Université Paris-Sud

Faculté Jean-Monnet – Droit, Economie, Gestion.

Année universitaire 2012-2013

LA SOLIDARITE DES COMPETENCES LEGISLATIVE ET JURIDICTIONNELLE EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

Mémoire de Master 2 recherche

Mention Droit privé fondamental

Présenté par

Fanny Binois

Sous la direction de

Monsieur le professeur **Emmanuel DREYER**

« *L'université n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions contenues dans ce mémoire, lesquelles doivent être considérées comme propres à l'auteur* ».

REMERCIEMENTS

En préambule de ce mémoire, je souhaitais adresser mes remerciements les plus sincères aux personnes qui m'ont apporté leur aide et qui ont contribué à l'élaboration de ce mémoire.

Je tiens à remercier sincèrement Madame LABARTHE, qui, en tant que Directrice du Master 2 Droit privé fondamental, a su me faire découvrir ce que signifiait le terme « recherches » et m'a permis d'en comprendre la portée réelle au cours de cette cinquième année universitaire.

Mes remerciements s'adressent plus particulièrement à Monsieur DREYER, qui, en tant que professeur, a su me remettre en question sur des notions que je croyais acquises en droit pénal lors de ces séminaires, et, qui, en tant que Directeur de mémoire, s'est toujours montré disponible au long de la réalisation de celui-ci.

Je n'oublie pas mes parents pour leur contribution, leur soutien et leur patience. Je tiens à exprimer ma reconnaissance envers mon père pour nos conversations philosophiques autour de ce mémoire.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AFDI	Annuaire français du droit international privé
Aff.	Affaire
Art.	Article
Bull. crim.	*Bulletin criminel*
CA	Cour d'appel
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
Coll.	Collection
C. pén.	Code pénal
Civ.	*Cour de cassation, chambre civile*
Crim.	*Cour de cassation, chambre criminelle*
CPIJ	Cour permanente de justice internationale
D.	Dalloz
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
Journ. du dr. int. privé	*Journal du droit international privé*
JDI	*Journal de droit international (Clunet)*
Obs.	Observations
J.O.	Journal officiel
Obs.	Observations
Op. cit	Déjà cité
p.	Page
Rec. D.	*Recueil Dalloz*
Rép. D. dr. int	*Répertoire Dalloz de droit international*
Rép. D. dr. pén. pénale	*Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure*
Rev crit. dr. int. priv.	*Revue critique de droit international privé*
Rev. int. dr. pén	*Revue internationale de droit pénal*
Rev. sc. crim comparé	*Revue de science criminelle et de droit pénal*
RTD Civ	*Revue trimestrielle de droit civil*
T.	Tome
Thèse dactyl.	Thèse dactylographiée
V.	Voir en ce sens

INTRODUCTION

Pensé contre les imperfections des Hommes dans nos sociétés aux évolutions aléatoires, le droit ne peut s'accorder un immobilisme préjudiciable à ses nécessaires adaptations.
Citons Kant « *le droit devient une idée à réaliser dans un horizon infini* »[1]. Cette philosophie du droit induit une réflexion permanente inhérente aux exigences sociétales.
Le « *droit se nourrit de compromis* »[2] et le droit pénal international n'échappe pas à cette obligation de réajustement face « au citoyen du monde ».

Définie comme une « *branche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international* »[3]. Cette définition du droit pénal international est largement appréciée par la doctrine puisqu'elle concerne à la fois la compétence des tribunaux répressifs français pour juger d'une infraction qui présente un élément d'extranéité (l'infraction ne se rattache pas à un Etat unique, au contraire, elle s'épand dans l'espace, rendant alors compétents un ou plusieurs ordres répressifs) mais aussi la question de la loi applicable aux éléments constitutifs de l'infraction ou à la sanction pénale de celle-ci. Le droit pénal international permet de justifier l'application de la loi pénale française aux auteurs de telle

[1] KANT (E), *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, 6ème proposition, 1784.
[2] JOURDAIN (P), *« L'immunité civile du préposé »*, Colloque à la Cour de cassation sur le fait du préposé et la responsabilité civile, 1er février 2013.
[3] HUET (A), KOERING-JOULIN (R), *Droit pénal international*, PUF, coll. « Thémis », 3ème édition, 2005, n°1.

infraction et détermine donc les limites aux pouvoirs d'investigations de la police judiciaire française alors que l'enquête est partiellement faite sur un territoire étranger. Le droit pénal permet de définir les conditions dans lesquelles un individu étranger, présent sur le territoire français, suspecté ou condamné par un ordre juridique étranger peut être remis à l'autorité étrangère qui le réclame. Inversement, il définit les conditions pour qu'un individu, réfugié à l'étranger, puisse être remis à la France en cas d'infraction commise sur le territoire français.

Le droit pénal international a vocation à être interprété de façon large puisqu'il tente de répondre à des problématiques variées. C'est une discipline transversale qui touche à la fois au droit pénal substantiel pour ce qui est des principes qui régissent les éléments constitutifs de l'infraction, la responsabilité pénale et la sanction pénale et la procédure pénale.

Le sujet invite à s'intéresser à un pan spécifique du droit pénal international qui est celui de la détermination de la compétence pénale française. La compétence pénale internationale peut être définie comme, une compétence étatique, de source nationale principalement, qu'un Etat s'attribue unilatéralement pour la poursuite et le jugement d'infractions qui ont un ou des éléments d'extranéité. La multiplication de ce type d'infractions est visible aujourd'hui et s'explique par les difficultés économiques, sociales, politiques, les guerres et le développement du tourisme de masse, les déplacements de personnes à travers des frontières de plus en plus « ouvertes », l'essor du commerce international et des moyens de communication…

Si le droit pénal international connaît un essor remarquable face à un phénomène d'internationalisation du crime, peu de dispositions européennes ou internationales prévoient des solutions communes pour réagir à ces nouvelles menaces. Le plus souvent, les conventions déterminent les comportements prohibés mais laisse le soin aux Etats partis à la convention le choix de la sanction pénale.

En effet, malgré l'essor de la criminalité à l'échelle mondiale, aucune répartition des compétences entre les différents Etats n'est prévue à l'échelle supranationale, au contraire, la fixation de la compétence répressive unilatérale a été reconnue par la Cour permanente de justice internationale dans l'arrêt Lotus[4] où elle a estimé que « *chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables* ». La délimitation du champ d'application de leur loi pénale dans l'espace par les Etats se justifie comme étant un attribut de la souveraineté de chaque Etat.

En matière d'application de la loi pénale dans l'espace, l'Etat compétent, par principe, est celui sur le territoire duquel l'infraction a été commise, c'est la compétence territoriale. Elle permet à l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise d'appliquer la loi nationale à tous les individus quelles que soient leur nationalité et celle de leurs victimes. Prêcher la stricte application de la territorialité de la loi pénale revient à se désintéresser complètement des infractions commises à l'étranger ce qui peut laisser des comportements blâmables impunis. Or, certains faits délictueux perpétrés à l'étranger peuvent intéresser la France d'où la naissance de nouveaux titres de compétences.

Si l'infraction a été commise contre un Français ou par un Français à l'étranger, la France peut revendiquer sa compétence, il s'agit de la compétence personnelle active ou passive.

L'infraction qui porte atteinte à des intérêts fondamentaux de la France, peut rendre la France compétente en vertu du système de la réalité ou de protection de la France en tant que victime passive de l'infraction. Mais, pour le cas d'une infraction en haute mer dont victime et auteur sont apatrides, les systèmes évoqués sont-ils suffisants pour assurer une répression ? La réponse est négative, c'est la raison pour laquelle intervient un autre titre de compétence

[4] CPJI, 7 sept 1927, Lotus, Série A, n°10, page 19, *Rev. DIP*, 1928, page 354, note H. Donnedieu de Vabres, p.19.

comme « *ultimum remedium* » [5], le principe de la compétence universelle. Elle est définie comme un système donnant vocation aux tribunaux sur le territoire duquel se trouve l'auteur d'une infraction pour connaître de cette dernière, et ce quel que soit le lieu de commission de l'infraction et la nationalité de l'auteur et de la victime.

Le dernier titre de compétence extra-territoriale est la compétence induite de la loi pénale française définie à l'article 113-8-1 du Code pénal qui exige que, lorsque des motifs justifient le refus d'extradition d'une personne, l'Etat qui refuse ne soit pas passif et qu'il engage des poursuites contre la personne pour les faits qui lui sont reprochés.

On perçoit assez facilement, à travers l'étude de ces titres de compétences que l'objectif est d'assurer une répression optimale contre la criminalité internationale. Le Professeur Fournier enseigne alors, très justement, que « *l'étude de la compétence pénale étatique révèle combien chaque système répressif multiplie les titres en vertu desquels il s'arroge le droit de poursuivre et punir les faits que ses propres lois pénale érigent en infraction* »[6].

C'est à travers le développement d'infractions « internationales » et par la multiplication de titres de compétences, que doit alors être tranchée la question de la compétence du tribunal répressif pour juger telle infraction et la détermination de la loi applicable au litige.

S'il paraît logique qu'en droit interne, les tribunaux répressifs saisis et la loi de fond mise en œuvre relèvent d'un même souverain doit-il en être de même en droit pénal international ?

La désignation d'un système répressif en droit pénal international doit-elle entraîner attribution concomitante et indissociable de compétences tant pour les dispositions substantielles (compétence législative) que pour son ordre juridictionnel (compétence judiciaire) ?

---

[5] DONNEDIEU DE VABRES (H), *Application de la loi pénale d'un Etat aux infractions commises par des étrangers hors de son territoire*, in Mémoires de l'Académie Internationale de droit comparé, Paris, Sirey, 1935.

[6] FOURNIER (A), « Conflits de lois (matière pénale) », in *Rép. D. dr. int.*, 1998.

Les compétences législative et juridictionnelle doivent-elles être nécessairement solidaires ?

Le droit pénal ne doit-il pas se mettre en accord avec la philosophie Kantienne et s'adapter aux évolutions de l'internationalisation des infractions en tenant compte de l'ordre juridique étranger ? Le juge pénal saisi doit-il obligatoirement appliquer sa propre loi pénale sans tenir compte de la loi pénale étrangère ?

A priori, la réponse prétorienne traditionnelle, est que les tribunaux répressifs d'un Etat, saisis de poursuites pénales, appliquent leur *lex fori* à l'exclusion de tout droit pénal étranger et ce en vertu du dogme de la solidarité des compétences législative et juridictionnelle. Contrairement au droit international privé, en matière répressive, obligation s'impose au juge répressif d'appliquer uniquement sa propre loi pénale puisque « *l'intervention d'un système répressif se réaliserait en bloc, interdisant toute dissociation entre son ordre juridictionnel et ses lois pénales de fond* »[7].

Mais, la question de l'application des lois pénales étrangères fait l'objet d'un intérêt de plus en plus grandissant de la part de la doctrine car si elle a admis, pendant très longtemps, le principe d'origine prétorienne de la solidarité des compétences, celui-ci est désormais entré « *dans l'ère du soupçon* »[8] car pour cet auteur, « *l'exclusion des lois pénales étrangères était la négation même du droit pénal international* ». L'excès de nationalisme de ce principe conduisant à une insuffisante prise en considération des systèmes répressifs étrangers a abouti à sa remise en question. En effet, la doctrine moderne s'interroge sur cette question quitte à proposer parfois une application du droit pénal étranger[9].

[7] FOURNIER (A), V. « Compétence pénale, Généralités », *Rép. D. dr. int*., 2008.

[8] DONNEDIEU DE VABRES (H), *Les principes modernes du droit pénal international*, LGDJ, coll. « Université Panthéon-Assas », 2004, p.173.

[9] V. IIe Congrès International de droit pénal (Bucarest), *Rev. int. dr. pén*., 1928, en particulier le rapport GARRAUD (R), « L'application de la loi pénale étrangère par le juge pénal », p. 328 et VIIIe Congrès International de droit pénal (Lisbonne), 1961, *Rev. sc. crim*., 1962, p.172.

Pourtant, la solidarité des compétences législative et juridictionnelle reste encore le principe qui régit le droit pénal international, aujourd'hui, d'autant que le législateur semble avoir fermé la possibilité d'une éventuelle évolution dans le nouveau Code pénal. En effet, sous l'empire de l'ancien Code pénal, c'est la compétence juridictionnelle qui entraînait la compétence législative alors que le nouveau Code pénal estime que c'est la compétence législative qui doit engendrer la compétence judiciaire. Cette modification pourrait alors aboutir à l'interdiction définitive, pour les juridictions répressives, d'appliquer une loi pénale étrangère.

Ceci démontre donc que le principe d'identité des compétences judiciaires existe et mérite d'être maintenu (PARTIE 1).

Mais, il est légitime, au vue des évolutions actuelles, de critiquer l'application unique de la loi pénale française par la juridiction répressive française sans tenir compte de la loi pénale étrangère et de combattre la prétendue indissociabilité des compétences en essayant de trouver par quoi la remplacer. (PARTIE 2).

PARTIE 1 - LA LEGITIMITE DU PRINCIPE DE SOLIDARITE DES COMPETENCES LEGALE ET JURIDICTIONNELLE EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

La jurisprudence a posé le principe de solidarité des compétences législative et juridictionnelle qui malgré certaines critiques de la doctrine depuis 1920, demeure ancré dans notre ordre juridique. Cette partie aura pour objet de démontrer que les justifications traditionnelles du principe de solidarité des compétences ont permis d'assurer la pérennité de celui-ci (section 1) et que son maintien dans notre paysage juridique est encore nécessaire (section 2).

SECTION 1 LES JUSTIFICATIONS TRADITIONNELLES DU PRINCIPE DE SOLIDARITE DES COMPETENCES

La compétence territoriale de la loi pénale française a permis de justifier, pendant des années, le principe de solidarité des compétences (§1). D'autres arguments ont été avancés pour enraciner cette théorie dont deux qui sont fondamentaux, il s'agit, du préalable de la compétence législative (§2) et de l'absence de conflit de lois en droit pénal international (§3).

§1 La territorialité de la loi pénale

Historiquement, la solidarité des compétences législative et juridictionnelle coïncide parfaitement avec la consécration de la compétence territoriale comme seul titre de compétence sur le fond et sur la forme en droit pénal international.
Ce principe a été affirmé avec fermeté (A) et semble être largement justifié en pratique (B).

A) L'affirmation du principe de la territorialité des lois pénales françaises

« *La règle de la territorialité des lois pénales veut dire (…) que la loi française s'applique aux infractions commises en*

France »[10] et c'est pour cette raison que les compétences judiciaire et législative sont liées, les tribunaux n'appliquant que la loi pénale française pour des faits commis sur le territoire français.

La territorialité de la loi pénale marque donc, à priori, la différence qui existe entre le droit pénal international et le droit international privé. En effet, le droit international privé a pour but de déterminer la loi la mieux adaptée à un rapport de droit déterminé pour des particuliers. Finalement, une loi est territoriale à partir du moment où sa compétence est déterminée par un élément de rattachement territorial c'est à dire un élément qui tient à un lieu, et non pas à un élément personnel. Dans cette conception dite « matérielle », le juge doit rechercher un élément de rattachement à un territoire donné ce qui peut tout à fait le conduire à appliquer sa propre loi, c'est-à-dire la loi *du for*, ou une loi étrangère selon la localisation de cet élément en France ou dans un Etat étranger.

Au contraire, en droit pénal international, un comportement ne peut faire l'objet d'une répression que s'il rencontre une loi déterminée. La conception alors retenue sera une conception « formelle » en ce sens qu'une loi sera territoriale lorsqu'elle dépend des autorités de l'Etat au nom duquel elle a été adoptée. Le pouvoir de légiférer est un pouvoir exclusivement étatique émanant d'une autorité unique qui est la seule à pouvoir déterminer les comportements répréhensibles. L'Etat se présente alors comme le seul maître dans l'appréciation de ses intérêts et dans l'élaboration des infractions punissables dont il entend assurer la protection. Chaque Etat fixe de manière unilatérale ses compétences en suivant le principe que le juge répressif n'applique que la loi nationale. Comme le précise un auteur « *En droit pénal international, le juge n'applique jamais que sa propre loi et il l'applique toujours come loi normalement applicable au rapport de droit. Le juge d'un Etat quelconque ne sera jamais saisi de la répression du fait incriminé que si ce fait constitue un délit au*

[10] LEVASSEUR (G) et DECOCQ (A), « Conflits de lois », *Rép. D. dr. int.*, 1ère édition, n°1 ; LOMBOIS (C), *Droit pénal international*, Précis Dalloz, 2e édition, 1979, p.478.

regard de l'Etat au nom duquel il punit, et au regard de la loi qu'il a pour mission d'appliquer : dans ces conditions, il ne frappera jamais son auteur que des peines que cette loi y attache »[11].

A cet égard, on considère que tout individu présent sur le territoire est soumis aux autorités de l'Etat qui administre ce territoire, et donc aux lois pénales en vigueur sur ce territoire. En effet, l'ordre juridique français est directement troublé pour des infractions commises en France même si celles-ci peuvent-être reliées à un élément d'extranéité comme la nationalité étrangère de l'auteur des faits ou de la victime. Le conflit de lois dans l'espace qui en l'espèce peut jouer car, l'infraction présente un élément d'extranéité, doit donc être résolu en faveur de la loi sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise. Dans cette acception, interdiction est faite au juge français d'appliquer une « loi territoriale étrangère » pour une infraction commise sur son territoire ce qui veut dire que la loi territoriale est finalement synonyme de la « *lex fori* », de la « *loi du for* », de la « l*oi du juge saisi* ».

Cette conception de la territorialité a été consacrée par le législateur dans le Code civil à l'article 3 du Code civil qui énonce que « *les lois de police et de sureté obligent tous ceux qui habitent le territoire* ». On fait donc valoir que la personne qui vient se placer sous l'autorité d'un Etat, le fait à ses risques et périls. Ce principe est aujourd'hui réaffirmé à l'article 113-2 alinéa 1du Code pénal qui affirme que « *la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République* ».

Ce principe, controversé aujourd'hui, reste pourtant justifiable en pratique (B).

B) *Un principe justifié par la souveraineté nationale*

A priori, les auteurs d'infractions peuvent difficilement se plaindre de l'application de la loi pénale française, car le coupable

[11] BARTIN (E), *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899, p.214.

connaît ou est présumé connaître la loi du pays dans lequel il agit. En ce sens un adage Antique énonce que « *Quand tu seras à Rome, conduis toi en Romain* ».

C'est donc au délinquant de s'informer sur les lois répressives en vigueur dans le pays où il agit ce qui en soi respecte le principe de légalité puisque le délinquant est en mesure d'anticiper la loi pénale qui lui sera applicable.

Si l'on se place dans l'état d'esprit du délinquant, celui-ci ne sera pas surpris de se voir appliquer la loi pénale française s'il commet une infraction sur le territoire français car celle-ci semble en toute logique la loi la plus adaptée et la plus prévisible pour ce dernier. En effet, devant les tribunaux français, le délinquant s'attend à être jugé par la loi française et pas par une loi étrangère qui peut être totalement ignorée par lui. Le délinquant a tout à fait conscience de troubler l'ordre juridique français en commettant une infraction et donc l'application de la loi française ne lui causera pas de préjudice.

L'application de la loi pénale française permet au juge français d'assurer une égalité de traitement entre les personnes qu'il a à juger, il ne distinguera pas les nationaux et les étrangers : « *d'un point de vue positif, le principe territorial a pour conséquence l'égalité du régime pénal applicable aux nationaux et aux étrangers* »[12]. La sanction pénale prononcée, en respectant l'égalité entre les individus, s'inscrit dans le respect des droits et libertés fondamentaux défendus notamment par la Convention européenne des droits de l'homme[13]. En effet, le droit pénal n'échappe pas au phénomène de « fondamentalisation » du droit ce qui conduit la France, en tant qu'Etat démocratique, à respecter des principes fondamentaux dont l'égalité dans le traitement des individus. L'application de la loi pénale française sur le territoire de la République permet à l'Etat français de défendre l'intérêt national de son ordre juridique tout en respectant les droits fondamentaux.

[12] DONNEDIEU DE VABRES (H), *Les principes modernes du droit pénal international*, LGDJ, coll. « Université Panthéon-Assas », 2004, p.29.
[13] V. Art.14 de la CEDH et Art.1 de la DDHC.

Même si« *L'Etat réagit contre des actes qui menacent sa sécurité* »[14], le pouvoir sanctionnateur de l'Etat est encadré et c'est finalement la conciliation entre l'intérêt de l'Etat et celui du justiciable qui est consacrée : la sanction prononcée n'est légitime qu'à partir du moment où les principes de légalité et de l'égalité sont respectés.

De plus, l'application systématique de la loi pénale française permet au juge de n'avoir qu'à interpréter sa propre loi ce qui le soulage en pratique. En effet, l'évolution de la jurisprudence française démontre que les interprétations que le juge doit faire de sa propre loi sont parfois délicates[15] et que celles-ci ne vont pas, toujours, dans le même sens. Pourtant, dans cette hypothèse le juge n'a pas affaire à une multitude de lois à interpréter, il semble donc difficile d'imaginer que celui-ci soit obligé en plus d'interpréter le contenu d'une loi pénale étrangère.

Grâce à l'application territoriale de la loi pénale, les magistrats se trouvent au plus près de l'endroit où l'infraction a été commise ce qui leur facilite la réunion des preuves et les moyens de procéder aux constatations matérielles nécessaires. Cela permet aussi au juge d'interroger les témoins plus facilement. Comme le précise un auteur « *c'est là, en effet, que l'activité du malfaiteur a laissé des traces, là que se rencontrent les indices, là que les témoins peuvent être trouvés* »[16].

La présentation de la territorialité de la loi pénale peut donc, à priori, justifier l'alliance existante entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle. Une infraction faite sur le territoire Français mérite d'être poursuivie et punie, par la loi pénale française, devant les tribunaux français.

Si la territorialité de la loi pénale est un des arguments fondateurs de la solidarité des compétences, il n'est pas le seul. En effet, un autre principe a été mis en avant pour justifier cette identité de compétence, celui du préalable de la compétence législative (§2).

---

[14] DONNEDIEU DE VABRES (H), *Les principes modernes du droit pénal international*, LGDJ, coll. « Université Panthéon-Assas », 2004, p.29.
[15] MOLFESSIS (N) « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ*., 2000, p. 666.
[16] DONNEDIEU DE VABRES (H), *op. cit.*, p.11.

§2 Le préalable de la compétence législative en droit pénal international

Le préalable de la compétence législative a été un argument crucial pour justifier la solidarité des compétences juridictionnelle et législative.

Ce principe semble être légitimé par la différence chronologique dans la qualification qui existe entre droit pénal international et droit international privé (A) même si un doute persiste quant à l'application de ce principe par le juge (B).

A) Le préalable législatif dû au découpage de la qualification en droit pénal international

Là encore, le système existant en droit pénal international et droit international privé diffère fortement. C'est M. Lombois[17] qui, suite à une analyse comparative entre ces deux matières, a démontré le nécessaire préalable de la compétence législative sur la compétence juridictionnelle en droit pénal international.

En droit international privé, la compétence judiciaire doit précéder la compétence législative, c'est ce qu'affirme avec vigueur un autre auteur en énonçant que « *dans le jeu normal des conflits, il ne peut-être question de rechercher d'abord la loi applicable au fond, afin d'en déduire ensuite la juridiction compétente* ». [18] Il est donc inenvisageable de définir la compétence d'un tribunal sur le fondement d'une loi alors que la loi, encore inconnue, dépend de la règle de conflit de lois applicable au litige. Il démontre qu'en droit international privé, « *la situation est à priori juridique. Elle l'est avant qu'on sache vraiment suivant quelle loi, elle l'est nécessairement avant même d'être soumise au juge : c'est pour cela que le juge doit*

[17] LOMBOIS (C), *Droit pénal international*, Précis Dalloz, 2e édition, 1979.

[18] HEBRAUD (P), « De la corrélation entre loi applicable à un litige et le juge compétente pour en connaître », *Rev crit. dr. int. priv.*, 1968, p.205 et spéc. p.237.

se prononcer sur elle, même en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi »[19]. On voit qu'en droit international privé, la détermination du juge précède la détermination de la loi applicable au litige. Le rôle du juge est dominant dans la résolution du litige, c'est à lui que revient le devoir d'interpréter la loi, d'en déterminer le sens ce qui implique que sa compétence soit fixée en amont, avant même de déterminer la loi qui sera ensuite applicable au litige.

Au contraire, en droit pénal international, la solidarité de la compétence législative et juridictionnelle a été défendue au motif que la compétence d'une juridiction répressive ne pourrait être admise qu'après vérification de l'existence d'une infraction. En effet, en suivant cet argument, c'est l'infraction qui doit rendre le juge compétent or le comportement en cause ne peut relever que d'une qualification pénale. Il convient d'admettre la compétence de la loi pénale française en amont pour qualifier le fait dénoncé avant de reconnaître la compétence des juridictions répressives françaises.

Ainsi, « *en droit pénal, un comportement n'est répréhensible que si une loi le qualifie de délictueux et, quand la procédure pénale se met en mouvement, les choses ne sont plus entières : déjà une loi a rendu la poursuite possible et en a fixé les modalités : instruction obligatoire ou facultative, à combien de degré, choix de la nature de la juridiction de jugement… De ce caractère préalable de la compétence législative, la plupart des droits positifs ont déduit son caractère principal : la compétence judiciaire serait subordonnée à la compétence législative. Si la loi pénale d'un pays est compétente pour s'appliquer au fait délictueux, ses tribunaux sont compétents pour l'appliquer, et à l'inverse, les tribunaux d'un pays ne sont pas compétents pour juger un fait délictueux qui relève d'une loi pénale étrangèr*e »[20].

Finalement, la différence entre les deux types de droit tient à la chronologie des compétences : le droit international privé fait précéder la compétence des juridictions à celle de la loi, alors qu'à priori, en droit pénal international c'est la compétence législative qui précède la

[19] LOMBOIS (C), op. cit.
[20] LOMBOIS (C), *op. cit.*

compétence des juridictions. Reste la question de savoir si, malgré la protection du législateur du préalable législatif, le juge consacre cette solution en pratique ? (B).

B) *L'appréciation par le juge du préalable législatif*

Jusqu'à la réforme du code pénal, la lettre du code pénal pouvait se féliciter de sa neutralité car c'est suite à celle-ci que le législateur a consacré la théorie du préalable législatif sur la compétence juridictionnelle.

En effet, le caractère préliminaire de la compétence législative peut se lire au nouvel article 689 du Code de procédure pénale qui énonce que « *Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises… soit quand la loi française est applicable…* ». Malgré la réticence de certains auteurs, cet article démontre que les juridictions françaises seront compétentes, si et seulement si, la loi française est applicable au litige, « *notre compétence judiciaire est décalquée sur notre compétence législative et se place à la remorque de celle-ci* ».[21]

Pour certains auteurs donc, cet article consacre, implicitement, le préalable de la compétence législative sur la compétence juridictionnelle confortant le dogme de la solidarité des compétences. Cette vision est confirmée par la lecture des travaux préparatoires du nouveau Code pénal qui n'émettent pas la possibilité de dissocier la règle de compétence et la loi matérielle à appliquer[22].

En effet, la saisine des juridictions françaises dépend de l'applicabilité de la loi française au litige ce qui exclut toute application possible d'un droit répressif étranger.

Pourtant, un arrêt rendu par la chambre criminelle dans l'affaire Mac Ruby[23] montre que le juge inverse son raisonnement en

[21] FOURNIER (A), V. « Compétence pénale, Généralités », *Rép. D. dr. int*., 2008.
[22] V. notamment J.O., Sénat, 11 mai 1989.
[23] *Crim*., 3 mai 1995, McRuby, *Bull. crim*. n°161 ; V. obs. KOERING-JOULIN (R), « L'affaire du *MC Ruby* et la compétence internationale des juridictions répressives françaises », *Procédure pénale, Droit pénal international, Entraide pénale, Études en l'honneur de D. Poncet*, éd. Georg, Librairie de l'Université de Genève, 1997, p.143

retenant que la règle de la compétence législative découle de la compétence judiciaire. En l'espèce, O. Kingsley, Ghanéen monté clandestinement à bord du porte-conteneurs Mc Ruby, fut témoin de la séquestration, puis de l'assassinat de huit autres clandestins dont les cadavres furent jetés à la mer. Celui-ci échappa à ce sort tragique car il s'était caché sur le bateau. Lorsque le navire jeta l'ancre dans le port Français du Havre, ce dernier alla porter plainte. Mis en examen pour assassinat, tentative d'assassinat, vol avec violence, séquestration arbitraire, piraterie en haute mer, les six marins dénoncés par le Ghanéen furent renvoyés devant la Cour d'assises de la Seine Maritime par un arrêt de la chambre d'accusation. Cinq des coaccusés formèrent un pourvoi contre l'arrêt de renvoi en soulevant notamment l'incompétence des juridictions françaises pour connaître de faits commis en haute mer, sur un navire étranger, par des étrangers sur des victimes étrangères.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette les pourvois et estime sa compétence fondée sur la compétence universelle sur le fondement de la Convention de New York du 10 décembre 1984. Certains auteurs ont d'ailleurs dénoncé cette extension de compétence qui apparaît quelque peu « forcée juridiquement ».[24]

Mais ce qui est intéressant dans cet arrêt est le raisonnement suivi par la Cour de cassation sur l'application de l'article 689 du Code de procédure pénale. En effet un des moyens du pourvoi était de faire valoir « *qu'en vertu des articles 689 et suivants du Code de procédure pénale, seuls applicables aux faits poursuivis, les juridictions françaises sont incompétentes pour poursuivre et juger des faits qualifiés crimes par la loi française commis par des étrangers en dehors du territoire de la République lorsque les victimes n'ont pas la nationalité française* ». La haute juridiction va rejeter ce moyen avec un raisonnement faisant prévaloir le préalable de la compétence des juridictions françaises sur la loi française. En effet, celle-ci énonce que

---

et s. ; obs. DINTILHAC (JP), Rev. sc. crim. 1995, 836.

[24] KOERING-JOULIN (R), *L'article 693 du code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction*, thèse dactyl., Strasbourg, 1973.

« *c'est à bon droit que les juges ont appliqué la loi pénale française aux mis en examen, dès lors que selon notamment l'article 689 du Code de procédure pénale en vigueur depuis le 1er mars 1994 (...) la loi française est applicable chaque fois que les tribunaux français sont compétents* ».

La Cour de cassation fait donc prévaloir la compétence des tribunaux français avant l'application de la loi pénale française, or, si l'on suit la rédaction de l'article 689 du Code de procédure pénale suite à la réforme du Code pénal, le raisonnement des juges aurait dû être inversé. En effet, les juges auraient dû vérifier l'applicabilité de la loi pénale française avant de consacrer la compétence des juridictions françaises. Toujours est-il que ce raisonnement « inversé » a été repris dans les arrêts du 6 janvier 1998[25] et du 23 octobre 2002[26] de la Chambre criminelle.

Mais, en tout état de cause, l'ordre dans lequel le juge examine importe peu puisque, dans les deux cas, la solidarité des compétences législative et juridictionnelle est consacrée.

Le dernier argument avancé pour justifier la solidarité des compétences a été celui de l'absence de conflit de lois en droit pénal international (§3).

§ 3 L'absence de conflit de lois en droit pénal international

L'affirmation selon laquelle le droit pénal international ne peut connaître de conflit de lois peut d'abord surprendre car celui-ci se caractérise par l'extranéité des situations qu'il régit. Pourtant l'appréciation du conflit de lois qui est faite en droit pénal international est restrictive (B) contrairement au système de droit international privé qui est plus « ouvert » (A).

---

[25] *Crim.*, 6 janvier 1998, *Bull. crim.* n°2 ; obs. ROBERT (JH), *Droit pénal*,1998, comm. n°70 ; obs. DINTILHAC (JP), *Rev. sc. crim.*, 1998, p.348.

[26] *Crim.*, 23 octobre 2002, *Bull. crim.* n° 02-85.379; obs. GOZZI (M), *D.* 2004, p. 309 ; obs. MASSE (M), *Rev. sc. crim.*, 2003, p. 425 ; note ROULOT (JF), *JCP*, 2003, II, 10078 ; MATSOPOULOU (H), *Rev. cr. dr. int. priv.*, 2003, p.309.

A) *Le conflit de lois en droit international privé*

Pour qu'existe un conflit de lois, il faut que soit présent parmi toutes les données du litige, un contact conflictuel entre l'ordre juridique de référence du juge et un ordre juridique étranger. Dans l'hypothèse d'une situation qui présente un élément d'extranéité, un conflit peut résulter de la différence de contenu entre la *loi du for*, référence du juge, et la loi étrangère car ces deux ordres juridiques sont alors potentiellement compétents pour régler le litige. Ce qui entraîne le conflit de lois est donc bien un fait étranger, sinon l'application par le juge de normes internes pour régler une situation interne ne poserait aucune difficulté.

Le conflit de lois relève donc de « *la question de la loi applicable… il va s'agir de faire un choix entre les différentes lois en présence pour déterminer celle qui règlera la relation* ».[27] Pour caractériser un conflit de lois en droit international privé, il faut en premier lieu que deux ordres juridiques soient compétents pour régler une question de droit déterminé, et ensuite que le juge soit contraint de choisir entre deux lois en présence.

En droit international privé, le juge résout le conflit de lois en appliquant des règles bilatérales de conflit qui, selon les cas, désignent soit la loi française, soit une loi étrangère. Dans certaines situations de droit international privé, une concurrence existe entre deux ou plusieurs lois. En effet, pour adhérer au conflit de lois, un Etat doit forcément admettre la possibilité de renoncer à l'application de la *lex fori,* même si cela ne signifie pas pour autant que tout recours à la loi du for doit être éliminé au profit de la loi étrangère.

Si la situation existe en droit international privé, pourquoi ne pas l'admettre en droit pénal international ? En effet, en droit pénal international, toutes les infractions commises présentent un élément d'extranéité ce qui a pour conséquence inévitable que plusieurs lois

[27] MONEGER (F), *Droit international privé*, LexisNexis, 5e édition, 2009.

nationales sont susceptibles de régir une situation empreinte de cet élément d'extranéité.

Pourtant, l'ignorance du mécanisme du conflit de lois en droit pénal international se manifeste à la fois par l'impossibilité pour le juge pénal d'appliquer une loi pénale étrangère et par l'absence de détermination de la loi applicable à une infraction qui ne relève pas de la compétence pénale française (B).

B) *La fixation unilatérale de la compétence pénale élusive de tout conflit de lois en droit pénal international*

La fixation de compétence répressive est unilatérale, les Etats délimitant eux-mêmes leur compétence et donc, le champ d'application de leur loi pénale dans l'espace. En effet, le conflit de lois ne semble pas transposable en droit pénal puisque chaque Etat dispose d'une compétence matérielle exclusive, ce qui a pour effet d'empêcher une concurrence entre deux ou plusieurs ordres juridiques.[28] Cette détermination unilatérale résulte de l'arrêt Lotus dans lequel la Cour permanente de justice internationale a affirmé que « *chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables* » en matière de compétence répressive. Dans cet arrêt, la Cour donne une liberté énorme aux Etats qui ont une marge de manœuvre exclusive dans la fixation de leur compétence répressive.

Cette compétence matérielle exclusive pour chaque Etat démontre aussi l'absence de conflit de lois en droit pénal international puisqu'aucune concurrence ne peut naitre entre les Etats dans la fixation de leur compétence. L'absence de concurrence entre les compétences des Etats entraînant *ipso facto* l'absence de conflits de lois.

La première conséquence de cette absence de conflit de lois est que le juge répressif français ne peut pas appliquer une loi pénale

[28] MAYER (P), « Le rôle du droit international public en droit international privé français », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1979, I, n°3, p.64.

étrangère. La seconde est que le juge n'a pas pour obligation de déterminer, dans l'hypothèse où sa propre loi pénale n'est pas applicable, la loi qui pourra alors régir la situation.

En effet, en droit pénal international, il n'y a pas de choix entre la *lex fori* et une loi étrangère mais plutôt une question de champ d'application dans l'espace de la *lex fori.* Comme le souligne deux auteurs [29] « *le droit pénal français détermine quelles infractions tombent ou non sous son application… mais on ne saurait dire qu'il résout un conflit de lois* ». Le juge répressif français énonce le champ d'application de sa loi mais si le litige ne dépend pas de sa propre loi, il ne détermine pas en plus, quelle sera la loi étrangère applicable au litige.

La loi française donne des directives au juge qui se doit de la suivre, mais la loi ne donne pas la faculté au juge de déterminer quelle sera la loi applicable au litige si elle ne l'est pas. Finalement, lorsque la loi pénale française n'est pas applicable, les juridictions françaises « abandonnent » les faits puisqu'ils ne cherchent pas à établir la connexion des faits avec une autre loi pénale.

Le champ d'application de la loi française étant déterminé unilatéralement, sans s'intéresser aux lois étrangères, un conflit de lois n'est pas envisageable. Ceci marque « l'égoïsme juridique » qui existe en France puisque le seul élément qui compte est la défense de l'ordre public juridique français indépendamment de tout autre ordre juridique, le tout dans un contexte d'internationalisation des conflits.

Pourtant, on peut à l'inverse estimer que ce système présente des avantages, ce désintérêt pour la loi pénale étrangère, qui évince tout conflit de lois, facilite le travail du juge qui « *se borne à un rôle d'observation des lois dont il lui est plus facile d'avoir une exacte connaissance* »[30].

---

[29] BATTIFOL et LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8e édition, I, n°245.

[30] DONNEDIEU DE VABRES (H), *Les principes modernes du droit pénal international*, LGDJ, coll. « Université Panthéon-Assas », 2004, p.174.

Les justifications traditionnelles démontrent la nécessité du principe de solidarité des compétences législative et juridictionnelle, mais on peut se poser la question, au regard des évolutions des conflits pénaux internationaux, de savoir si le principe doit-encore être maintenu ? Le principe de coïncidence entre les compétences a t-il encore une intérêt pratique réel ou au contraire faudrait-il permettre au juge d'appliquer une loi pénale étrangère ? (Section 2).

SECTION 2 LE NECESSAIRE MAINTIEN DU PRINCIPE D'IDENTITE DES COMPETENCES POUR LA COLLABORATION INTERNATIONALE DES ETATS

Pour répondre à cette série de questions, il convient de démontrer que même si le préalable de la compétence législative fait l'objet de nombreuses critiques, celui-ci reste néanmoins indispensable dans trois hypothèses. En effet, s'il est assez logique de faire dépendre la compétence personnelle active et passive de la loi pénale française, les critiques sont plus vives concernant les autres titres de compétence. Pourtant, l'objectif de cette section est bien de justifier l'application de la loi pénale française en cas de compétence réelle (§1), de compétence universelle (§2) et s'agissant du nouveau titre de compétence, inséré à l'article 113-8-1 du Code pénal (§3). Ceci malgré l'absence de rattachement entre l'infraction commise à l'étranger et le territoire de la République.

§1 L'applicabilité de la loi pénale française pour la compétence réelle

C'est l'article 113-10 du Code pénal qui énonce ce titre de compétence, *La loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et réprimés par le titre Ier du livre IV, à la falsification et à la contrefaçon du sceau de l'Etat, de pièces de monnaie… et à tout crime*

ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français, commis hors du territoire de la République ».

La compétence réelle peut se résumer à l'atteinte portée à la souveraineté de la France à l'étranger. Elle constitue un principe de protection qui veut qu'une infraction portant atteinte aux intérêts fondamentaux d'un Etat, alors même qu'elle est commise sur un territoire étranger, se voit appliquer la loi de l'Etat en question.

Une seconde hypothèse est défendue par ce titre de compétence, il s'agit de celle qui utilise la compétence réelle pour des atteintes portées à l'Etat étranger. Dans ce cas, l'application de la loi pénale française n'est bien évidemment pas défendable puisqu'elle a dans ce cas, vocation à juger toute infraction portant atteinte à une monnaie ou affectant un timbre ou une marque d'autorité publique quelconque. L'application de la loi pénale française nécessite même d'être critiquée puisque la France entend défendre les symboles d'Etats étrangers dans un esprit de solidarité des intérêts des différents Etats. Mais toujours dans cet état d'esprit de solidarité, le juge français pourrait très bien défendre les intérêts étrangers en appliquant la loi pénale étrangère. Bien évidemment, la critique majeure de cette compétence est faite sur le principe de légalité, puisqu'ici le rapport entre la France et l'atteinte portée à la monnaie étrangère par exemple, est plus que maigre voire inexistant. De plus, se pose le problème de la règle du « non bis in idem » puisqu'il est possible que l'Etat étranger, victime de l'atteinte qui lui est portée, décide lui aussi d'engager des poursuites contre l'auteur de l'infraction pouvant entraîner une double poursuite.

La « vraie compétence réelle » qui mérite le maintien de la loi pénale française est celle qui est déterminée par l'objet sur lequel elle porte et qui finalement, a pour lien avec l'ordre juridique français, l'intérêt lésé de la France. La nature des infractions qui relèvent de cette compétence constitue des atteintes aux intérêts supérieurs de la France et « *les intérêts français protégés sont trop importants pour*

que la France abandonne son droit de poursuite »[31]. On considère alors, que la souveraineté française est menacée ce qui justifie en toute logique, l'application de la loi pénale française indépendamment de toute autre loi pénale étrangère. Le caractère exclusif de la compétence réelle justifie donc le préalable de la compétence législative sur la compétence juridictionnelle, et donc la solidarité de celles-ci.

L'identité des compétences s'avère nécessaire et ce, indépendamment de la nationalité de la victime de l'infraction, la nationalité de l'auteur des faits, dès lors que les faits constituent une atteinte aux intérêts français.

Cette compétence démontre la nécessité de continuer à lier la compétence de la loi française avec les tribunaux français. Ce n'est pas la seule puisqu'en cas de compétence universelle, la solidarité des compétences s'avère tout autant défendable (§2).

§2 La solidarité des compétences en cas d'universalité

La compétence universelle se définit par la compétence par laquelle un Etat poursuit et juge une infraction qui n'a pas de lien de rattachement avec lui mais qui repose sur le constat que certains comportements portent atteinte à des valeurs intrinsèquement internationales et universellement admises.

Ce titre de compétence se trouve aux article 689-2 et suivants du Code de procédure pénale, il s'agit de la compétence universelle des juridictions répressives françaises ce qui implique par conséquent la compétence de la loi française. La logique est donc inversée mais la solidarité toujours consacrée.

Finalement, le trouble à l'ordre public n'est pas national mais international, peu importe alors de savoir où le fait a été commis. « La conscience universelle »[32] est bafouée ce qui rend légitime pour l'Etat sur lequel se trouvent les auteurs réfugiés de défendre cet ordre public,

[31] HUET (A), KOERING-JOULIN (R), *Droit pénal international*, PUF, coll. « Thémis », 3ème édition, 2005.
[32] DREYER (E), *Droit pénal général*, LexisNexis, 2e édition, 2012, n° 1847, p.1183.

en poursuivant l'auteur des faits devant ses tribunaux et selon sa propre loi pénale.

La Cour européenne des droits de l'homme a consacré la compétence universelle en tant que principe de droit international dans un arrêt du 17 mars 2009, Ould Dah c/ France. Cette décision s'impose comme un arrêt de principe car la Cour déclare le principe de compétence universelle compatible avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si la juridiction française pouvait être compétente pour juger des faits commis à l'étranger par un étranger contre des victimes étrangères et appliquer la loi française.

En l'espèce, un homme a engagé sa responsabilité pour des actes de tortures et de barbarie commis en Mauritanie entre 1990 et 1991 lors d'affrontements entre différentes ethnies en tant qu'agent des forces armées. Or, en 1993, le gouvernement Mauritanien a adopté une loi d'amnistie pour les infractions ayant été commises dans le cadre des opérations de l'armée. Rappelons « *l'amnistie ôte rétroactivement à un fait son caractère délictueux et que la raison d'être de cette indulgence est le souci de mettre un terme à une période marquée par des divisions politiques graves* ».[33]

Le requérant est mis en examen en juillet 1999 par les autorités françaises pour des actes de torture et de barbarie, puis suite à une fuite, il sera finalement mis en accusation en 2001. En 2005, la Cour d'assises du Gard le condamne à 10 ans de réclusion criminelle en application de l'article 689-1 du Code de procédure pénale. Le requérant porte son affaire devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme et invoque l'article 7 de la Convention qui prévoit le principe de légalité des délits et des peines. Le demandeur estime que il ne pouvait pas être poursuivi et jugé par les juridictions françaises, selon la loi française, puisque une de ces lois nationales l'avait

[33] MATSOPOULOU (H), « Compétence universelle et amnistie », *Rev. cr. dr. int. priv*., 2003, p.309 ; STEFANI (G), LEVASSEUR (G), BOULOC (B), *Droit pénal général*, 17e édition, Dalloz, 2000, n°798 ; ROBERT (J-H), *Droit pénal général*, 5e édition, PUF, coll. Thémis, 2001, p. 176 ; PRADEL (J), *Droit pénal général*, 12e édition, Cujas, 1999, n°386 ; CONTE (Ph), MAISTRE DU CHAMBON (P), *Droit pénal général*, 6e édition, Armand Colin, 2002, n° 290.

amnistié. Pourtant, la Cour Européenne des Droits de l'Homme consacre la compétence universelle de la juridiction française ainsi que le fait qu'elle condamne le requérant en vertu de sa propre loi pénale française. Il est intéressant de voir dans cet arrêt que le droit européen consacre une solution de droit pénal international, et justifie la solidarité des compétences juridictionnelle et légale dans l'hypothèse de la compétence universelle. En effet, la Cour justifie l'action de la juridiction française selon la loi française en droit pénal international, car les actes en cause sont des actes graves qui heurtent l'ordre public international. Pour ce type d'hypothèse, il convient donc de maintenir la solidarité entre les compétences.

Le juge français devrait dans ces deux hypothèses être libre de choisir la compétence de la loi pénale française sans que cela ne pose d'objections car cette liberté de choix s'inscrit dans un contexte de coopération internationale, comme le reconfirme un nouveau titre de compétence (§3).

§3 La solidarité des compétences maintenue dans le nouvel article 113-8-1 du Code pénal

C'est la loi du 9 mars 2004 dite « loi Perben II » qui a instauré un nouvel article dans notre Code pénal, l'article 113-8-1 qui énonce que « *(…) la loi pénale française est également applicable à tout crime ou à tout délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement commis hors du territoire de la République par un étranger dont l'extradition a été refusée à l'Etat requérant par les autorités françaises aux motifs, soit que le fait à raison duquel l'extradition avait été demandée est puni d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français, soit que la personne réclamée aurait été jugée dans ledit Etat par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense, soit que le fait considéré revêt le caractère d'infraction politique.*

La poursuite des infractions mentionnées au premier alinéa ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une dénonciation officielle, transmise par le ministre de la justice, de l'autorité du pays où le fait a été commis et qui avait requis l'extradition ».

Tout en consacrant ce nouveau titre de compétence, le législateur français a précisé que seule la loi française était applicable, ce qui revient donc à admettre la solidarité des compétences législative et juridictionnelle.

La volonté du législateur mérite d'être approuvée car elle permet d'avoir de nouveaux moyens dans la lutte contre l'impunité dès qu'une ou plusieurs frontières perturbaient « *le jeu normal de l'exercice des compétences répressives* »[34]. En se dotant de cette nouvelle compétence répressive, la France peut réprimer une infraction commise à l'étranger sans pour autant sacrifier certains principes fondamentaux. Cette nouvelle compétence doit donc se faire selon la loi pénale française devant les tribunaux français.

Cet article confirme l'idée d'aboutir à une universalité dans la répression qui remonte à Grotius et prétend mettre en œuvre un adage latin « *aut dedere, aut punire* » qui avait déjà été soutenu par Covarruvias qui énonçait que le juge « *devait pouvoir punir ou extrader tous les malfaiteurs dangereux* »[35]. Ce nouvel article permet d'assurer la répression d'une infraction et ce, indépendamment de son lieu de commission et l'éclatement géographique de ses éléments constitutifs.

Il apparaît intéressant de constater le lien qui existe entre l'article 113-8-1 du Code pénal et les articles 696-4 6° et 7°. Ces derniers imposent à la France Etat requis de refuser une demande d'extradition en cas de peine contraire à l'ordre public français, et lorsque le tribunal de l'Etat requérant n'assure pas certaines garanties

[34] THIEL (D), *Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international*, thèse, Université Paul Verlaine-Metz, 2000.

[35] GUILLAUME, G., « La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles » in *Mélanges Levasseur*, droit pénal, droit européen, Paris, Litec, 1992, n°6, p.22.

fondamentales. Or l'article 113-8-1 du Code pénal instaure un nouveau titre de compétence qui permet à la France de juger l'auteur d'une infraction commise à l'étranger qui ne peut pas être extradé. La volonté du législateur français est donc bien de trouver une solution au problème de la non-extradition du délinquant qui sera alors jugé devant les tribunaux français et selon la loi française. Finalement, l'Etat français refuse d'extrader pour protéger l'individu qui a mal agit, pour ne pas le soumettre à une procédure attentatoire à ses droits fondamentaux dans le pays où il a agit. Cela justifie donc que la loi pénale française soit appliquée dans ce cas là.
Ces trois titres de compétence méritent le maintien de l'application de la loi pénale française devant les juridictions répressives françaises.

Pourtant, la multiplication des cas où la loi pénale française n'est plus adaptée pour régir la situation mérite de s'interroger sur la légitimité du principe de solidarité des compétences en droit positif et sur la question de son éventuel remplacement (PARTIE 2).

PARTIE 2 - LA REMISE EN CAUSE DE LA SOLIDARITE DES COMPETENCES LEGISLATIVE ET JURIDICTIONNELLE

L'évaluation du principe de solidarité des compétences a fait l'objet de travaux par la doctrine qui ont permis de démontrer les incohérences de l'application systématique de la loi pénale française devant les tribunaux français en remettant en cause les justifications traditionnellement avancées (Section 1). Cette remise en cause oblige donc à rechercher des solutions pour atténuer le principe en recherchant la compétence de la loi pénale étrangère (Section 2).

SECTION 1 LA FRAGILITE DES JUSTIFICATIONS TRADITIONNELLES

Si les justifications traditionnelles avancées ont pu, pendant des années, tendre vers la consécration du principe de solidarité des compétences, il semble qu'aujourd'hui les critiques de celles-ci soient plus vives qu'hier. Pour comprendre les dérives de ces arguments, il faut les reprendre un par un en commençant par voir l'interprétation abusive qui a été faite du principe de territorialité (§1), en contestant le préalable de la compétence législative (§2) et en affirmant l'existence de réels conflits de lois en droit pénal international (§3).

§1 L'extension abusive du principe de territorialité

Le principe de territorialité aurait pu être de nouveau approuvé si, à mesure que la France étendait ses titres de compétences à des cas extraterritoriaux, elle s'était intéressée au contenu de la loi pénale étrangère pour l'appliquer aux faits commis à l'étranger. Or la pratique démontre que la France a continué à appliquer uniquement sa loi pénale pour les infractions commises partiellement sur le territoire de la République (A) et pour la complicité, à l'étranger, d'une infraction (B).

A) Une compassion territoriale exagérée

Si un auteur affirme que « *la loi pénale française ne signifie pas seulement que la loi française s'applique aux infractions commises en France ; elle veut dire également que la loi française est*

applicable dès que les tribunaux sont compétents »[36], ceci est loin d'être sans enjeux.

En effet, la logique territorialiste devient alors pénalisante puisqu'à mesure du développement d'infractions dépassant les frontières d'un Etat unique, les juridictions françaises ont étendu de plus en plus leur compétence sur le fondement surprenant de la territorialité de la loi pénale française ayant vocation à régir la situation. Le développement de ce type d'infraction aurait pu impliquer la modification du système afin que les juridictions françaises aient la possibilité d'admettre l'application de la loi pénale étrangère pour l'infraction « éclatée » territorialement. Pourtant, ni la loi, ni la jurisprudence ne semblent prêtes à un tel changement.

Le législateur, à l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, reconnaît la compétence de la loi pénale française lorsque l'infraction n'est que partiellement commise sur le territoire de la République c'est à dire dès lors « *qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur le territoire* ».

Si certains faits constitutifs se distinguent naturellement, la jurisprudence a parfois étendu l'application de la loi pénale française en retenant un élément de rattachement avec la France pour des infractions de conséquence par exemple. En effet, elle juge que si l'infraction primaire a été commise en France, elle constitue un « fait constitutif » de l'infraction de conséquence commise à l'étranger[37]. Donc en rattachant le fait constitutif à la France, elle permet aux juges français d'assurer l'application de la loi *du for* en négligeant totalement l'application parfois plus adaptée d'une loi pénale étrangère. A l'inverse, elle juge plus récemment que la loi pénale française pourra être compétente lorsque l'infraction primaire a été commise à l'étranger et l'infraction de conséquence a eu lieu en France. C'est un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 9 novembre 2011 qui illustre cette hypothèse puisque la haute juridiction juge que « *Fait l'exacte application de l'article 113-2 C.pén. la cour d'appel*

[36] LEVASSEUR (G) et DECOCQ (A), « Conflits de lois », *Rép. D. dr. int.*, 1ère édition, n°7.

[37] *Crim.*, 26 septembre 2007, *Bull. crim*. 2007 n°224 ; note REBUT (D), *D.* 2008, p.1179 ; note SEGONDS (M), *JCP* 2008, II, 10047 ; obs. VERON (M), *Rev. dr. pén.*, comm. 150, 2007 ; obs. FORTIS (E), *Rev. sc. crim.*, 2008, p.69.

qui, pour fonder la compétence des lois et juridictions françaises, retient que « le fait d'escorter des jeunes femmes de l'aéroport à l'hôtel Sheraton à Nice, d'organiser leur séjour dans l'hôtel dans le seul but de les conduire quotidiennement à Monaco où elles auraient des relations sexuelles au préalable rémunérées avec les clients ou les organisateurs de la société Vantage, constituent des actes d'aide et d'assistance à la prostitution, que ces actes sont des éléments constitutifs de délit de proxénétisme par aide et assistance, qu'ils ont été commis à Nice et que le juge d'instruction de Nice est compétent en application de l'art. 52 C.pr.pén. ». Cet arrêt montre qu'une infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a été commis sur ce territoire.

Un autre exemple illustre « *la compassion territoriale* »[38] qui existe aujourd'hui.

Il s'agit d'un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 16 juin 1992 dans lequel une personne était détenue dans une prison française de laquelle elle avait tenté de s'évader, alors que celle-ci était placée sous écrou extraditionnel. C'est à dire dans l'attente d'un transfert vers le pays requérant qui demandait la livraison du délinquant. Dans cette hypothèse, le délinquant est exposé à une peine de six mois d'emprisonnement, laquelle peut-être augmentée à une peine égale à celle à raison de laquelle il était détenu, ou celle attachée à la loi de l'inculpation qui motivait la détention. Dans cette hypothèse, il semble envisageable de retenir comme loi compétente la loi pénale étrangère, l'individu étant dans l'attente d'être transféré dans le pays qui le réclame. C'est d'ailleurs ce qu'ont décidé les juges du fond qui ont considéré que la peine encourue était celle de la loi pénale étrangère, mais ils n'ont prononcé qu'une peine de six mois d'emprisonnement. Cette ouverture n'a pas plu à la haute juridiction qui a indiqué que la Cour d'appel n'avait pas respecté le principe de la territorialité de la loi pénale française. Ce qui veut donc dire que les juges du fond auraient dû reconnaître la compétence de la loi pénale française, car la

[38] FOURNIER (A), « De la compassion territoriale », *Rev. sc. crim.*, 1995, p.399

tentative d'évasion avait eu lieu sur le territoire de la République, et ce malgré la demande d'extradition qui ne semble pas avoir d'effet en la matière.

Finalement, si l'on reprend les deux acceptions de la territorialité, il semble que les juges considèrent que toute loi au sens matériel l'est aussi au sens formel. En effet, par le simple constat que la loi pénale française est applicable aux infractions commises en France (territorialité au sens matériel), elle est la seule applicable par le juge pénal français (territorialité au sens formel. La demande d'extradition qui suit n'importe pas. L'extension de la compétence territoriale qui semble se justifier par le fait que la tentative d'évasion ait eu lieu en France.

Le dernier exemple de détournement de la compétence interne, a été opéré par la Cour de cassation qui, pour justifier la compétence de la loi pénale française en cas d'infraction commise sur le territoire étranger, a considéré que l'infraction était indivisible avec celle commise en France.

Elle s'appuie alors sur l'article 382 du Code de procédure pénale qui ne concerne pourtant seulement les infractions commises en France mais en considérant que lorsqu'une première infraction a été commise sur le territoire français, elle doit pouvoir statuer sur la seconde qui a été commise à l'étranger.

Malgré le « découpage territorial » de l'infraction, les juridictions répressives françaises ont continué à statuer par application de la loi pénale française ce qui s'avère alors encore plus abusif pour une situation où la complicité a lieu, totalement, à l'étranger (B).

B) *La répression de la complicité à l'étranger*

Il est facile d'imaginer, aujourd'hui, que du fait de l'inflation internationale de la délinquance, un système dans lequel, les tribunaux acceptent d'appliquer la loi pénale étrangère sur le lieu où la complicité d'une infraction a été commise. Pourtant, il semble que le

phénomène inverse puisse être constaté puisque les juges continuent d'appliquer la loi pénale française pour des faits ayant eu lieu à l'étranger, ce qui devient vivement critiquable au regard du principe de légalité de la loi pénale.

Prenons un exemple marquant de la prorogation abusive de la territorialité de la loi pénale française relatif à la répression de la complicité en droit pénale international.

La question est la suivante : comment appréhender la complicité à l'étranger pour une infraction commise en France ? Comment justifier la compétence des tribunaux français ainsi que l'application de la loi pénale française ? Comment l'Etat français peut-il gérer la complicité à l'étranger d'une infraction commise en France ?

Très rapidement et en l'absence de textes, la jurisprudence a reconnu que les actes de complicité accomplis à l'étranger en vue de faciliter en France la commission d'un crime ou d'un délit relevaient de la sphère de la compétence territoriale. L'arrêt fondateur de cette jurisprudence est celui rendu par la Chambre criminelle le 13 mars 1891 dans lequel la cour déduit, par une sorte de fiction juridique, que l'acte de complicité est localisé sur le territoire de l'Etat où l'infraction a été commise. Elle juge que la loi pénale française qui s'applique au fait principal doit être appliqué aux actes de complicité « même à l'égard d'un étranger quel que soit le lieu où ils aient pu être constatés ». La haute juridiction consacre sa souveraineté pour une complicité qui n'a pas été commise en France, ce qui peut faire l'objet de deux critiques. Tout d'abord, l'article 121-6 du Code pénal précise que « *Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7* », *strico sensu*, le complice sera puni au même titre que l'auteur de l'infraction. Cela signifie, à priori, que le complice devrait être traité comme l'auteur de l'infraction, c'est à dire le soumettre au droit étranger.

La seconde critique tient au principe de légalité car le complice doit connaître lorsqu'il agit, la loi qui lui sera applicable. Or dans cette hypothèse, celui-ci peut tout à fait présupposer que c'est la loi du pays dans lequel il agit qui lui sera applicable. En effet, dans l'hypothèse de

la complicité, c'est un tiers qui va agir et commettre l'infraction principale, or le complice n'a pas forcément connaissance de la loi pénale du pays dans lequel le tiers va agir. De plus, il est possible que le complice ne sache pas, lorsqu'il se rend complice, où l'infraction va finalement va être commise, car cela ne dépend pas de sa volonté.

Si on applique la loi pénale française au délinquant alors que ce dernier avait prévu l'application de la loi du lieu de commission de la complicité, cela peut porter atteinte à la légalité.

En effet, l'interprétation large qui est faite de la compétence territoriale porte atteinte au délinquant, et s'avère abusive.

La seconde critique au principe de coïncidence des compétences a été celle du préalable de la compétence législative qui a parfois été bafouée en pratique (§2).

§2 La réfutation du caractère préalable de la compétence législative

Si en droit international privé, le préalable de la compétence juridictionnelle sur la compétence légale est un principe fondamental, en droit pénal international, le système défendu est inversé chronologiquement. En effet, le système pénaliste consacre le préalable de la compétence législative. Ceci est critiquable et n'a pas pour corolaire la solidarité des compétences (A), et rendant indispensable la réécriture de certains articles (B).

A) Les failles du caractère préalable de la compétence législative

A la lecture du Code de procédure pénale, il est possible de remarquer que le législateur français réfute, lui même, dans certaines hypothèses le caractère préalable de la compétence législative. L'article 689-1 du Code de procédure pénale énonce qu'une personne « *peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises* » ce qui démontre qu'en introduisant les titres de compétences universelles des juridictions pénales, le législateur s'intéresse à la

compétence des juridictions avant de se référer à la loi applicable au litige.

Les anciens articles 694 et 695 du Code de procédure pénale démontraient, eux aussi, la volonté du législateur de consacrer la compétence juridictionnelle avant de se pencher sur la compétence législative. En effet, l'objectif visé par ces textes était de déterminer dans quelles conditions un Français « *peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises…d'après les lois françaises* ». Ces articles affirment donc le préalable de la compétence judiciaire sur la compétence légale et admettent donc que la détermination du juge peut précéder la détermination de la loi. D'un point de vue simplement terminologique, il est possible de contester le préalable de la compétence législative.

Cette idée selon laquelle la situation peut avoir un caractère juridique avant de connaître la loi qui sera applicable à la résolution du litige a été défendue par un auteur[39].

Celui-ci s'est appuyé sur la phrase suivante « *En droit privé, en effet, la situation est, à priori, juridique. Elle l'est avant qu'on sache suivant quelle loi, elle l'est nécessairement avant d'être soumise au juge* »[40]. En effet, pour lui, la distinction faite en droit pénal international et droit international privé est exagérée car « *en droit pénal comme en droit privé, une situation ne devient juridique que si elle rencontre une loi* ». Pour cet auteur, il n'y a donc pas de différence entre le droit privé et le droit pénal car la situation est la même : il s'agit avant tout de l'assemblage de faits qui n'ont au début rien de juridique. Les situations civiles et pénales étant similaires, le raisonnement « qualificatif » du droit international privé est transposable en droit pénal international, or en droit privé, une simple série de faits n'a jamais eu pour conséquence le caractère préalable de la compétence législative. Si l'on estime que les deux systèmes ne sont pas différents, cela veut dire qu'en droit privé comme en droit

[39] LE CALVEZ (J), « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (la remise en cause du principe selon lequel le juge n'applique que sa loi nationale) », *Rev. sc. crim.*, 1980, p.353.
[40] LOMBOIS (C), *Droit pénal international*, Précis Dalloz, 2e édition, 1979, n°11, p.9.

pénal, la compétence législative n'a pas à être antérieure à la compétence juridictionnelle.

Il est évident qu'au début du chemin de la qualification, la réunion de plusieurs faits n'entraîne pas la compétence d'une loi systématiquement car cela s'avère prématuré. Cet argument est d'autant plus justifiable dans les hypothèses où droit international privé et droit pénal international se combinent. Dans ce cas, il semble difficile de dire qu'en droit pénal international la situation n'est qu'une situation de fait alors qu'elle est juridique en droit international privé.

Pour autant, si l'on admet que le préalable de la compétence législative est nécessaire en droit pénal, cela doit-il avoir pour conséquence la solidarité de la compétence juridictionnelle ?

Dans cette logique, des auteurs ont été encore plus loin car, pour eux, même en admettant le préalable de la compétence législative, ils se demandent en quoi ce préalable entraine une solidarité des compétences juridictionnelle et législative ? Pourquoi le préalable de la compétence législative doit, nécessairement, conduire à la coïncidence des compétences ?

Deux auteurs énoncent que « *(…) si le législateur français a bien prévu à l'article 689 du Code de procédure pénale que la compétence de la loi pénale française emportait celle des juridictions françaises, il n'a nullement posé la règle inverse (…). Il serait cependant excessif de prétendre que le législateur a souhaité inciter les juridictions à s'engager dans cette voie hardie* »[41].

De leur côté, A. Huet et R. Koering- Joulin[42] ont adopté la même position en se référant à une analyse du droit international privé. Ils observent que la compétence législative est parfois préalable sans que cela n'empêche l'application d'une loi pénale étrangère pour le fond de l'affaire. En effet, « *la compétence législative est parfois préalable, dans la mesure où, pour déterminer la compétence judiciaire, il faut*

[41] DESPORTES (F) et F LE GUNEHEC (F), *Droit pénal général*, 15e édition, Economica, 2008, n° 374, p.34.
[42] HUET (A), KOERING-JOULIN (R), *Droit pénal international*, PUF, coll. « Thémis », 3ème édition, 2005, n°123, p.203.

d'abord qualifier un élément de rattachement : cette qualification s'opère selon la lex fori, ce qui n'empêche pas le tribunal, une fois compétent d'appliquer éventuellement une loi étrangère de fond ».

Pourquoi ne peut-on pas appliquer ce raisonnement au droit pénal international ?

Il pourrait être admis, en droit pénal international, la distinction de la qualification préalable des faits, qui peut se faire selon la loi du for, avec la qualification de la loi répressive applicable lors du jugement de l'auteur des faits en droit pénal international. En effet, il faut procéder à un découpage de la qualification entre la qualification de l'infraction, et la répression de celle-ci. La loi du for permet de qualifier l'infraction et de vérifier la compétence des juridictions françaises mais cette loi ne sera pas nécessairement la plus appropriée pour réprimer l'infraction.

Il existe donc deux opérations distinctes dans le temps : la première vise à vérifier la compétence des juridictions françaises avant d'engager la répression de l'auteur des faits. La seconde permet au juge d'appliquer la loi pénale du lieu où celui-ci a commis l'infraction. Le premier constat est donc que la loi n'est pas le préalable de l'opération. Chronologiquement donc, il convient de déterminer la compétence des juridictions avant de déterminer la loi applicable à l'auteur des faits.

Au bout de l'argumentation, la question se pose de la légitimité de l'application de la *lex fori* pour la qualification préalable des faits ? « Pourquoi la qualification serait-elle *ipso facto* fournie par la *lex fori* ? Ne peut-on pas admettre que la loi étrangère sera compétente pour qualifier l'infraction dès le début du raisonnement ? En effet, cette idée est défendable car le juge ne peut pas avoir un nombre illimité de pays auxquels se rattache l'infraction. A priori, l'infraction ne peut concerner quelques lois ce qui paraît donc raisonnable pour le juge qui n'aurait pas à connaître le contenu de toutes « les lois du monde »[43] et ce qui rend donc indispensable la remise en cause de

[43] LOMBOIS (C), *Droit pénal international*, Précis Dalloz, 2e édition, 1979, n°239, p.285.

certains articles notamment dans le domaine de la compétence universelle (B).

B) *La remise en cause du préalable législatif en pratique*

Même si très souvent, le législateur fait dépendre la compétence des juridictions françaises à l'application de la loi pénale française, certains articles ne corroborent pas les décisions de ce dernier.

En effet, si l'on observe avec attention l'article 689 du Code de procédure pénale, on peut se rendre compte d'une faille puisqu'il énonce que « *Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises (…) soit lorsque la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction* ». S'il paraît évident que la compétence de la loi pénale française implique la compétence des juridictions françaises, celle-ci est plus contestable si c'est une convention internationale qui donne compétences aux juridictions françaises. En effet, dans cette seconde hypothèse, la compétence peut être donnée aux juridictions pénales françaises mais « *en marge de nos lois pénales de fond* »[44] ce qui amorce « *le déclin du dogme de la solidarité des compétences* » : les poursuites exercées devant nos tribunaux répressifs ne sont donc pas forcément soumises à notre propre droit. Une lecture littérale de cet article permet d'affirmer que les compétences juridictionnelle et législative ne sont pas nécessairement solidaires.

Pourtant, la pratique de la Cour de cassation démontre que celle-ci s'entête à faire dépendre compétence juridictionnelle et compétence législative même si une convention internationale est applicable au litige. En effet, dans le cadre de l'affaire portée devant la Cour

[44] FOURNIER (A), « Les orientations nouvelles du droit pénal international à la faveur de la réforme du code pénal », *Rev. cr. dr. int. priv.*, 1998, n°49, p.565.

Européenne des Droits de l'Homme précitée[45], un arrêt rendu par la Chambre Criminelle de la Cour de cassation le 23 octobre 2002 démontre que la compétence universelle d'une juridiction française entraîne la compétence de la loi pénale française malgré la présence d'une loi étrangère d'amnistie. Rappelons brièvement, qu'en l'espèce, un individu a été arrêté suite à des plaintes pour des actes de torture et de barbarie sur les dispositions de la loi pénale française et ce malgré la loi mauritanienne d'amnistie.

La question qui se pose alors est de savoir si en présence d'une compétence universelle, alors même que c'est une convention internationale qui rend compétente les juridictions françaises, cela peut-il être fait en marge de nos lois pénales de fond et donc en se référant à la loi pénale étrangère du lieu de commission du délit ? Cet arrêt répond par la négative car la Convention de New-York applicable à l'espèce laisse le « *soin aux Etats de prendre les sanctions appropriées, en tenant compte de la gravité des infractions* »[46]. Si l'application de la loi pénale française pour régir les sanctions d'une personne qui est arrêtée en France peut se justifier par le fait que les Etats sont souverains dans la détermination des peines applicables, l'application de cette même loi en présence d'une loi d'amnistie étrangère paraît au contraire intolérable.

En effet, la Cour de cassation continue d'ignorer la loi pénale étrangère d'amnistie[47] ce qui pose problème. La Cour devrait, dans cette hypothèse, prendre en considération la situation juridique, à l'étranger qui considère que l'action publique est éteinte et en tirer les conséquences en France. Puisque le caractère délictueux des faits est effacé, comment justifier la condamnation de l'individu dans le pays du lieu d'arrestation ? Pourquoi les juges n'agissent pas comme en matière de prescription ou de récidive, sur lesquels nous reviendrons, en prenant en compte la loi pénale étrangère pour agir contre le délinquant ? Il est assez absurde de poursuivre un délinquant en

[45] V., CEDH, 17 mars 2009, *Ould Dah c/ France* ; RENUCCI (JF), *D.* 2009, p. 1573.
[46] MATSOPOULOU (H), « Compétence universelle et amnistie », *Rev. cr. dr. int. priv.*, 2003, p.309.
[47] V. *Crim.*, 31 décembre 1936, *Bull. crim.*, n°15 ; *Crim.*, 26 juin 1963, *Bull. crim.*, n°231 ; *Crim.*, 26 janvier 1966, *Bull. crim.*, n°23.

France alors même que le pays dont l'ordre public a été troublé ne le poursuit plus. Cela revient à un abus d'autorité par le juge répressif français, car celui-ci refuse d'admettre la compétence, pourtant justifiée, de la loi pénale étrangère.

Un nouveau titre de compétence a été intégré par une loi récente du 9 mars 2004 dans le Code pénal et mérite d'être critiqué. Il s'agit de l'article 113-8-1 du Code pénal qui introduit un texte instituant la compétence des juridictions françaises suite à une demande d'extradition refusée par la France au motif que l'infraction est punie par une peine contraire à l'ordre public français, ou que les juridictions de l'Etat requérant n'assurent pas le respect des droits de la défense au cours du procès et quand la France, Etat requis, ne fait pas droit à une demande d'extradition pour une infraction politique. A priori, la loi pénale française n'est pas compétente sur le fondement de la compétence territoriale, personnelle ou réelle, il s'agit donc à fortiori d'un nouveau titre de compétence. L'idée d'une universalité dans la répression remonte à Grotius et prétend mettre en œuvre un adage latin « aut dedere, aut judicare » qui avait déjà été soutenu par Covarruvias qui affirmait que le juge « devait pouvoir punir ou extrader tous les malfaiteurs dangereux »[48].

Evidemment, tout en consacrant ce nouveau titre de compétence, le législateur français a précisé que seule la loi française était applicable, ce qui revient donc à admettre la solidarité des compétences. Pour autant, cette affirmation n'est pas sans susciter de critiques car le lien de rattachement entre l'individu jugé et la France est dérisoire. En effet, ce pays n'est uniquement que le lieu d'arrestation du délinquant qui peut-être sur le territoire français pour une courte durée. Finalement, ce refus d'extradition par la France repose sur une fausse théorie qui consiste à dire qu'un Etat qui se voit opposer l'extradition par la France demandera à celle-ci d'appliquer son propre droit. Cette fausse théorie porte atteinte au principe de

[48] GUILLAUME, (G), « La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles » in *Mélanges Levasseur*, Paris, Litec, 1992.

légalité des délits et des peines qui a pour corollaire la prévisibilité de la loi pénale pour le délinquant. Il semble évident qu'au moment où le délinquant passe à l'acte, celui-ci ignore totalement la loi pénale française et notamment la peine qui pourra lui être appliquée selon celle-ci.

Une autre critique est celle de l'atteint à la règle « non bis in idem » qui se retrouve à l'article 113-9 du Code pénal qui énonce « *dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, aucune poursuite ne peut-être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été définitivement jugée à l'étranger pour les mêmes faits…* ». Or, puisqu'aucune référence n'est faite à l'article 113-8-1du Code pénal, la mise en œuvre de ce nouveau titre de compétence pourrait se faire au préjudice de l'autorité de la chose jugée à l'étranger. Le législateur aurait donc dû intégrer à l'article 113-9 du Code pénal le nouveau titre de compétence

La solidarité des compétences mérite donc d'être contestée pour ce nouveau titre de compétence, le lien de rattachement est tellement faible entre l'individu et la France, que la loi pénale *du for* ne devrait pas lui être applicable.

Si l'on admet la compétence d'une loi pénale étrangère, cela démontre l'existence d'un conflit de lois en droit pénal (§3).

§3 Le conflit de lois en droit pénal international

Si l'absence de conflits de lois pouvait se justifier au cours du XIXème siècle du fait de la territorialité des infractions pénales, celle-ci semble être remise en cause suite au développement de titres de compétences extraterritoriales. Cette remise en question est d'autant plus justifiable que l'argument de l'unilatéralisme dans la fixation des compétences est indifférent (A) et que le juge a tendance à ne plus ignorer totalement la loi pénale étrangère (B).

A) *L'indifférence de l'unilatéralisme dans la fixation des compétences*

S'il est vrai que la loi pénale française détermine uniquement sa sphère d'application,

dire que lorsque l'infraction se situe en dehors de cette sphère, la loi française se désintéresse de la loi alors applicable au litige est une autre mesure.

Cette justification selon laquelle les juridictions françaises ne pouvaient pas connaître de conflits de loi revenait donc à dire que le juge français était trop « limité » pour apprécier le contenu d'une loi pénale étrangère. Malgré le désintérêt du juge sur l'éventuelle application d'une loi pénale étrangère, celui-ci n'a pas hésité à étendre ses titres de compétences en dehors de son territoire. En effet, dans cette situation, le juge n'hésite pas à défendre l'ordre public étranger, ce qui devrait donc conduire à l'application de la loi du pays atteint par le trouble à savoir la loi pénale étrangère. Même si le champ d'application de la loi pénale française est fixé unilatéralement, il n'en demeure pas moins que la consultation de la loi pénale étrangère pour régir ces situations s'avère nécessaire. La détermination spatiale de la loi pénale française n'oblige pas le juge à négliger la loi pénale étrangère.

Bien au contraire, le raisonnement que devrait suivre le juge nécessiterait d'être modifié puisque dans un premier temps celui-ci devrait être invité à vérifier si l'infraction trouble l'ordre public français, et dans ce cas l'application de la loi pénale française serait logique. En revanche, si c'est l'ordre public étranger qui est troublé, le juge devrait alors se référer à la loi pénale étrangère pour résoudre le litige. On voit donc bien que l'application de la loi pénale étrangère par le juge ne sera pas systématique mais qu'elle permettrait de régler les conflits pour lesquels la loi pénale française n'est pas compétente sans entamer une concurrence entre les deux lois.

De plus, cette évolution semble être nécessaire puisqu'en se contentant d'appliquer la loi pénale française à des cas

extraterritoriaux, le principe de légalité des délits et des peines est bafoué. Le délinquant doit être en mesure d'anticiper la loi qui lui sera applicable ainsi que la peine à laquelle il s'expose et lorsqu'il commet une infraction en dehors du territoire français. Cela peut lui paraître logique de se faire juger par la loi du pays dans lequel il agit. La sanction pénale prononcée n'a pas pour but uniquement de défendre uniquement l'autorité de la République, l'Etat démocratique doit tolérer des normes étrangères. Cette prise en considération de la loi pénale étrangère démontre l'intelligence d'un Etat à défendre non pas son propre intérêt mais l'intérêt d'un Etat étranger jusqu'au bout du processus, ce qui participe à la coopération internationale des Etats.

Ce système de résolution de conflits de lois qui permettrait au juge d'appliquer dans certaines hypothèses la loi pénale étrangère respecterait le principe de légalité des délits et des peines et ne contredirait pas, pour autant, la souveraineté nationale de la France. Au contraire, la reconnaissance de la loi pénale étrangère dans l'ordre répressif français, permet à la République française d'exercer sa souveraineté. Comme l'écrit un auteur[49] « *Le juge français applique la loi étrangère non pour obéir à une règle de droit des gens mais en vertu d'un commandement du législateur français* ». C'est donc bien le législateur français qui permettrait de rechercher la loi la mieux adaptée au rapport de droit, la prise en considération de la loi étrangère est déterminée par la loi française afin que son application ne soit pas « *une renonciation mais l'exercice d'une souveraineté* »[50]. La distinction entre les compétences judiciaire et légale est donc nécessaire : la saisine d'une juridiction française ne doit pas, ipso facto, déterminer l'application de la loi pénale française.

Suite aux critiques faites à la solidarité des compétences en droit pénal international, le juge pénal français ne peut plus se fermer à la règle de droit étrangère qu'elle soit civile ou pénale.

[49] COLIN (A), « Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère », *Journ. du dr. int. privé*, 1980, p. 409.
[50] DONNEDIEU DE VABRES (H), *Les principes modernes du droit pénal international*, LGDJ, coll. « Université Panthéon-Assas », 2004, p. 183.

Un auteur précise que « *Le droit pénal ne peut rester indifférent aux enseignements du droit civil* »[51] et c'est la raison pour laquelle, la loi civile étrangère est applicable à l'action civile qui se joint à l'action publique menée par le Ministère Public et qui a pour objectif la réparation de la victime suite à une infraction. En effet, la loi civile étrangère est appliquée par le juge répressif français pour apprécier la capacité et l'intérêt à agir dans la recevabilité de l'action civile ainsi que pour apprécier le bien-fondé de celle-ci. Ceci démontre bien que le dogme de la solidarité des compétences législative et juridictionnelle est mis à mal par l'application de la loi civile étrangère par le juge pénal. Mais cet exemple n'est pas le plus marquant en la matière puisque ce qui nous intéresse, c'est l'application éventuelle d'une loi pénale étrangère par le juge répressif français (B).

B) La prise en considération de la loi pénale étrangère par le juge français

Cette possibilité donnée au juge se retrouve dans deux hypothèses dans lesquelles le juge français n'applique pas directement la loi pénale étrangère mais pour lesquelles il doit en tenir compte dans la résolution du litige. Ce sont les domaines de la prescription et de la récidive.

En matière de prescription, le juge pénal prend en considération la loi étrangère en ce qui concerne le délai de prescription et pour les actes interruptifs de celle-ci.

Il est évident que les règles de prescription françaises s'appliquent devant les juridictions françaises lorsque l'infraction a été, partiellement ou totalement, commise sur le territoire français car c'est la loi qui est alors territorialement compétente. Mais, la jurisprudence va encore plus loin en retenant que règles de prescription françaises sont applicables à la poursuite d'infractions commises à l'étranger et

[51] LE CALVEZ (J), « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (la remise en cause du principe selon lequel le juge n'applique que sa loi nationale) », *Rev. sc. crim.*, 1980, p.341.

non sur le territoire français. Un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 5 juin 1996 précise que la prescription est une question de procédure qui est donc soumise à la loi du for. Cette solution est discutable et le juge français va être amené à changer sa position dans un futur proche. En effet le point de départ de la prescription remonte au jour de la consommation de l'infraction or à ce jour là c'est l'ordre public étranger qui est affecté et non pas l'ordre public français comme nous le précise un auteur[52]. En toute logique, le juge français devrait donc appliquer la loi pénale étrangère pour apprécier le point de départ de la prescription.

De plus, comment peut-on justifier la prescription acquise et donc la disparition du trouble à l'ordre public selon la loi française pour une infraction commise à l'étranger ? Le changement de position de la haute juridiction est nécessaire et devrait être admis dans la mesure où la jurisprudence prend en compte l'existence d'actes interruptifs réalisés à l'étranger.

En effet, la Cour de cassation prend en compte les actes de prescription accomplis à l'étranger afin de favoriser la poursuite de l'auteur principal et du complice. C'est la preuve de la lutte par les juridictions répressives françaises contre la prescription à l'égard du délinquant notamment. La Cour de cassation a admis que le délai de prescription courant contre l'auteur principal d'une infraction commise à l'étranger pouvait être interrompu par un acte de poursuite ou d'instruction accompli non seulement en France mais aussi à l'étranger.

Pour que l'acte interruptif produise des effets en France, deux conditions sont nécessaires :

- Il faut qu'un acte « *ait été exécuté à l'étranger par une autorité compétente* »[53] : en effet, il faut que l'acte soit régulier. Cela signifie que pour admettre l'interruption du délai de prescription, la Haute juridiction va s'interroger sur la validité d'un acte étranger fait selon une loi étrangère.

[52] DREYER (E), *Droit pénal général*, LexisNexis, 2e édition, 2012, n° 1865, p. 1190.
[53] *Crim.*, 19 juillet 1913, *D.* 1914, 1, 20.

Cette exigence montre que la Cour de cassation est moins hostile qu'elle n'y paraît à la prise en compte de la loi pénale étrangère puisqu'elle va vérifier la conformité de l'acte interruptif à celle-ci.

- L'acte « *doit être réalisé en temps de droit* »[54] ce qui veut dire que l'interruption du délai doit avoir eu lieu pendant le délai de prescription tant pour la loi pénale française que pour la loi pénale étrangère. La Cour prend encore en compte la loi pénale étrangère puisque si les poursuites sont déjà prescrites à l'étranger, la France ne pourra pas maintenir les poursuites en raison d'actes interruptifs étrangers qui n'existent plus selon la loi pénale étrangère.

  Cet exemple de la prescription est intéressant puisqu'il démontre que le juge répressif français peut-être amené à prendre en compte la loi pénale étrangère pour fonder son appréciation sur la prescription. Finalement, on reconnaît, à travers cet exemple, l'hostilité des juges à l'égard de la prescription qui les empêche de poursuivre un délinquant. Cette hostilité des juges les conduit à prendre en considération les effets attachés à une loi pénale étrangère pour pouvoir poursuivre le délinquant en France.

  L'enjeu relatif à la prescription est important pour le délinquant mais celui de l'influence de la loi pénale étrangère sur l'état de récidive d'un délinquant s'avère être un enjeu encore plus impressionnant.

La récidive est le fait de commettre, après une condamnation définitive, une nouvelle infraction dans un certain délai et dans certaines conditions définies par les textes. Pendant longtemps il a été considéré que la première décision de condamnation devait être prononcée par les juridictions françaises. Désormais, c'est l'article 132-23-1 du Code pénal qui énonce « *Pour l'application du présent code et du code de procédure pénale, les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union européenne sont prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises et*

[54] *Crim.*, 6 mars 1958, *Bull. crim*. 1958, n°201.

produisent les mêmes effets juridiques que ces condamnations ». Cet article n'a pas une portée internationale dans la mesure où les juridictions répressives françaises peuvent toujours ignorer les condamnations pénales devenues définitives dans un Etat non membre de l'Union Européenne.

Toutefois, l'avancée de l'article 132-23-1 du Code pénal mérite d'être approuvée dans le sens où désormais, la décision d'une juridiction répressive de l'Union Européenne ayant autorité de chose jugée pourra être prise en compte par les juridictions répressives françaises.

Cette prise en compte de la loi pénale étrangère, européenne s'impose en l'espèce car l'idée est celle de la coopération européenne qui doit justifier une harmonisation sur le plan pénal. Finalement, l'explosion territoriale de l'infraction ne doit en aucune cas constituer un obstacle pour retenir un éventuel état de récidive. Les condamnations prononcées par d'autres doivent pouvoir être consultées par toutes les juridictions répressives européennes, raison pour laquelle a été créé le système d'échange d'informations informatisé qui doit permettre à chaque tribunal de faire une demande d'informations afin d'assurer la transparence et la libre circulation des décisions européennes.

Toutes les critiques avancées montrent la nécessité de trouver des solutions pour modifier le principe de solidarité des compétences, le droit prospectif doit alors être envisagé (Section 2).

SECTION 2 L'AVENIR INCERTAIN DE LA SOLIDARITE DES COMPETENCES

Hormis les hypothèses sus-énoncées (section 2 partie 1), la solidarité des compétences judiciaire et législative ne se justifie plus. La pluralité d'Etats, la pluralité de lois et de systèmes juridictionnels pouvant être intéressés par la répression d'une infraction nécessite une modification du dogme de la solidarité des compétences.

Par quels moyens peut-on remettre en cause la solidarité des compétences existantes ? Quel pouvoir doit être donné au juge dans

l'appréciation du litige ? Comment trancher la situation dominée par l'identité des compétences ? Peut-on réellement envisager un avenir pour notre ordre répressif sans solidarité des compétences ?

Pour répondre à cette série de questions, il convient d'appréhender chaque titre de compétence pour trouver des solutions (§1), avant d'envisager une réforme plus globale du système solidaire français (§2).

§1 Les perspectives des différentes compétences

Les titres de compétences qui nécessitent une réforme, consacrant la compétence de la loi pénale étrangère, sont la compétence territoriale (A), les compétences personnelles (B), la compétence réelle (C) et la compétence universelle (D).

A) La compétence territoriale

Si une infraction est commise sur le territoire d'un seul Etat, celui-ci est, évidemment, le seul à pouvoir régir la situation en appliquant la loi du lieu de commission de l'infraction. Pourtant, on pourrait estimer que la lex fori n'est pas obligatoirement la loi la mieux adaptée au rapport de droit en cause. En effet, on peut estimer dans certains cas qu'une infraction commise en France devrait être régie par une loi pénale étrangère et qu'une limite soit apportée au dogme de la solidarité des compétences.

C'est Donnedieu de Vabres, qui a soutenu que certaines lois sont des lois « de garantie individuelle »[55] qui nécessitent de suivre la personne dans tous ses déplacements et donc que la loi la plus adaptée est la loi nationale de l'auteur de l'infraction. Par exemple, les lois pénales de garanties individuelles sont celles qui fixent la majorité pénale du délinquant et qui ne peut donc être que la loi nationale de l'auteur de l'infraction.

[55] DONNEDIEU DE VABRES (H), *Les principes modernes du droit pénal international*, LGDJ, coll. « Université Panthéon-Assas », 2004, p.185.

Le Calvez a soutenu une autre théorie qui est celle d'appliquer « *la loi la mieux adaptée au rapport de droit considéré* », sa conception est très large et permet au juge d'avoir une marge de manœuvre très importante. Il précise que lorsque l'infraction a « *porté atteinte non seulement aux intérêts propres de l'Etat qui prétendra exercer sa compétence juridictionnelle, mais également à des valeurs protégées de manière identique par une communauté d'Etats* »[56], dans ce cas, rien n'empêche le juge d'appliquer au rapport de droit une loi pénale étrangère. Mais, curieusement, l'auteur estime que la loi la mieux adaptée est très souvent la loi territoriale sauf pour les peines privatives de droits car dans ce cas la loi pénale étrangère est mieux adaptée.

La dernière possibilité a été avancée par R. Koering-Joulin dans sa thèse. Sa théorie fait suite aux critiques avancées sur l'ancien article 693 du Code de procédure pénale qui énonçait « *Est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* », reprise aujourd'hui à l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. La jurisprudence a vu dans la notion « d'acte caractérisant » une référence implicite à la théorie de l'ubiquité qui localise indifféremment une infraction au lieu de survenance de son fait générateur ou en celui de la production de son résultat. Cette théorie de l'ubiquité a donc été forcée, ce qui a conduit à certaines dérives puisque des infractions ont été mises en contact avec le territoire français sans pour autant avoir de lien avec celui-ci[57]. L'auteur essaye donc de remédier à cette situation en proposant différentes solutions. Selon elle, il faudrait, pour la compétence judiciaire, encourager le lieu de manifestation du fait générateur de l'infraction qui démontre le mieux le comportement répréhensible du délinquant qui se comporte en contradictions avec les normes sociales. Par contre, la compétence

[56] LE CALVEZ (J), « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (la remis en cause du principe selon lequel le juge n'applique que sa loi nationale) », *Rev. sc. crim.*, 1980, p.366.
[57] V. section 1 §1 et §2

législative, elle préconise la loi qui présente les liens les plus étroits avec le délit à savoir « la loi de l'enracinement social » de l'infraction. Ces théories démontrent la volonté qui existe de réformer les choses et de ne plus faire obligation au juge d'appliquer uniquement sa loi pénale.

En effet, cette réforme s'avère encore plus nécessaire en cas de localisation partielle de l'infraction car dans ce cas, il est difficile d'affirmer que la situation doit être régie par une loi unique. Plusieurs compétences territoriales deviennent concurrentes et dans ce cas, le juge saisi ne devrait pas être déterminant de la loi pénale applicable. En ce sens, un projet de Convention a été élaboré entre l'Allemagne et la France pour limiter et prévenir les pollutions transfrontalières. Or l'article 32-1 de cette convention vise l'hypothèse de la localisation partielle pour donner compétence aux tribunaux de l'un des Etats parties, dès lors que soit l'acte de pollution, soit le dommage de pollution se réalise entièrement ou partiellement seulement sur le territoire de cette partie. Finalement, le juge agit comme en matière de responsabilité civile en choisissant entre la loi du lieu du dommage, ou la loi du lieu du fait générateur. C'est par le biais de ce genre de conventions que les choses peuvent, progressivement, changer afin de rendre plus cohérent le système répressif français en matière de droit pénal international. En laissant un pouvoir modérateur au juge, celui-ci peut décider de s'affranchir ou non de la loi pénale française en fonction du litige qu'il a à trancher.

B) *Les compétences personnelles*

Si pour beaucoup d'auteurs, la compétence de la loi pénale française se justifier lorsque l'auteur ou la victime de l'infraction est de nationalité française, une remise en cause de cette corrélation pourrait faire évoluer les choses. Dans ces deux titres de compétence personnelle (active ou passive), l'infraction a lieu en dehors des frontières françaises et donc en dehors de l'Etat du juge saisi. Or le juge, en appliquant uniquement, la *loi fori* referme la possibilité

d'ouvrir la porte à la *lex loci delicti* mise à part l'exigence de double incrimination sur laquelle nous reviendrons.

La défense unique de l'ordre public étranger par la loi française est de moins en moins convaincante car parfois la France ne réprime pas certains faits pourtant graves, au lieu de commission du délit[58]. En se bornant à la consultation de la loi pénale française, le juge laisse non jugées certaines affaires qui auraient dû l'être selon le droit pénal étranger.

L'abstention de la France à incriminer certains faits est-elle satisfaisante pour l'Etat étranger ? La réponse est évidemment négative et mérite de changer. Le juge devrait pouvoir rejeter l'application de la loi pénale du for pour la compétence personnelle et appliquer la loi du lieu de commission de l'infraction. Si ce changement paraît trop brutal, on peut envisager d'appliquer soit la loi pénale du for, soit la loi pénale étrangère si celle-ci est plus douce par exemple. Ce pas a été franchi par la Suisse qui, dans ses articles 5 et 6 du Code pénal, concernant les compétences personnelles actives ou passives, énoncent que la loi suisse est applicable au crime ou au délit commis à l'étranger contre un Suisse ou par un Suisse. Mais, les deux articles ajoutent que « *la loi étrangère sera toutefois applicable si elle est plus favorable à l'inculpé* ». La Suisse opte donc pour un usage modéré de la loi pénale étrangère en prévoyant son utilisation uniquement si elle est plus douce que la loi du for. Il n'empêche que cette solution marque un réel progrès dans l'application de la loi pénale étrangère.

C) La compétence réelle

La remise en cause de l'application de la loi pénale française est nécessaire puisque l'Etat qui réprime, sur le fondement de la compétence réelle, n'est pas nécessairement l'Etat victime des

[58] V. FOURNIER (A), « Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international », in. *Mél. Bouloc*, D. 2007, p. 388 qui prend comme exemple l'adultère qui reste passible de détention de longue durée, si ce n'est de mort par lapidation dans certains pays.

infractions de nature réelle. L'Etat victime de l'infraction peut être un allié de l'Etat de répression mais même dans cette hypothèse, l'extradition est impossible pour les crimes et les délits politiques. Or parfois, la peine prévue par l'Etat où se trouve le prévenu est plus lourde que sa législation nationale ce qui pose problème puisque, l'extradition étant inenvisageable, le délinquant se verra appliquer des peines alourdies.

Admettons que l'Etat victime de l'infraction ne punisse pas celle-ci dans sa législation, en quoi l'application de sa loi par le juge répressif français est-elle nécessaire et raisonnée ?

En ce sens, un arrêt rendu par le tribunal correction de Seine le 4 mars 2011 avait prononcé la condamnation pour contrefaçon de timbres-poste d'un Etat étranger selon la loi pénale française alors même que ce fait ne constituait pas une infraction dans l'Etat en cause[59]. Si les Etats que la France entend défendre ne réclament pas cette aide, la France devrait abandonner toute poursuite contre l'individu en appliquant la loi pénale étrangère. Même si les atteintes aux intérêts publics d'un Etat étranger ont lieu en France, c'est l'ordre juridique étranger qui est violé et non pas l'ordre public français[60].

Là aussi, le juge pénal français devrait être libre de tirer les conséquences de la loi pénale étrangère.

D) La compétence universelle

Cette universalité dans la répression se détache facilement du dogme de la solidarité des compétences puisque le lien de rattachement entre la France, Etat qui poursuit, et le délinquant est quasiment invisible. Le seul fait que la France soit le lieu d'arrestation du délinquant ou la présence furtive du l'individu ne permet pas de situer dans l'espace l'infraction en cause.

[59] *Rev. cr. dr. int. priv.*, 1913, 27

[60] HUET (A), KOERING-JOULIN (R), *Droit pénal international*, PUF, coll. « Thémis », 3ème édition, 2005, p. 199, n°121.

Comme l'écrivait H. Donnedieu de Vabres [61] « *La compétence universelle ne repose pas sur la conception dogmatique philosophique d'une fraternité humaine, mais sur la réalité incontestable d'une communauté d'intérêts* ». Cette phrase montre que la saisine des juridictions du lieu d'arrestation peut se comprendre mais sans pour autant que la loi applicable dépende de la juridiction saisie. Car « *s'il y a, en effet, des cas où le juge pénal devait appliquer une loi étrangère, c'est dans les hypothèses de compétence universelle qu'il serait le plus urgent de commencer* »[62].

Certains Etats ont franchi, timidement, le pas comme l'ex-Yougoslavie. L'article 94 alinéa 2 du Code pénal de l'ex-Yougoslavie prévoit que si l'auteur étranger d'une infraction commise à l'étranger contre un étranger est retrouvé en Yougoslavie, le tribunal appliquera sa loi du for sans pour autant être autorisé à « prononcer une peine plus forte que celle prescrite par la loi du pays où l'infraction a été commise ». Le prononcé de la peine dépend donc d'une loi pénale étrangère en cas de compétence universelle ce qui est aussi une avancée. Finalement, la loi pénale étrangère est appliquée si elle permet de garantir « un meilleur sort » au délinquant, si elle l'avantage et lui est plus favorable.

Pourtant, la jurisprudence française ne semble pas vouloir franchir le pas comme nous avons pu le déduire de certains de ces arrêts.

L'analyse de chaque compétence démontre qu'il faudrait laisser une liberté de choix au juge pour déterminer la loi applicable au litige. Il est souhaitable d'aller vers une reconnaissance de chaque système par un système concurrent et que la mise en œuvre de la répression puisse se faire dans l'un ou l'autre des Etats. Peu importe le lieu d'ouverture de la procédure, chaque juge devrait déterminer si le mieux est d'appliquer sa propre loi ou la loi pénale étrangère. Si certains pays ont consacré cette solution, si certaines conventions vont

[61] DONNEDIEU DE VABRES (H), « Le système de la répression universelle. Ses origines historiques. Ses formes contemporaines », *Rev. cr. DIP*, 1922-1923, p.533, et spéc. p.535.
[62] LOMBOIS (C), « De la compassion territoriale », *Rev. sc. crim.*, 1995, 399 et part. p.403.

dans ce sens, il semble que le législateur et le magistrat français soient encore loin d'arriver à ce changement. Dans ce cas, comment obliger le législateur à prendre en compte malgré tout la loi pénale étrangère ? Un auteur[63] a proposé une autre solution qui vise à étendre l'exigence de réciprocité à des hypothèses autres que celle de la compétence personnelle active (§2).

§2 Vers une réforme plus globale : la généralisation de la double incrimination

Rappelons tout d'abord que l'exigence de double incrimination signifie que le délit commis à l'étranger et poursuivi en France doit être également punissable dans l'Etat sur le territoire duquel il a été commis, à défaut, le juge se déclare incompétent. Cette exigence est mentionnée pour la compétence personne active en raison donc de la nationalité française de l'auteur de l'acte.

Si on étend cette exigence aux autres titres de compétence, cela permet de prendre en compte le contenu de la loi pénale étrangère qui devra incriminer le fait comme la loi pénale française. Finalement, peu importe qui aura à prononcer la peine (en l'espèce la France gardera la compétence de juger l'affaire), l'objectif étant toujours de tenir compte de la situation étrangère pour juger le délinquant or, en allant voir si l'infraction est punie en droit pénal étranger, le juge français n'occulte plus celui-ci.

Cette pratique permettrait aussi de ne pas porter atteinte au principe de légalité des délits et des peines car certaines divergences existent entre les pays. L'auteur prend appui sur l'exemple des mutilations commises sur des mineurs de moins de quinze ans, punies en France de quinze ans de réclusion criminelle[64] alors que dans certains pays cette pratique est licite. En l'état actuel des choses, compétence pourrait être donnée à la loi pénale française en raison de la nationalité

[63] FOURNIER (A), « Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international », in. *Mél. Bouloc*, D. 2007.
[64] V. art. 222-10 1° du Code pénal.

française de la victime or, en consacrant l'exigence de double incrimination, la compétence personnelle passive serait un échec puisque le pays du lieu de commission de l'infraction ne réprime pas le fait. Si l'on généralise la double incrimination, le respect du principe de légalité serait consacré puisque l'individu qui agit dans son pays a conscience que le fait qu'il commet n'est pas une infraction, il n'imagine pas alors se voir appliquer la loi pénale française pour un fait non délictueux dans l'Etat où il le commet.

Evidemment l'exigence de double incrimination devra être appréciée avec souplesse, peu importe « *l'analogie ou la divergence des qualifications respectives : soit entre action ou omission principales, soit entre infraction principale (consommée ou seulement tentée) et complicité* »[65].

La mission du juge français ne serait pas plus complexe à réaliser qu'aujourd'hui puisque celui-ci se contente de vérifier si le fait est punissable ou non en droit étranger, il n'a pas à appliquer la loi pénale étrangère pour résoudre le conflit. En cela, la solution est mesurée et progressive pour le juge français.

[65] FOURNIER (A), op.cit., p.341.

CONCLUSION

A l'aune d'une civilisation en mouvement perpétuel, le droit ne peut se fixer dans un immobilisme dommageable. Cette obligation résonne d'autant à l'heure du citoyen du monde. Le droit pénal international s'inscrit dans cette démarche et nécessite, donc, de s'adapter aux nouveautés de la criminalité internationale.

En ce sens, le principe encore fondamental aujourd'hui, de la solidarité des compétences législative et juridictionnelle se doit d'évoluer en abolissant la quasi « obsession » du juge répressif français à appliquer uniquement la loi pénale nationale. En effet, il est démontré que dans certaines hypothèses, l'application de la loi pénale étrangère serait plus adaptée pour résoudre le litige.
La « fondamentalisation » des droits auquel le droit pénal n'échappe pas, la défense de principes fondateurs du droit pénal tel que le principe de légalité des délits et des peines ou encore le principe du « *non bis in idem* », réclament, eux aussi, la restructuration du principe d'identité des compétences sans pour autant exiger la suppression de celui-ci.
En critiquant la légitimité du principe de solidarité des compétences en droit pénal, la doctrine souhaite faire évoluer le droit pénal international, qui se doit de prendre de la hauteur pour répondre aux nouvelles exigences sociétales internationales.

L'objectif de ce mémoire a donc été d'évaluer le principe d'identité des compétences ce qui a permis de confirmer son existence dans notre droit positif contemporain et de tenter de le faire évoluer suite aux critiques dont il fait l'objet aujourd'hui.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

BARTIN (E), *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899, p. 214

BATTIFOL et LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8e édition, T. I, n°245

CONTE (Ph), MAISTRE DU CHAMBON (P), *Droit pénal général*, 6e édition, Armand Colin, 2002, n° 290

CORNU (G), Association en Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF cabrige, 2010

DESPORTES (F) et F LE GUNEHEC (F), *Droit pénal général*, 15e édition, Economica, 2008, n° 374, p. 341

DONNEDIEU DE VABRES (H), *Application de la loi pénale d'un Etat aux infractions commises par des étrangers hors de son territoire*, in Mémoires de l'Académie Internationale de droit comparé, Paris, Sirey, 1935

DONNEDIEU DE VABRES (H), *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Sirey, 1992

DONNEDIEU DE VABRES (H), *Les principes modernes du droit pénal international*, LGDJ, coll. « Université Panthéon-Assas », 2004

DREYER (E), *Droit pénal général*, LexisNexis, 2e édition, 2012

HUET (A), KOERING-JOULIN (R), *Droit pénal international*, PUF, coll. « Thémis », 3ème édition, 2005

KANT (E), *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, 6ème proposition, 1784

LEROY (J), *Droit pénal général*, LGDJ, Lextenso éditions, 3e édition, 2010

LOMBOIS (C), *Droit pénal international*, Précis Dalloz, 2e édition, 1979

MERLE (R) et VITU (A), *Traité de droit criminel*, T.I, Cujas, 7e édition, 1997

MONEGER (F), *Droit international privé*, LexisNexis, 5e édition, 2009

PRADEL (J), *Droit pénal général*, 12e édition, Cujas, 1999, n°386

REBUT (D), *Droit pénal international*, Dalloz, 1ère édition, 2012

ROBERT (J-H), *Droit pénal général*, 5e édition, PUF, coll. Thémis, 2001, p. 176

STEFANI (G), LEVASSEUR (G), BOULOC (B), *Droit pénal général*, 17e édition, Dalloz, 2000, n°798

THESES

CHILSTEIN (D), *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, Thèse 2003

KOERING-JOULIN (R), *L'article 693 du code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction*, thèse dactyl., Strasbourg, 1973

THIEL (D), *Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international*, thèse, Université Paul Verlaine-Metz, 2000

ARTICLES

ANCEL (B), « La loi étrangère est une règle de droit», *Rev. cr. dr. int. priv*., 1994

ANCEL (B), « Du rôle du juge dans l'application de la loi étrangère », *Rev. cr. dr. int. priv*., 1999

COLIN (A), « Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère », *Journ. du dr. int. privé*, 1980

FOURNIER (A), « Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international », in. *Mél. Bouloc*, Dalloz 2007

FOURNIER (A), « Conflits de lois (matière pénale) », in *Rép. D. dr. int.*, 1998

FOURNIER (A), « De la compassion territoriale », *Rev. sc. crim*., 1995

FOURNIER (A), « Infractions commises à l'étranger : compétence des juridictions françaises pour une association de malfaiteurs et complexité », *Rec. D*., 1991, p. 395

FOURNIER (A), « La répression de la complicité et ses avatars en droit pénal international », *Rev. sc. crim.*, 2003

FOURNIER (A), « Les orientations nouvelles du droit pénal international à la faveur de la réforme du code pénal », *Rev. cr. dr. int. priv.*, 1998

GARRAUD (R), « L'application de la loi pénale étrangère par le juge pénal », *Rev. int. dr. pén.*, 1928, p. 328

GUILLAUME, (G), « La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles » in *Mél. Levasseur*, Paris, Litec, 1992

HEBRAUD (P), « De la corrélation entre loi applicable à un litige et le juge compétente pour en connaître », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1968, p. 205 et spéc. p. 237

LEVASSEUR (G) et DECOCQ (A), « Conflits de lois », *Rép. D. dr. int.*, 1ère édition

MASSE (M), « La compétence pénale des tribunaux français dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal », *Rev. sc. crim.*, 1995

MATSOPOULOU (H), « Compétence universelle et amnistie », *Rev. cr. dr. int. priv.*, 2003, p. 309

MAYER (P), « Le rôle du droit international public en droit international privé français », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1979, I, n°3, p. 64

MOLFESSIS (N) « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.*, 2000, p 666

LE CALVEZ (J), « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (la remis en cause du principe selon lequel le juge n'applique que sa loi nationale) », *Rev. sc. crim.*, 1980

LE CALVEZ (J), « Réflexions sur l'article 113-8-1 du Code pénal », in *Mél. B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 591

LE POITTEVIN (A), « Des crimes ou délits commis par des français à l'étranger », *JDI*, 1894, 209

LEGAL (A), « Le principe de territorialité », *Mél. Van Bemmelen*, 1965, Leiden, E.J. Brill, p. 17

LEGEAIS (R), « L'évolution des solutions françaises de conflits de lois en matière pénale », *Mél. R. Savatier*, Dalloz, 1964, p. 545

LOMBOIS (C), « De la compassion territoriale », *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 399

STERN (B), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », AFDI, 1986, p. 6

THIEL (D), « De la nécessaire réécriture de l'article 113-8-1 du code pénal », *Rev. sc. crim.*, 2009, p. 523

SITES INTERNET

http://www.echr.coe.int/echr/

http://www.penal.org/

http://www.legifrance.gouv.fr/

http://scholar.google.fr/scholar?hl=fr&q=droit+pénal+international&btnG=&lr=

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS p.3

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS p.4

INTRODUCTION p.5

PARTIE 1 LA LEGITIMITE DU PRINCIPE DE SOLIDARITE DES COMPETENCES LEGALE ET JURIDICTIONNELLE EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

SECTION 1 LES JUSTIFICATIONS TRADITIONNELLES DU PRINCIPE DE SOLIDARITE DES COMPETENCES

§ 1 La territorialité de la loi pénale p.12

A) L'affirmation du principe de la territorialité des lois pénales françaises

B) Un principe justifié par la souveraineté territoriale

§ 2 Le préalable de la compétence législative en droit pénal international p.17

A) Le découpage de la qualification en droit pénal international

B) L'appréciation par le juge du préalable législatif

§ 3 L'absence de conflit de lois en droit pénal international p.21

A) Le conflit de lois en droit international privé

B) La fixation unilatérale de la compétence pénale élusive de tout conflit de lois en droit pénal international

SECTION 2 LE NECESSAIRE MAINTIEN DE LA SOLIDARITE DES COMPETENCES EN DROIT PENAL INTERNATIONAL

§1 L'applicabilité de la loi pénale française pour la compétence réelle p.25

§2 La solidarité des compétences en cas d'universalité p.27

§3 La coïncidence des compétences maintenue dans le nouvel article 113-8-1 du Code pénal p.29

PARTIE 2 LA REMISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE SOLIDARITE DES COMPETENCES LEGISLATIVE ET JURIDICTIONNELLE

SECTION 1 LA FRAGILITE DES JUSTIFICATIONS TRADITIONNELLES

§1 L'extension abusive du principe de territorialité p.33

A) Une compassion territoriale exagérée

B) La répression de la complicité à l'étranger

§2 La réfutation nécessaire du préalable de la compétence législative p.38

A) Les failles théoriques de l'antériorité de la compétence législative

B) La remise en cause du préalable législatif en pratique

§3 Le conflit de lois en droit pénal p.45

A) L'indifférence de l'unilatéralisme dans la fixation des compétences

B) La prise en considération de la loi pénale étrangère par le juge français

SECTION 2 L'AVENIR INCERTAIN DU PRINCIPE D'IDENTITE DES COMPETENCES

§1 Les perspectives des différentes compétences p.52

A) La compétence territoriale

B) Les compétences personnelles

C) La compétence réelle

D) La compétence universelle

§2 Vers une réforme plus globale, la généralisation de la double incrimination p.58

CONCLUSION p.60

BIBLIOGRAPHIE p.61