellipses, 2^{ème} édition, 2006
- J.-H. Robert, *Droit pénal général*, Paris, Thémis droit, PUF, 6^{ème} édition refondue, 2005
- G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, collection « Précis », 20^{ème} édition mise à jour par B. Bouloc, 2007
- G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, collection « Précis », 22^{ème} édition, 2010
- M. Travers, *Traité de droit pénal international*, Paris, Sirey, 1920-1922 (5volumes)
- Edited by C. Van den Wijngaert, and assistants editors, G.Stessens and L. Janssens, *International criminal law – A collection on international and european instruments*, Martinus Nijhoff Publishers, 3rd revised edition, 2005

- G. Werle, *Principles of international criminal law*, T.M.C. Asser Press, 2005 (1^{ère} édition) et 2009 (2^{nde} édition)
- R. Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bruxelles, Éd. Bruylant, Berne, Stämpfli, 2009

III – Monographies et Thèses

Monographies

- H. Ascensio, E. Lambert-Abdelgawad et J.-M. Sorel (Dir.), *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, Société de législation comparée, 2006
- A. Bailleux, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau : de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, Bruylant, Genève, 2005.
- E. Barbe/ Avant-propos de V. Giscard d'Estaing, *L'espace judiciaire européen*, Paris, réflexe Europe - La documentation Française, 2007
- P. Berthelet, *Le paysage européen de la sécurité intérieure*, P.I.E. Peter Lang.
- A. Bossard, *Transnational crime and criminal law, (The office) of International criminal justice*, The University of Illinois at Chicago, 1990
- W. Bourdon (introduit et commenté par), avec E. Duverger/ Préface de R. Badinter, *La Cour Pénale Internationale – Le Statut de Rome*, Paris, éditions du Seuil – « Inédit – Essais », mai 2000
- L. Bourgogue-Larsen et A. Ubeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- S. Braum et A. Weyembergh (édité par), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles – Institut d'études européennes, 2009
- A. Cassese, M. Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 2002
- A. Cassese et M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 2002

- A. Cassese, D. Scalia, V. Thalmann, *Les grands arrêts de droit international pénal*, Dalloz, Paris, 2010
- M. Chiavario (sous la direction de), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz – Giuffrè Editore, 2003
- G. De Kerchove et A. Weyembergh (édité par), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles – Institut d'études européennes, 2002
- G. De Kerchove et A. Weyembergh (édité par), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles – Institut d'études européennes, 2001
- G. De Kerchove d'Ousselghem et A. Weyembergh (édité par), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles – Institut d'études européennes, 2003
- G. De Kerchove et A. Weyembergh (édité par), *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles – Institut d'études européennes, 2003
- M. Delmas-Marty (Dir.), *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne : introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Paris, Economica, 1997
- M. Delmas-Marty, X. Dijon, B. Fauvarque-Cosson, R. Greenstein, J.-L. Halperin, M.-L. Izorche, C. Jamin, O. Pfersmann, *Variations autour d'un droit commun – Travaux préparatoires*, Paris, Société de législation comparée, 2001
- G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité – Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, Pedone, 2002
- D. Flore, *Droit pénal européen : Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009
- E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad, et M. Delmas-Marty, *Les sources du droit pénal international : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le statut de la Cour pénale internationale*, Paris, Centre de droit comparé, Société de législation comparée, 2005
- G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (Dir.), J. Tricot (coordination de), *L'intégration pénale indirecte, Interactions entre droit pénal et coopération*

- judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, Société de législation comparée, 2005
- M. Henzelin, *Le principe d'universalité en droit pénal international, Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et de juger selon le principe d'universalité*, Faculté de droit de Genève, Helbing et Lichtenhahn, Bruylant, 2000.
 - M. Henzelin et R. Roth (Dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., 2002
 - E. Jeuland et A.-M. Leroyer, *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Paris, Dalloz, 2004
 - F. Jault-Seseke, J. Lelieur et C. Pigache (sous la direction de), *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, Actes du 25^{ème} colloque des Instituts d'études judiciaires organisé les 20 et 21 mars 2009 à l'Université de Rouen, Paris, Dalloz, 2009
 - A.-M. La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, Paris, PUF 2003
 - F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (sous la direction de), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Nemesis Bruylant, coll. Droit et Justice, vol. 53, 2004.
 - A.-C. Martineau, *Les juridictions pénales internationalisées, Un nouveau modèle de justice hybride*, Ed. Pédone, Paris, 2007
 - H. Michel, M. Mangenot et N. Paris, *Une Europe de la Justice – Mobilisations contre la « criminalité organisée » et institutionnalisation d'un espace judiciaire pénal européen (1996-2001)*, Mission de recherche Droit et Justice, mars 2005
 - L. Moreillon, A. Willi-Jayet, *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, Helbing et Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ 2005
 - A. Peyro Lapis, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruxelles, Bruylant, 2003 (coll. Du CREDHO, n°3). Weyembergh, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004
 - P. Palazzi & M.T. Perez Martin (Dir.), *Défis du droit à la protection de la vie privée*, coll. Cahiers du centre de recherche informatique et Droit, vol. 31, 2009
 - J. Rideau (Dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2009,.

- R. Vanni, *Le droit pénal français face à la corruption internationale : un bilan controversé*, Mémoire Paris I, 2009/2010 etic-intelligence.com/media/extra/20100908_M%A9moire%20Romain%20Vanni.pdf.
- Mélanges Bouloc, *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007
- Mélanges Léger, *Le droit à la mesure de l'Homme*, Mélanges en l'honneur de P. Léger, Pédone, 2006
- Mélanges offerts à G.Levasseur. *Droit pénal. Droit européen*, Paris, Litec, 1992
- Mélanges Lombois, *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit*, Etudes offertes à C. Lombois, PULIM, 2004
- *Mélanges Vitu, Droit pénal contemporain*. Mélanges en l'honneur d'A.Vitu, Paris, Cujas, 1989
- *Mélanges Wiederkehr, De code en code*, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Paris, Dalloz, 2009 (V.notamment R.Koering-Joulin, *De quelques aspects de la règle ne bis in idem – accords et désaccords de la CJCE et la chambre criminelle de la cour de cassation*, pp.471 à 486)
- Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale : Bruxelles*, Bruylant, Berne, Stämpfli, 2009

Thèses

- P. Beauvais, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, Thèse Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2006.
- M. Bossuyt, *Strasbourg et les demandeurs d'asile, des juges sur un terrain glissant*, Bruylant, 2010
- C. Chevallier-Govers, *De la coopération à l'intégration policière*, Bruylant, 1999
- D. Chilstein, *Droit pénal international et lois de police – Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003
- L. Coudray, *La protection des données personnelles dans L'Union européenne*, Thèse dactylographiée, Paris I, 2005.
- S. Gourdon, *L'entraide répressive en matière pénale*, th. Bordeaux 2003.

- M. O.Hubschwerlin, *Utilisation des données contenues dans le système d'information Schengen – Analyse des tensions entre Système d'information Schengen, système commun, et disparités dans l'utilisation de ce système*, Thèse dactylographiée, Strasbourg.
- J. Lelieur-Fischer, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Etude à la lumière des droits français, allemand, européen* » Paris I, 2005.
- P. Michaux, *Les effets internationaux des jugements répressifs*, thèse dactylographiée, Paris, 1966
- L. Moret-Danan, *La règle non bis in idem en droit pénal français*, thèse dactylographiée, Rennes, 1971
- G. Niyungeko, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruylant, 2005.
- A. Perrodet, *Etude pour un ministère public européen*, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 35, 2001.
- M. Sabatier, *La coopération policière européenne*, L'Harmattan, 1999.
- G. Taupiac-Nouvel, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, thèse Université Toulouse I-Capitole, 2010.
- D. Tezcan, *Territorialité et conflits de juridictions en droit pénal international*, Publication de la faculté des sciences politiques de l'Université d'Ankara, 1983.
- D. Thiel, *Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international*, thèse dactylographiée, Metz, 2000

IV – Articles, chroniques

- B. Ancel et H. Muir Watt, *Doctrine et chroniques, La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II »*, Rev. crit. DIP, 2001, pp.403 à 457
- P. D'Argent, *L'expérience belge de la compétence universelle, beaucoup de bruit pour rien*, RGDIP 2004, p.597
- H. Asencio, *Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal. A propos de la loi du 9 août 2010*, JCP 2010, n° 37, p. 1691

- B. Audit, *Compétence internationale des tribunaux français : droit commun, règlement Bruxelles II bis et litispendance – Note sous les arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 septembre 2009*, D., n°1, 2010, note, p. 58
- F. Baab, *Décisions concernant Eurojust et le Réseau Judiciaire Européen en matière pénale*, L'observateur de Bruxelles, n°76, avril 2009, p. 14
- O. Bachelet, *note sous l'arrêt CEDH (troisième section), 29 mai 2001, Franz Fischer c/ Autriche*, Journal du droit international, 2002, p. 282
- O. Bachelet, *note sous l'arrêt CEDH (deuxième section), 2 juillet 2002, Götkan c/ France*, Journal du droit international, 2003, p.531
- I. Barrière Brousse, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, J.D.I., n°1, 2010, p.3
- H.-J. Bartsch, *Council of Europe, Ne bis in idem : The european perspective*, Revue internationale de droit pénal, 2002, p.1163
- V. Bazocchi, *La protection des données dans le droit de l'Union européenne, in Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, sous la dir. De J. Rideau, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2009, p. 59
- P. Beauvais, *Droit pénal de l'Union européenne – 1^{er} septembre 2009-31 juillet 2010*, R.T.D. eur., n°46(3), juillet-septembre 2010, p.721
- P. Beauvais, *Les acteurs institutionnels de l'espace européen*, Revue Dr. pénal, septembre 2010, p.10
- P. Beauvais, *L'union européenne et la création du droit pénal*, Les Petites Affiches, n° 241, 2007, p. 11
- P. Beauvais, *Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des Cours européennes*, Archives de politique criminelle, n° 29, 2007, p. 5.
- P. Beauvais, *L'apport du mandat d'arrêt européen à la coopération pénale internationale*, La Gazette du Palais, n° 251, septembre 2008, p. 15.
- O. Beauvallet, *Benjamin Ferencz et la lente répression du crime d'agression*, Rev. sc. crim. 2009, p. 749.
- R. Bellanova et P. De Hert, *Protection des données personnelles et mesures de sécurité : vers une perspective transatlantique*, Cultures & Conflits, 2010, n°74, p. 63
- L. Bellulo et B. Sturlese, *La constitution européenne : une opportunité pour l'Europe de la Justice*, JCP G, n°36, I, pp.1465 à 1468

- J. Biancarelli, *Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, Rev. sc. crim. 1989, p. 131
- G. Biti, *Chronique de la Cour pénale internationale*, Rev. sc. crim. 2010, p. 973.
- I. Blanco Cordero, *Compétence universelle, rapport général*, CAIRN, 2008/1, p. 13-57,
- C. Blumann, *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, R.A.E-L.A.E 2006, p. 11.
- X. Boucobza, *L'espace pénale européen*, in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen*, dir. Leroyer Anne-Marie et Jeuland Emmanuel, Dalloz 2004
- L. Bommart et M. Gautron, note sous l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles (1^{ère} chambre 1^{ère} section), 10 octobre 1983, Gaz.Pal., 1984, 1, pp.229 à 231
- Y. Bosly, *La coopération judiciaire avec la Cour pénale internationale*, Mélanges Van Compernelle, Bruxelles, Bruyland, 2004
- D. Brach-Thiel, *De la nécessaire réécriture de l'article 113-8-1 du code pénal*, Rev.sc.crim., 2009, pp.523 à 533
- S. Brammertz, *Trafic de stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen*, Revue de droit pénal et de criminologie, 1996, pp.1063 à 1081
- S. Braum, *La protection européenne des données en droit pénal européen*, in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen* (ss la dir. Braum S. & Weyembergh A.), éd. De l'univ. De Bruxelles, 2009, p. 195
- W. Breukelaar, *La reconnaissance des jugements répressifs étrangers*, Revue internationale de droit pénal, 1974, pp.565 à 584
- D. de Bruyn, *Le droit à un recours effectif*, in *Les droits au seuil du 3^{ème} millénaire*, Mélanges en hommage à P. Lambert, Bruyant, Bruxelles, 2000, p. 185
- O. Cahn, *Le jugement en France par délégation d'une juridiction pénale internationale*, Rev.sc.crim. 2008, PP 273 et s.
- G. Canivet, *L'approche de la protection des données à caractère personnel dans les Conventions internationales*, Séminaire sur le cadre juridique des technologies de l'information et de la communication au Sénégal, Dakar, 29 et 30 août 2005.
- D. Carreau, *La compétence universelle au regard du droit international*, Mélanges dédiés au Professeur Bouloc, Dalloz, Paris, 2006. p. 89

- A. Cassese, *La répression des infractions internationales*, in *Droit international pénal*, sous la direction de H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet, Pédone, Paris, 2000, p.623
- J. Cazala, *Est-il risqué pour les États de coopérer avec les juridictions pénales internationales ? Réflexions sur les relations entre juridictions nationales, tribunaux pénaux internationaux et Cour européenne des droits de l'homme*, *Rev. sc. crim.* 2003, p.721
- C. Chalas, *Conflits de juridictions* – Note sous l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 septembre 2009, *J.D.I.*, n°2, 2010, p.475
- F. Chaltiel, *Le traité de Lisbonne : l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice*, *Les Petites Affiches*, 2 avril 2008, n°67, p.4
- F. Chaltiel, *Le traité de Lisbonne : la répartition des compétences entre l'Union Européenne et les États membres*, *Les Petites Affiches*, 15 février 2008, n°34, p.6
- D. Chilstein, *De la retenue en matière de compétence universelle*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 25
- D. Chilstein, *Sources du droit pénal et construction européenne*, in *Droit pénal : Le temps des réformes*, sous la direction de V. Malabat, B. de Lamy, et M. Giacomelli, Débats et colloques, Lexis-Nexis, Litec, 2011
- G. Conway, *Ne bis in idem in international law*, *International criminal law review*, volume 3, n°3, 2003, pp.217 to 244
- P. Couvrat, *Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines, L'exécution partielle d'une peine à l'étranger par rapport à la condamnation infligée en France pour les mêmes faits*, *Rev.sc.crim.*, 1987, p.266
- R. Crône, note sous l'arrêt Cass.civ.1^{ère}, 15 décembre 1999, *Répertoire du notariat Defrénois*, 2000, p.764
- M. Darmon, *La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes*, *Rev. sc. crim.*1995, p. 23
- O. De Baynast, *Eurojust : lot de consolation pour les tenants du parquet européen ou socle pour la construction d'une action publique européenne ?*, *R.A.E.-L.E.A.*, 2003-2004/3, pp.335 à 345
- R. De Bellescize, *La Cour de justice de la communauté européenne limite la souveraineté des Etats en matière pénale*, *Rev. dr. pén.* 2005, n° 12, p. 6, note sous CJCE, 13 sept. 2005, affaire C-174/03, Commission C/Conseil de l'Union,

- S. De Biolley, *Collecte, échange et protection des données dans la coopération policière en matière pénale*, JDE, sept. 2006, 93.
- J. De Codt, *Coopération internationale en matière pénale dans le cadre européen*, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2006, p.168
- J.L.De La Cuesta, *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem – Rapport général*, RIDPén 2002, p.673
- J.L.De La Cuesta et A. Eser, *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem*, RIDPén 2001, pp. 740 à 751
- E. De Gouttes, *De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen*, in *Mélanges offerts à G. Levasseur, Droit pénal, Droit européen*, Paris, Litec, 1992, p. 3.
- G. De Kervoche, A. Weyembergh, *Réflexions sur l'idée de la confiance mutuelle*, in *Sécurité et justice, enjeux de la politique extérieure de l'Union européenne*, institut d'études européennes, Bruylant 2003, p. 135
- O. De Schutter, *Les droits fondamentaux dans le projet européen, des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux*, in *Une constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, dir. De Schutter O. et Nihoul P., Larcier 2004, p. 81.
- O. De Schutter, *L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des Etats au regard de la convention européenne des droits de l'homme* », in *L'espace pénal européen, enjeux et perspectives*, G. De Kerchove et A. Weyembergh, Institut d'études européennes, Bruylant 2002, p. 223
- E. Decaux, *Applicabilité du principe non bis in idem à des faits identiques ou en substance les mêmes – Note sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Zolotoukhine c.Russie, 10 février 2009, J.D.I., n°3, 2010, pp.985 à 988*
- A. Decocq, *La poursuite d'un chef d'Etat étranger*, Mélanges Bouloc, Paris, Dalloz, Paris, 2007, p.287
- J.M. Delarue, *L'Europe des fichiers. Dialogues des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes*, in *Le dialogue des juges*, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Dalloz, 2009, p. 232
- G. Della Morte, *L'amnistie en droit international*, http://www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Dellamorte.PDF

- M. Delmas-Marty, *Les interactions entre droit interne et droit international*, Rev.sc.crim., 2003, p. 1.
- M. Delmas-Marty, *Le droit pénal comme éthique de la mondialisation*, Rev.sc.crim., 2004, p.1
- M. Delmas-Marty, *La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal*, Rev. sc. crim. 2005, p. 473
- M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Dalloz, 2006, p.951
- M. Delmas-Marty, *La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal*, Rev. sc. crim., 2006, p. 473
- L. Desessard, *Le contrôle des demandes d'entraide judiciaire et de leur exécution*, RPDP 2003 p. 573.
- L. Desessard, *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem*, DIDPén. 2002, pp.913 à 940
- F. Desportes, *Coopération judiciaire en matière pénale*, Panorama de jurisprudence de la chambre criminelle : Rapport de la Cour de cassation, 1999, p. 119 et s.
- Diallo, *l'entraide judiciaire répressive internationale en matière pénale*, Rev. sc. Crim., 1992, p. 541
- M. Dobkine, *la CIJ et la compétence universelle*, D. 2002, chr., p. 1778
- H. Donnedieu de Vabres, *Le système de la répression universelle*, Revue internationale de droit pénal, 1922
- H. Donnedieu de Vabres, *Des cas d'extinction précédente de l'action publique*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1929, I, p.293
- M. Douchy-Oudot et E.Guinchard, *Espace judiciaire civil européen (15 juillet 2009-15 mai 2010)*, RTDEur., n°46(2), avril-juin 2010, p 421
- F. Dumortier & Y. Pouillet, *La protection des données à caractère personnel dans le contexte de la construction en pilier de l'Union européenne*, in P. Palazzi & M.T. Perez Martin (Dir.), *Défis du droit à la protection de la vie privée*, coll. Cahiers du centre de recherche informatique et Droit, vol. 31, p. 447

- F. Dumortier et Y. Pouillet, *La protection des données à caractère personnel dans le contexte de la construction en piliers de l'Union Européenne*, Rev. Lamy Dr. de l'immatériel, 2007, étude n°29, n°12
- F. Dumortier, C. Gayrel, J. Jouret, D. Moreau et Y. Pouillet, *La protection des données dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, JDE fév. 2010, p. 34
- A. Fournier, *Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises*, Rev. crit. DIP 1981, p.38
- A. Fournier, *La répression de la complicité et ses avatars en droit pénal international*, Rev.sc.crim., 2003, p.13
- A. Fournier, *Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international*, Mél. Bouloc, Dalloz, 2007, p. 333
- M. Frulli, *Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction d'A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, Paris, 2002, p. 215
- S. Garcia-Jourdan, *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels apports pour la coopération judiciaire et policière en matière pénale ?*, R.A.E. – L.E.A., 2003-2004/3, p.375
- T. Garé, *Retour sur la litispendance internationale et la reconnaissance des décisions étrangères en matière de divorce*, Revue juridique Personnes et Famille, n°4, avril 2009, p.18
- Y. Gautier, *Rapprochement des politiques pénales - Convention d'application de l'accord de Schengen (note sous l'arrêt CJCE 11 février 2003)*, Europe, 2003, commentaire n°124
- C. Ghica-Lemarchand, *La commission rogatoire internationale en droit pénal*, RSC 2003, p. 541
- A. Giraud et S. Goossens-Hlisníková, *Reconnaissance mutuelle et droits de la défense dans l'espace judiciaire européen*, Gaz.Pal., 24 décembre 2009, n°358, p. 45
- G. Giudicelli-Delage, *Poursuivre et juger selon les intérêts de la justice, complémentarité ou/et primauté ?*, Rev. sc. crim., 2007, p. 473.
- G. Guarneri, *Les effets du procès pénal sur les causes évoquées devant les tribunaux civils*, Revue internationale de droit pénal, 1955, p.455

- C. Guillaume, *La compétence universelle, Formes anciennes et nouvelles*, Mélanges Levasseur, Litec, Paris, 1992, p. 423.
- A. Huet, *note sous l'arrêt de Cass.crim., 26 janvier 1966*, Rev. crit. DIP 1966, p.661
- L. Idot, *La notion de réseau s'étend à la coopération pénale – Coopération en matière pénale*, Europe n°2, février 2010, commentaire 66
- C. Jacob et K. Zouaoui, *Un outil essentiel pour la coopération judiciaire civile : le réseau judiciaire en matière civile et commerciale*, L'observateur de Bruxelles, n°76, avril 2009, p.11
- W. Jeandidier, *note sous l'arrêt Cass. crim., 10 février 1988*, Houdart, JCP G, 1988, II, 21124
- H.-H. Jescheck, *Rapport général provisoire sur la question des Effets Internationaux de la Sentence pénale*, IX Congrès de l'AIDP, 1963, Revue internationale de droit pénal, 1963, p.211
- L. Jimena Quesada, *Compétence universelle et crimes internationaux : l'illustration par l'Espagne*, Rev. sc. crim., 2009, p. 217.
- F. Julien-Lafferrière, *Les effets de la communautarisation de l' « acquis de Schengen » sur la règle non bis in idem (note sous l'arrêt CJCE 11 février 2003)*, Dalloz, 2003, pp.1458 à 1460
- F. Kauff-Gazin, *Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne : un bilan contrasté*, Europe 2008, n° 7, p. 37
- F. Kauff-Gazin, *Importants actes intervenant en matière pénale*, Europe, n°2, février 2009, comm.72
- F. Kauff-Gazin, *Reconnaissance mutuelle des décisions pénales*, Europe, n°12, décembre 2010, comm.409
- C. Kessedjian, *La circulation des jugements pénaux dans l'Europe communautaire*, Mélanges offerts à G. Levasseur, *Droit pénal. Droit européen*, Paris, Litec, 1992, p.139
- Keubou, *Adaptation des législations internes aux exigences de la Convention de Rome*, Rev. sc.crim., 2004, p. 843
- R. Koering-Joulin, *De quelques aspects de la règle non bis in idem, accords et désaccords de la CJCE et de la chambre criminelle de la Cour de cassation*, in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Widerkehr*, Dalloz 2009, p. 471

- R. Koering-Joulin, *Chronique internationale, Droits de l'homme, Article 4. Protocole n°7. Non bis in idem*, Rev.sc.crim., 1996, p.487
- R. Koering-Joulin, *L'application de la loi pénale française dans l'espace (Avant-projet de code pénal, 1983)*, Rev.sc.crim., 1984, p.263
- R. Koering-Joulin, *A propos de la compétence universelle (à travers deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation)*, Etudes offertes à C. Lombois, PU Limoges, 2004, p. 707
- R. Koering-Joulin, *Droits fondamentaux et droits de l'Homme*, cedroma.usj.edu.lb.pdf
- G.B. Koudou, *Amnistie et impunité des crimes internationaux*, Droits fondamentaux, n° 4, 2004, p. 67
- H. Labayle, *Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme*, RTDEur. 2009, p. 231
- H. Labayle, *Instruments et procédures de l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice : quelques réflexions critiques – Audition devant le groupe de travail JAI de la Convention pour l'avenir de l'Europe*, Europe 2003, p. 3
- C. Ladenburger, *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDEur., 2011, p. 20
- E. Lambert, *Les droits de l'homme dans l'Union européenne*, LPA 1999, n° 147, p. 5
- E. Lambert-Abdelgawad, *L'emprisonnement des personnes condamnées par les juridictions pénales internationales*, Rev. sc. crim., 2003, p. 162
- E. Lambert-Abdelgawad, *Le dessaisissement des tribunaux nationaux au profit des tribunaux pénaux internationaux : un encadrement abusif par le droit international de l'exercice de la compétence judiciaire interne ?* RGDIP 2004, pp. 407-438.
- J. 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)*, Rev.sc.crim., 1980, p.13
- A. Légal, *Chronique de jurisprudence, Droit pénal général, Le non-cumul des peines et le cas d'une condamnation antérieure prononcée à l'étranger*, Rev.sc.crim., 1965, p.411

- J. Lelieur et L. Sinopoli, *Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la coopération judiciaire*, Les Petites Affiches., 22 février 2010, n°37, p.7
- J. Lelieur-Fischer, *Observations sur le Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, Max-Planck-Institut, mars 2006
- J. Lelieur, *L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ?*, *Rev. Sc. Crim.* 2011, p. 1 et s.
- G. Levasseur, *Réflexions sur la compétence, Un aspect négligé du principe de légalité*, Mélanges Huguenev, Sirey, Paris, 1964, p. 16.
- C. Lombois, *Chronique de droit pénal international*, *Rev. sc. crim.* p. 751
- C. Lombois, *De la compassion territoriale*, *Rev.sc. crim.*, 1995, p. 399.
- A. Lo Monaco, *Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures*, *Rev.sc.crim.*, 1995, p.11
- M. Lugano, *Mandat d'arrêt européen, extradition et droit à un procès équitable*, *RGDIP* 2008, p. 603
- R. Maison, *Le droit international des droits de l'homme et les juridictions internationales pénales*, in *Droit international, droits de l'Homme et juridictions internationales*, Bruylant, 2009, p. 121.
- V. Malabat, *Absence de contrôle de la double incrimination des faits : étendue du pouvoir d'appréciation de la chambre de l'instruction*, *JCP G* 2008, II, n° 23, p. 32
- V. Malabat, *Confiance mutuelle et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen*, in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz 2010
- V. Malabat, *Prescription ou imprescriptibilité des infractions internationales*, in *Droit international pénal*, sous la dir. de H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, 2^{ème} éd., à paraître
- J. Mbokani, *L'impact de la stratégie de poursuite du procureur de la Cour pénale internationale sur la lutte contre l'impunité et la prévention des crimes de droit international*, *Droits fondamentaux*, n° 7, janv. 2008, p. 21
- J. Malenovsky, *L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme*, *R.G.D.I.P.* 2009, p. 753
- S. Manacorda, *Un bilan des dynamiques d'intégration pénale à l'aube du traité de Lisbonne*, *Rev.sc.crim.*, 2009, pp.927

- S. Manacorda, *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal*, Rev. sc. crim. 2006, p. 881
- S. Manacorda, « *Judicial activism* » dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne, *Chronique internationale*, Rev.sc.cim., 2005, p.940
- S. Manacorda et G.Werle, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au statut de Rome*, RSC 2003 p. 501.
- M. Massé, *L'entraide judiciaire internationale version française (suite) (loi n°2004-204 du 9 mars 2004)*, Rev.sc.crim., 2004, p.978
- M. Massé, *La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal*, Rev.sc.crim., 1995, p.856
- M. Massé, *Une nouvelle dimension de la coopération judiciaire en matière pénale : la coopération « verticale »*, Rev.sc.crim., 2002, p.884
- M. Massé, *La coutume internationale dans la jurisprudence de la chambre criminelle*, Rev. sc. crim., 2003, p. 894.
- M. Massé, *Compétence universelle et amnistie*, Rev. sc.crim., 2003, p. 425 et s.
- F. Massias, *Chronique internationale, Droits de l'homme, Transaction pénale*, Rev.sc.crim., 2003, p.625
- F. Massias, *Chronique internationale, Droits de l'homme, Ne bis in idem*, Rev.sc.crim., 2003, p.413
- A. Mattera, *La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste*, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n°3, 2009, p.385
- D. Mayer, *La prévision de la sanction dans l'extradition*, in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF 2001, p. 325
- B. Mazabraud, *la coutume en droit pénal français*, RPDP 2008, p. 329
- I. Mbadinga, *Variations des rapports entre les juridictions pénales et les juridictions nationales dans la répression des crimes internationaux*, RTDH 2003, p. 1221
- R. Mesa, *La prescription de l'action publique confrontée à la règle non bis in idem en cas de compétence personnelle passive de la loi pénale française – Note sous l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 mai 2009*, *Gaz.Pal.*, 21 juillet 2009, n°202, pp.2 à 5

- K. Mikliszanski, *Le système de l'universalité du droit de punir et le droit pénal subsidiaire*, Rev. sc. crim., 1936, p. 331.
- H. Mock, *Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits – Note sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009*, RTDH 2009, p.867
- H. Mock, *Ne bis in idem, une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg et à Strasbourg*, RTDH 2006, p. 635
- H. Mock, *observations sous l'arrêt Tribunal fédéral suisse, 23 juin 1999*, RTDH, 2000, p.315
- H. Mock, *observations sous l'arrêt CEDH, 30 juillet 1998, Oliveira c. la Suisse*, RTDH 1999, p.619
- R. Muñoz, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le règlement 764/2008 – Chronique d'une future révolution ?*, Revue du Droit de l'Union Européenne, n°3, 2009, pp.513 à 546
- A. Nieto Martin, *Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos : la corrupción como ejemplo*, www. cienciaspenales.net
- C. Nourissat, *Lisbonne : and so what ?*, R.P.D.P., 2010, p.153
- A. Nunzi, *Les institutions de coopération pénale. European police Office-Europol*, R.I.D.P., vol. 77, p. 285
- A.P., *note sous l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} chambre d'accusation, 1^{er} février 1965*, JCP, 1965, II, 14164
- F. Paulino Pereira, *La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives*, Rev.crit.D.I.P., n°99 (1), janvier-mars 2010, p.1
- J. Pannier, *note sous l'arrêt Cass.crim., 3 juin 1991*, Dalloz, 1992, p.228
- S. Peyrou-Pistouley, *La protection des droits fondamentaux, au cœur de la nouvelle priorité de l'ELSJ : l'exemple de la protection des données à caractère personnel*, Curentul Juridic, 2010, n°3, p. 66.
- S. Peyrou-Pistouley, *La protection des données à caractère personnel dans l'ELSJ, work in progress*, RTDEur. 2010, p. 775
- I. Pingel, *Le principe de disponibilité des informations, dans l'espace de liberté, sécurité et justice*, in *Le droit à la mesure de l'Homme*, Mélanges en l'honneur de P. Léger, Pédone, 2006, p. 257.

- M. Pisani, *Italie/Italia, Criminalité organisée et coopération internationale*, RIDPén 1999, p.551
- G. Poissonier, *La Conférence de révision du Statut de la Cour pénale internationale de Kampala, en Ouganda, du 31 mai au 11 juin 2010*, D. 2010, p. 1155
- J. Pradel, *Les limites de l'amnistie en droit pénal*, Dalloz, 1967, chronique, p.236
- J. Pradel, *Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen*, Mélanges Bouloc, Paris, Dalloz, 2007, p 895
- M. Pralus, *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis*, Rev.sc.crim., 1996, p.551
- M.-L. Rassat, *Chronique législative, Droit pénal spécial, IX.- Police des étrangers*, Rev.sc.crim., 1995, p.380
- D. Rebut, *Chose jugée*, Revue générale de procédures, 1999, p.92
- G. Ress, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La conscience des droits*, Mélanges en l'honneur de J.P. Costa, Dalloz, 2011, p. 519
- L. Rinuy, *Cour de justice, 11 février 2003, Procédures pénales contre Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, Revue des affaires européennes, 2003, pp.119 à 124
- L. Rinuy, *Cour de justice, 10 mars 2005, Filomeno Miraglia*, Rev. aff. eur. 2005, p. 327
- J. Robert, *Procédure pénale, n°4, Délit commis en France et à l'étranger*, Rev.sc.crim., 1971, p.702
- D. Roets, *Note sous, CEDH, 24 juillet 2008, Kononov c/ Lettonie*, Rev. sc. crim. 2009, p. 185.
- D. Roets, *La légalité criminelle au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Rev. sc. crim., 2009, p. 185
- D. Roets, *Note sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Zolotoukhine c.Russie, 10 février 2009*, Rev.sc.crim., 2009, p.675
- D. Roets, *Note sous CEDH, Kononov c/ Lettonie, 17 mai 2010*, Rev. sc. crim. 2010, p. 696
- E. Roger France et L. Dassonville, *Les acteurs de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Journal des tribunaux – Droit européen, mars 2006, n°127 – 14^{ème} année, pp.65 à 73

- C.P.R. Romano et T. Boutruche, *Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice « hybride »*, RGDIP, 2003, pp.109 à 124
- J.-L. Ropers, *Le marché commun et les effets internationaux des jugements répressifs*, JCP, 1963, I, 1797
- J.-F. Roulot, note sous Cass. Crim. 23 oct. 2002, JCP 2003, II, 10078, p. 894, *L'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française, même en présence d'une loi étrangère d'amnistie*
- E. Rubi-Cavagna, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, Rev.sc.crim., 2009, p.501
- C. Saas, *La nécessaire adaptation du droit français au Statut de Rome*, AJ Pénal 2007, p. 267.
- C. Saas, *Ne bis in idem et contumace – Note sous l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 11 décembre 2008*, A.J. pénal, 2009, p.134
- J.-C. Saint-Pau, *L'entraide judiciaire internationale et européenne*, Dr pén 2004, Étude, n° 9
- E. Salmón, *Le crime d'agression après Kampala, Souveraineté des Etats et lutte contre l'impunité*, à paraître, in *Les travaux de l'Institut de sciences criminelles et de justice de l'université Montesquieu-Bordeaux IV*, Cujas, 2011.
- S. Sana-Chaillé de Néré, *Bruxelles II : la Cour de cassation fixe les limites –Note sous l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 juin 2009*, D.,n°2, 2010, note, p.121
- W. Schabas, *Droit pénal international et droit international des droits de l'homme*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Bruylant, Genève, 2002, p. 165.
- H. Schultz, *Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger*, Rev.sc.crim., 1967, p.305
- F. Sobo, *Justice transitionnelle : le point sur les juridictions Gacaca au Rwanda*, Rev. sc. crim. 2009, p. 763
- C. Sotis, *Criminaliser sans punir, Réflexion sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirect) de l'Union européenne prévu par le Traité de Lisbonne*, Rev. sc. crim. 2010, p. 773
- G. Soulier, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, Rev.sc.crim., 1998, p.237

- D. Spinellis, *Global report, The ne bis in idem principle in « global » instruments*, Revue internationale de droit pénal, 2002, p.1149
- G. Stessens, *Belgique/Belgium, Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé – La coopération internationale (compétence extra-territoriale, l'exécution de saisies et de confiscations, droit à un procès équitable)*, Revue internationale de droit pénal, 1999, p.381
- F. Sudre, *L'Union européenne et les droits de l'homme*, R.A.E-L.E.A 2006/1, p. 7
- A.-L. Téani, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ?*, Rev. sc. crim. 2007, p. 765.
- N.L.C. Thwaites, *Eurojust autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier ?*, Rev.sc.crim., 2003, pp.45 à 61
- N. Thwaites, *Justice et affaires intérieures, Arrêt « Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge »*, Revue du droit de l'Union européenne, 2003, pp.294 à 298
- D. Szymczak, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Serpent de mer ou Hydre de Lerne ?*, Politeia 2008, n° 13, p. 405
- A. Tizzano, *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, RTDEur., 2011, p. 9.
- A. Turk et P. Piazza, *La difficile quête d'un équilibre entre impératifs de sécurité publique et protection de la vie privée*, Cultures & Conflits, n°76, 2009
- M. Travers, *Les effets internationaux des jugements répressifs*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1924, III, p.417
- D. Vandermeersch, *Compétence universelle et immunités en droit international humanitaire, La situation belge*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Bruylant, 2002, p. 277.
- A. Vitu, *Chronique de jurisprudence, Droit pénal général, La règle du non-cumul des peines et son absence d'incidence en droit pénal international*, Rev.sc.crim., 1992, pp.306 à 308
- A. Weyembergh, *Le principe ne bis in idem : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ?*, Cahiers de droit européen, n°40/3-4, 01/04/2004, pp.337 à 375

- A. Weyembergh, *Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in S. Braum et A. Weyembergh, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Institut d'études européennes, 2d. de l'Univ de Bruxelles, 2009, p. 227.
- G. Wiederkehr, *Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée*, Mélanges Normand, Litec, Paris 2003, p.507

V - Jurisprudence

Jurisprudence nationale

- CE, 24 mai 1985, Rec. CE 1985, n° 160
- CE 27 fév 1987, *Fidan*, Rec. 1987, p. 81, D. 1987, 305, ccl. Bonichot, D. 1988, somm. 134, obs. Waquet et Julien-Laferrière
- CE, 29 sept. 1989, n° 100373, Juris-Data n° 1989-644600
- CE, 27 oct 1989, AJDA 1990, 122
- CE, 27 novembre 1996, *Laloui*, Req. n° 158182
- CE, 15 octobre 2000, *Kozirev*, Req. n° 212865
- CE 6 nov 2000, n° 214777
- CE 8 déc. 2000, n° 215357, JD 2000 061594, Rec CE 2000 p. 291
- CE, 15 juin 2001, n° 224008, D. 2001, I.R., 2803
- CE, 12 juillet 2001, *Einhorn*, Req. n° 227747
- CE, 27 juil. 2005, n° 272098, JD 2005-068789
- CE 10 fév. 2006, n° 283982
- Cass. crim., 12 juin 1914, Bull. crim. n° 276
- Cass. crim., 15 juil. 1937 : DP 1939, 1, 60, note Leloir
- Cass.crim. 26 janv. 1984, *affaire Barbie*, Bull. crim. n° 34.
- Cass. crim. 1^{er} avril 1993, *affaire Boudarel*, RDP 1994, com. n° 38, note. Robert
- Cass. crim. 1^{er} juin 1995, *affaire Touvier*, Bull. crim. n° 202
- Cass. crim., 30 oct. 1995, Bull. crim. n° 332
- Cass. crim., 26 nov 1996, Bull. crim. n° 426
- Cass.crim., 21 octobre 1997, Bull.crim. n° 344
- Cass. crim., 4 nov 1997, Bull. crim. n° 366

- Cass. crim., 13 mars 2001, *Affaire Kadhafi*, Bull. crim. n° 64.
- Cass. crim., 5 août 2004 : Bull. crim. n° 187
- Cass. crim., 19 janvier 2005, n° 04-86304 : JD 2005-027030
- Cass. crim., 15 sept 2005 : Bull. crim. n° 227
- Cass. crim., 29 mars 2006, n° 06-81183
- Cass. crim. 7 février 2007, Bull. crim. n° 39
- Cass. crim. 8 août 2007, n° 07-84621
- Cass. crim., 21 nov. 2007, JCP 2007 II 10108, note Malabat, Dr pén. 2008, comm. 26, note Maron
- Cass. crim. 18 juin 2008, n° 08-83.595
- Cass. crim. 9 juillet 2008, D. 2008. 2640, note Gréciano
- Cass. crim., 29 oct. 2008, Bull. crim. n° 217
- Cass. crim., 29 novembre 2008, Bull. crim. n° 217
- Cass. crim., 15 sept. 2010, n° 10-84449, AJ pénal 2011, p. 141 et 142, note Girault
- Paris, 3 juil. 1967 : JCP 1967 II 15267
- CA Aix-en-Provence, 24 nov 1999, JD 1999 115630, D. 2000, p. 245, note Renucci
- CA Toulouse, chbre de l'instruction, 23 oct 2008, n° 08/00029

Jurisprudence internationale

- ComitéDH, *Kindler c/ Canada*, 18 novembre 1993
- ComitéDH, n° 706/1996, *T. c. Australie*, 4 novembre 1997
- ComitéDH, n° 829/1998, *Judge c/ Canada*, déc. 5 août 2003
- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa*, 6/ 64, Rec. CJCE, p. 585.
- CJCE 12 déc. 1969, *Stauder*, 29/69, Rec. CJCE, p. 419.
- CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70 : Rec. CJCE, p. 1125
- CJCE, 14 mai 1974, *Nold II*, 4/73, Rec. CJCE, p. 491
- CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, Rec. CJCE, p. 1219
- CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, 98/79, Rec. CJCE, p. 691
- CJCE, 20 juillet 1985, *Kirk*, 63/83, Rec. CJCE, p. 2689
- CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, Rec. CJCE, p. 1651

- CJCE, 7 juin 1986, *Musique Diffusion Française*, 100 à 103/80, Rec. CJCE, p. 1825
- CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, 46/87 et 227/88, Rec. CJCE, p. 2859
- CJCE, 26 avril 1994, *Roquette*, C 228/92, Rec. CJCE, p. I-1445
- CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores (UPA)*, aff. C-50/00 P
- CJCE, 11 février 2003, aff. jointes C-187/01 et C-385/01, *H.Gözütok et K.Brügge*
- CJCE, 1er av. 2004, *Jégo-Quééré*, aff. C-263/02P
- TPICE, 7 juin 2004, *Segi contre Conseil*, aff. T-338/02
- CJCE, 10 mars 2005, aff. C-469/03, *Filomeno Mario Miraglia*
- CJCE, 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03
- CJCE, 13 sept. 2005, Commission C/Conseil de l'Union, affaire C-174/03, *reconnaissant la compétence exclusive de la Communauté dans l'adoption de mesures pénales pour assurer l'effectivité du droit communautaire*
- TPICE, 21 septembre 2005, *Kadi contre Conseil et Yusuf et Al Barakaat International foundation contre Conseil et Commission*, affaires T-315/01 et T-306/01
- CJCE, 31 janvier 2006, Commission c/Espagne, aff. C-503/03
- CJCE, 9 mars 2006, aff. C-436/04, *Van Esbroeck*
- CJCE., 30 mai 2006, C-317/04 *Transfert des données passagers aériens vers les Etats-Unis*
- TPICE, 12 septembre 2006, *Organisation des modjahedines du peuple d'Iran*, aff. T-228/02
- CJCE, 28 septembre 2006, aff.C-467/04 *Gasparini*
- CJCE, 28 septembre 2006, aff. C-150/05 *Van Straaten*
- CJCE, 27 février 2007, aff. C-355/04, *Segi et autres contre Conseil*
- CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05
- CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-367/05 *Kraaijenbrink*
- CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-288/05 *Kretzinger*
- CJCE, 23 octobre 2007 affaire C-440/05, Commission c/ Conseil de l'Union, relatif aux sanctions pénales en matière d'environnement.
- CJCE 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barrakaat International Foundation contre Conseil de l'UE et Commission européenne*, aff. jointes C-402/05 et C-415/05 P
- CJCE 9 octobre 2008, *Katz*, aff. C 404/07

- CJCE, 11 décembre 2008, aff.C-297/07 *Bourquain*
- CJCE, 22 décembre 2008, aff.C-491/07 *Turansky*
- CJCE, 11 juin 2009, *Kadi contre Conseil et Commission*, aff. jointes C-402/05 et C-402/05
- CJCE, 17 septembre 2009, *Scoppola contre Italie*, n° 10249/03
- CJUE, 26 janv. 2010, *Transportes Urbanos*, C-118/08
- CJUE, gde Ch., 9 nov. 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. Jointes C-92/09 et C-93/09, obs. C. Degrave E., *Arrêt « Volker und Markus Schecke et Eifert » : le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel et la transparence administrative*, *JDE* av. 2011, p. 97.
- CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, série A n° 28
- CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. R.-U.*, Req. n° 14038/88
- CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, série A n° 215
- CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Rec. 1996-V.
- CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy, c/ Turquie*, Req. n° 14037/04
- CEDH, 28 juillet 1998, *Selmouni c/ France*, Req. n° 25803
- CEDH, 7 mars 2000, *T. I. c. Royaume-Uni*, Req. n° 43844/98
- CEDH, 15 mars 2001, *Ismaili c. Allemagne*, Req. n° 58128/00.
- CEDH, 16 octobre 2001, *Einhorn c. France*, Req. n° 71 555/01
- CEDH, 23 avril 2002, *S.R. c. Suède*, Req. n° 62806/00
- CEDH, 26 mai 2002, *Segi et autres contre 15 membres de l'UE*
- CEDH, 6 février 2003, *Mamatkoulov et Abdurasulovic c. Turquie*, RTDH 1991, p. 205, obs. H. Tigroudja
- CEDH, 2 novembre 2004, *Abdülsamet Yaman c/ Turquie*, Req. n°32446/96
- CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus....c. Irlande*, Req. n° 45036/98.
- CEDH, 8 novembre 2005, *Bader et Kanbor c. Suède*, Rec. 2005-XI
- CEDH, 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, Req. n° 1948/04
- CEDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, Req. n° 37201/06
- CEDH, 24 avril 2008, *Ismoilov c. Russie*, Req. n° 2947/06
- CEDH, gr. ch., 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, Req. n° 26565/05
- CEDH, 24 juillet 2008, *Kononov c/ Lettonie*, Req. n° 36376/04
- CEDH, *Ould Dah*, 17 mars 2009, Req. n° 13113/03
- CEDH, *Marper c/ Royaume Uni*, 4 déc. 2009, Req. n°30562/04 et 30566/04.
- CEDH, 5^{ème} section, 19 novembre 2009, *Kaboulov c. Ukraine*, Req. n°41015/04.

- CEDH, 2 mars 2010, *Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Req. n° 41698/8
- CEDH, grande chambre, *Kononov c. Lettonie*, 17 mai 2010, Req. n° 36376/04
- CEDH, *M.S.S. c. Belgique*, 21 janvier 2011, Req. n° 30696/09
- CIJ, 11 avril 2000, *affaire du mandat d'arrêt c/ Rep. Dem. Congo*, C. I. J. Recueil 2002, p. 3
- CPI, Chambre de première instance I bis, Jugement, 25 juin 1999
- CPI, Ch. préél. II, 8 juillet 2005, ICC 02/04, *mandat d'arrêt Dominique Ogwen*.
- CPI, chambre des appels, ICC-01/04, appel 13 juillet 2006, publié le 23-09-2008
- CPI, 1^{ère} chambre préliminaire, 24 février 2006, ICC-01/04-01/06-37.
- TPIY, ch. Jugement, *Anto Furundzija*, n° IT-95 17/1-T, 10 déc. 1998
- TPIY, ch. Appels, 20 fév. 2001, *Celebici*, IT 96-21-A
- CIDH, 14 mars 2001, *Aguirre Chimbipuna C/ Pérou*, série C, n° 75 affaire « *Barrios Altos* »
- CIDH, 26 septembre 2006, *Arellano et autres c/ Chili*, Série C, n° 154
- CIDH, 29 nov. 2006, *La cantuta c/ Pérou*, Série C, n° 162
- CIDH, 4 juillet 2007, *Zambrano Vélez c/ Equateur*, Série C, n° 166

VI – Sites Internet

- <http://www.assemblee-nationale.fr>, V. *Communication de la République hellénique : initiative de la République hellénique concernant l'adoption par le Conseil d'un projet de décision-cadre relative à l'application du principe non bis in idem*, ainsi que *Livre Vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales* et *Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la prévention et au règlement des conflits de compétence dans le cadre des procédures pénales*
- <http://www.echr.coe.int/Fr>, V. *Article 4 du protocole n°7, Ne bis in idem, arrête CEDH, Zigarella – Italie (N°48154/99), Décision 3.10.2002 (Section I)]*
- <http://eur-lex.europa.eu>, V. conclusions de l'avocat général M.Damaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 8 juin 2006, Affaire C.150/05, J.L.Van Straaten contre Etat néerlandais et République italienne, question préjudicielle à la CJCE

- <http://europa.eu.int/eur.lex>, V. *Livre Vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales (SEC(2005)1767)-/*COM/2005/0696 final*/*
- <http://europa.eu.int/eur.lex>, V. *Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (deuxième chambre) du 9 mars 2006, Procédure pénale contre L.H. Van Esbroeck, aff. C-436/04*
- <http://www.europarl.eu.int>, V. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 50*
http://www.eurosvillage.eu/spip.php?page=print&id_article=4841#nb2, v. *M. Ramot, Prostitution : Le casse tête européen.*
- <http://www.fjpansier.com/Repdroit/6/nbi.htm>, E. Jez, V. *Etude de politique criminelle – La valeur de la règle non bis in idem*
- <http://www.senat.fr>, V. *Communication de la République hellénique : initiative de la République hellénique concernant l'adoption par le Conseil d'un projet de décision-cadre relative à l'application du principe non bis in idem, ainsi que Livre Vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales et Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la prévention et au règlement des conflits de compétence dans le cadre des procédures pénales*
- http://www.senat.fr/lc/lc62/lc62_mono.html. V. *La protection des données personnelles*

TABLE DES MATIERES

PARTIE I – L’organisation de l’espace répressif	11
TITRE I – Le partage concurrentiel de l’espace répressif	13
CHAPITRE 1 - Le partage concurrentiel du champ normatif répressif	15
Section 1 : Les critères du partage du champ pénal	16
§ I. <i>La distinction entre infraction nationale et internationale : le partage du champ répressif national et international.</i>	16
A. <i>L’insuffisance d’une distinction fondée sur la source de l’infraction</i>	17
1) La participation du droit national à la définition de l’infraction internationale	17
2) La disparition de l’opposition national/international dans la source de l’incrimination	19
B. <i>La pertinence des critères matériels de distinction</i>	20
1) L’infraction présentant un élément d’extranéité	20
2) L’infraction portant atteinte à une valeur internationale	22
§ II. <i>La catégorisation des infractions internationales</i>	24
A. <i>L’infraction universelle</i>	25
1) La catégorisation de l’infraction universelle par l’auteur de l’infraction	25
a) Les liens entre l’infraction internationale par nature et la criminalité d’Etat	25
b) Distinction entre infraction internationale et infraction d’Etat	28
2) La catégorisation de l’infraction universelle par le contenu de l’infraction	29
a) La valeur protégée par l’infraction universelle	30
b) Le contexte infractionnel	34
B. <i>L’infraction européenne</i>	36
1) Eclatement de l’infraction européenne	36
a) L’infraction européenne par nature (infraction contre l’Union européenne).	37
b) L’infraction dans l’Union européenne	41
2) La structure des infractions européennes	44
C. <i>L’infraction transnationale</i>	47
Section 2 : Les implications du partage du champ normatif répressif.	48
§ I. <i>Le régime juridique de l’infraction universelle</i>	48
A. <i>Particularité des sources de l’infraction universelle</i>	48
1) La coutume internationale:	48
2) Les principes généraux du droit	52
B. <i>Particularité des règles de répression de l’infraction universelle</i>	54
1) L’amnistie	54
2) La Prescription	60
3) Immunités	62
§ II. <i>Le régime juridique de l’infraction européenne</i>	65
§ III. <i>Le régime juridique de l’infraction transfrontière</i>	67
CHAPITRE II - Le partage concurrentiel de la compétence répressive	69
Section 1 - La prédominance de la concurrence sur le partage	70
§ I – <i>Les conflits de compétence verticaux</i>	71
§ II – <i>Les conflits de compétence horizontaux</i>	75
Section 2 - L’insuffisance des modes de lutte contre les conflits de compétence	78
§ I - <i>L’insuffisance des mécanismes de lutte contre les conflits verticaux</i>	79
A – <i>Le règlement des conflits de compétence avec les TPI</i>	79
1) Les mécanismes de règlement des conflits de compétence avec les TPI	79
2) Les difficultés de mise en œuvre du règlement des conflits de compétence avec les TPI	80
B – <i>Le règlement des conflits de compétence avec la CPI</i>	87
§ II - <i>L’insuffisance des mécanismes de lutte contre les conflits horizontaux</i>	92

A – L’insuffisance des mécanismes de luttés prévus à l’échelle nationale	92
1 – L’opportunité des poursuites	92
2 – La règle ne bis in idem	92
a) champ d’application restreint de ne bis in idem	94
b) Difficultés de mise en œuvre de la règle ne bis in idem	96
B – La recherche de mécanismes de lutte à l’échelle européenne	96
TITRE 2 – La mise en cohérence des espaces répressifs	101
CHAPITRE I- La mise en cohérence verticale des compétences répressives	103
Section 1 – L’organisation de la coexistence verticale des compétences répressives	105
Section 2 – Le partage vertical de l’espace répressif	107
§ I - <i>La limitation de la compétence internationale en fonction de la gravité de l’infraction</i>	107
§ II - <i>La limitation de la compétence internationale fondée sur la personne responsable.</i>	110
A – La limitation de la compétence internationale fondée sur le degré de responsabilité de l’auteur de l’infraction	110
B - La limitation de la compétence internationale fondée sur la qualité des responsables	113
CHAPITRE II - La mise en cohérence horizontale des compétences répressives	115
Section 1 - Les mécanismes de la mise en cohérence	116
§ I - <i>La mise en cohérence a priori : la litispendance et la hiérarchisation des compétences</i>	116
A - La centralisation des poursuites en cours de procédure	117
B - La centralisation des poursuites avant toute procédure	120
§ II - <i>La mise en cohérence a posteriori</i>	121
Section 2 - Les acteurs de la mise en cohérence	125
§I - <i>L’émancipation des acteurs européens par le desserrement de l’étai institutionnel</i>	125
A - Le rôle central d’Eurojust	125
B - Le rôle protecteur de la C.J.U.E.	130
§ II - <i>L’émancipation des acteurs nationaux par le dépassement de leurs réflexes souverainistes</i>	131
A - Le rôle politique dans la lutte contre les conflits de compétence	131
B - Le rôle technique dans la lutte contre les conflits de compétences	133
PARTIE II – Le fonctionnement de l’espace répressif : la coopération pénale	135
TITRE I – Les méthodes de la coopération pénale	137
CHAPITRE I – L’harmonisation des normes pénales.	139
Section 1 : Le défaut de cohérence, obstacle à la coopération pénale internationale	140
§ I. <i>Le défaut de cohérence, obstacle à la coopération verticale</i>	140
A - Le défaut de cohérence, obstacle direct à la coopération verticale	140
1) La coopération ne dépend pas des prévisions de la loi nationale	141
2) La coopération ne dépend pas non plus de l’appréciation des juridictions nationales	143
B - Le défaut de cohérence, obstacle indirect à la coopération verticale	144
§ II. <i>Le défaut de cohérence, obstacle à la coopération horizontale</i>	147
A. Le défaut de cohérence, obstacle direct à la coopération horizontale	147
1) L’entraide dépend des prévisions de la loi de l’Etat requis	147
a) La prise en compte diversifiée de la loi de l’Etat requis	147
b) La prise en compte limitée de la loi de l’Etat requis	152
2) L’entraide dépend également de l’appréciation de l’autorité judiciaire de l’Etat requis	160
B. Le défaut de cohérence, obstacle indirect à la coopération horizontale	162
Section 2 : La cohérence nécessaire à la coopération pénale internationale	167
§ I. <i>Le degré de cohérence nécessaire à la coopération pénale internationale</i>	167
§ II. <i>Les moyens de la cohérence nécessaire à la coopération pénale internationale</i>	169
CHAPITRE II – La reconnaissance mutuelle des décisions pénales	171
Section 1 : Le domaine de la reconnaissance mutuelle	173
§ I – <i>Le domaine matériel de la reconnaissance mutuelle</i>	173
A - L’exigence d’une décision	173
B – L’objet indifférent de la décision	176

§ II – Le domaine personnel de la reconnaissance mutuelle _____	179
A – Le sort des nationaux _____	179
B – Le sort des mineurs _____	181
Section 2 : La mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle _____	183
§ I – Une procédure originale _____	183
§ II – Les freins à la reconnaissance mutuelle _____	190
A - La conformité de la reconnaissance mutuelle aux droits fondamentaux de la personne _	190
B - Le degré de contrôle de conformité de la reconnaissance mutuelle aux droits fondamentaux de la personne _____	195
TITRE II – Le contrôle de la coopération par les droits fondamentaux _____	199
CHAPITRE I – La protection des droits fondamentaux dans la coopération judiciaire pénale _	201
Section 1 : La coopération entre Etats ou espaces juridiques soumis à des protections variables des droits humains : la protection de ces droits comme motif légitime de refus de coopération _____	205
§ I. La coopération ONU-UE pour le gel des avoirs terroristes, Un exemple relatif aux droits fondamentaux comme motif légitime de refus de coopération _____	205
A. Illégalité de certaines inscriptions au regard du respect des droits fondamentaux _____	206
B. L'adaptation de la procédure d'inscription _____	211
§ II. La préservation de certains droits humains comme motif légitime de refus de coopération _____	214
A. L'étendue mouvante de l'obligation de refus _____	217
1) L'interprétation téléologique de la CEDH _____	218
a) Le fondement de la jurisprudence Soering _____	218
b) Extension de la jurisprudence Soering _____	219
2) L'interprétation évolutive de la CEDH _____	222
a) L'interprétation évolutive de l'article 2 CEDH _____	223
b) L'interprétation évolutive de l'art. 3 CEDH _____	225
B. L'appréciation délicate de l'obligation de refus _____	226
1) Les moyens d'investigation relatifs aux risques d'atteinte _____	227
a) Les procédures pertinentes : l'extradition et de mandat d'arrêt européen _____	227
b) Les moyens d'investigations à disposition des juges internes ou européens _____	230
2) Les difficultés d'appréciation du risque d'atteinte aux droits fondamentaux _____	231
Section 2 : La coopération entre Etats ou espaces juridiques soumis à une protection identique ou équivalente des droits humains, L'exemple européen et la mise en cohérence des instruments de protection comme condition de la reconnaissance mutuelle _____	235
§ I. L'agencement des instruments protecteurs des droits de l'homme en Europe _____	236
§ II. L'adaptation des instruments européens de coopération répressive aux droits de l'homme _____	243
A. L'adaptation aux droits de l'homme de certains instruments d'harmonisation _____	244
1) Concernant les droits de l'homme substantiels _____	244
2) Concernant le caractère équitable de la procédure _____	245
B. L'adaptation de certains instruments de coopération répressive _____	248
CHAPITRE II - La protection des données à caractère personnel dans les échanges transfrontaliers de renseignements _____	253
Section 1 : La protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen _____	257
§ I - Etat des lieux de la protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen _____	258
A. L'éclatement de la protection des données à caractère personnel _____	258
1) L'éclatement des sources de protection _____	258
a) Le droit commun issu du Conseil de l'Europe _____	259
b) Le droit commun issu de l'Union européenne _____	261
2) L'éclatement des régimes de protection _____	263
a) La nature des données traitées _____	263
b) Les règles applicables au traitement des données _____	264
c) Les mécanismes de contrôle _____	266
B. Les insuffisances du système de protection des données à caractère personnel _____	268
1) La multiplication des menaces _____	268
2) Les carences de la protection _____	274

a) Les divergences persistantes des droits nationaux _____	274
b) L'insuffisance de la protection des données dans l'espace européen _____	277
§ II. Perspectives limitées de la protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal européen _____	281
A. Les perspectives offertes par la réforme institutionnelle _____	281
1) L'harmonisation potentielle des droits nationaux _____	281
2) Le recours juridictionnel ouvert _____	283
B. Les perspectives offertes par l'affermissement des droits fondamentaux _____	285
Section 2 : La protection des données à caractère personnel dans l'espace pénal international ____	289
§ I. La protection des données à caractère personnel dans le cadre de la coopération verticale _____	289
A. La finalité sécuritaire des règles applicables à la protection des données à caractère personnel _____	290
B. La méconnaissance expliquée de la protection des données à caractère personnel _____	293
§ II. La protection des données à caractère personnel dans le cadre de la coopération horizontale _____	297
A. La protection des données à caractère personnel dans le système Interpol _____	297
1) L'échange de renseignements dans le système Interpol. _____	298
2) Le régime de protection des données à caractère personnel _____	299
a) Les règles applicables en matière de traitement des données à caractère personnel _____	299
b) Le contrôle des fichiers contenant des données à caractère personnel _____	303
B. La protection des données personnelles dans l'échange de données entre Union européenne et entité tierce _____	304
1) L'échange des données entre les Etats membres et les Etats ou organisations tiers ____	305
2) L'échange des données entre les agences de l'Union européenne et les Etats ou organisations tiers _____	307
3) L'échange des données UE/EU _____	308
CONCLUSION _____	313
ANNEXES _____	323
BIBLIOGRAPHIE _____	335
TABLE DES MATIERES _____	367