HAL
open science

La condition de la double incrimination en droit pénal international

Mohammad Altamimi

To cite this version:

Mohammad Altamimi. La condition de la double incrimination en droit pénal international. Droit. Université de Poitiers, 2018. Français. NNT : 2018POIT3003 . tel-02010753

HAL Id: tel-02010753

https://theses.hal.science/tel-02010753

Submitted on 7 Feb 2019

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

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

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES
ÉCOLE DOCTORALE
DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT — ED 088

LA CONDITION DE LA DOUBLE INCRIMINATION EN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles
présentée et soutenue publiquement le 8 janvier 2018
par

M. Mohammad ALTAMIMI

DIRECTEUR DE RECHERCHE

M. Laurent DESESSARD
Professeur à l'Université de Poitiers

SUFFRAGANTS

Mme Delphine BRACH-THIEL (rapporteur)
Maître de conférences HDR à l'Université de Lorraine

M. Thomas HERRAN
Maître de conférences à l'Université de Bordeaux

M. Michel MASSÉ
Professeur émérite de l'Université de Poitiers

Mme Raphaële PARIZOT (rapporteur)
Professeure à l'Université Paris Nanterre

LA CONDITION DE LA DOUBLE INCRIMINATION EN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Résumé en français

La double incrimination est une condition « classique » en droit pénal international, que l'on trouve formulée dans les instruments normatifs relatifs à la coopération pénale internationale, ainsi que dans ceux consacrés aux compétences extraterritoriales.

Dans ces deux domaines la condition de la double incrimination est considérée comme remplie lorsque les faits en question sont punis par les droits internes des deux États concernés (État requérant et État requis, ou État de poursuite et État de commission).

Toutefois, l'application de cette condition n'est pas sans poser de difficultés, aussi bien sur un plan substantiel que sur un plan procédural. Des difficultés qui ont conduit les États européens à la remettre en cause, du moins pour partie ; une remise en cause totale de la double incrimination s'avérant, en l'état, impossible.

Mots-clés en français

Coopération pénale internationale – Extradition – Mandat d'arrêt européen – Entraide judiciaire en matière pénale — compétences extraterritoriales — Infractions internationales — double incrimination.

THE CONDITION OF DOUBLE CRIMINALITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Abstract

Double criminality is a "classic" condition in international criminal law, which is found in normative instruments relating to international cooperation in criminal matters, as well as those relating to extraterritorial jurisdiction.

In these two fields, the condition of double criminality is considered fulfilled when the conduct in question is punishable under the domestic law of both states (the requesting state and the requested state, or the prosecuting State and the State in which the act was committed).

Moreover, the application of this condition continues to pose difficulties, not only in substance but also in procedure. The difficulties have driven the European states to call the condition into question, at least partially; even though a total removal of the condition in its current state is impossible.

Keywords

International criminal cooperation — Extradition — European arrest warrant — Mutual assistance in criminal matters — Extraterritorial jurisdiction — International crimes — double criminality.

INTITULÉ DE SCIENCES CRIMINELLES — ÉQUIPE POITEVINE DE RECHERCHE ET D'ENCADREMENT DOCTORAL (ISC-EPRED) — E.A. 1228

Université de Poitiers
Bâtiment E9 – 43, place Charles de Gaulle
TSA 81100 – 86073 Poitiers cedex 09

Avertissement

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Dédicace

À ma mère, l'amour éternel

Remerciements

La présente thèse a été menée afin d'obtenir mon Doctorat en Droit qui a été financé par l'Université de Koweït, et ainsi apprendre de la richesse juridique française.

Pour mener à bien cette mission, j'ai eu la chance d'être entouré. Je remercie Monsieur le Professeur Laurent DESESSARD, mon Directeur de thèse, pour son investissement consciencieux dans mon travail, mais également et surtout pour sa patience. Je n'oublie pas l'Institut de sciences criminelles qui m'a encouragé dans la réalisation de cette thèse, de même que mes collègues doctorants de l'EPRED pour leur coopération.

Je remercie la France ce grand pays que je n'oublierai jamais.

SOMMAIRE

INTRODUCTION **15**
PREMIÈRE PARTIE. LE DOMAINE DE LA DOUBLE INCRIMINATION **45**
TITRE I. DOUBLE INCRIMINATION ET COOPÉRATION PÉNALE INTERNATIONALE **49**
CHAPITRE I. LA DOUBLE INCRIMINATION DANS LES INSTRUMENTS NORMATIFS DÉDIÉS À LA COOPÉRATION PÉNALE INTERNATIONALE 55
CHAPITRE II. LA DOUBLE INCRIMINATION DANS LES INSTRUMENTS NORMATIFS DÉDIÉS AUX INFRACTIONS INTERNATIONALES 125
TITRE II. DOUBLE INCRIMINATION ET COMPÉTENCES EXTRATERRITORIALES **219**
CHAPITRE I. LA DOUBLE INCRIMINATION AU SEIN DES DISPOSITIONS INTERNATIONALES SUR LES COMPÉTENCES EXTRATERRITORIALES 229
CHAPITRE II. LA DOUBLE INCRIMINATION AU SEIN DES DISPOSITIONS INTERNES SUR LES COMPÉTENCES EXTRATERRITORIALES 277
DEUXIÈME PARTIE. L'APPLICATION DE LA DOUBLE INCRIMINATION **303**
TITRE I. UNE APPLICATION PROBLÉMATIQUE DE LA DOUBLE INCRIMINATION **307**
CHAPITRE I. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UNE DOUBLE INCRIMINATION, ASPECTS SUBSTANTIELS 317
CHAPITRE II. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UNE DOUBLE INCRIMINATION, ASPECTS PROCÉDURAUX 381
TITRE II. UNE APPLICATION DE LA DOUBLE INCRIMINATION REMISE EN CAUSE **419**
CHAPITRE I. UNE REMISE EN CAUSE DE LA DOUBLE INCRIMINATION PARTIELLE MANIFESTE 427
CHAPITRE II. UNE REMISE EN CAUSE DE LA DOUBLE INCRIMINATION ABSOLUE IMPOSSIBLE 489
CONCLUSION GÉNÉRALE **525**
ANNEXE. TABLEAU : DOUBLE INCRIMINATION ET COOPÉRATION JUDICIAIRE **531**
INDEX **535**
BIBLIOGRAPHIE **541**
TABLE DES MATIÈRES **563**

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

AFDI ..... Annuaire français de droit international
Bull. crim. ..... Bulletin de la Cour de cassation, Chambre criminelle
BYU Law Rev. ..... Brigham Young University Review
CA ..... Cour d'appel
CAAS ..... Convention d'application de l'Accord Schengen
Cass. Crim. ..... Cour de cassation, Chambre criminelle
CCE ..... The continuing criminal Enterprises Act
CE ..... Conseil d'État
CEDH ..... Convention européenne des droits de l'homme
CEEJ ..... Convention européenne d'entraide judiciaire
CIJ ..... La Cour internationale de justice
CJCE ..... La Cour de justice des communautés européennes
Comm ..... Commentaire
Cour EDH ..... La Cour européenne des droits de l'homme
CPJI ..... La Cour permanente de justice internationale
CPP ..... Code de procédure pénale
D. ..... Dalloz (Recueil)
Doc. Fr ..... Documentation française
ELSJ ..... Espace de liberté, de sécurité et de la justice
Gaz. Pal. ..... Gazette du Palais
J-Cl. ..... JurisClasseur
JCP ..... Jurisclasseur périodique, Semaine juridique
JO ..... Journal officiel
JTDE ..... Journal des tribunaux - droit européen
MAE ..... Mandat d'arrêt européen
Obs ..... Observation
RCADI ..... Recueil des cours – Académie de droit international de la Haye
RDPC ..... Revue de droit pénal et de criminologie.
RDSS ..... Revue de droit sanitaire et social
Rec ..... Recueil Dalloz
Rep ..... Répertoire Dalloz
Rev. Int. Police crim. ..... Revue international de police criminelle.
Rev. crit. DIP ..... Revue critique de droit international pénal
RFDA ..... Revue français de droit administratif
RICO ..... The U.S. Racketeer influenced corrupt act
RIDC ..... Revue international de droit comparé
RIDP ..... Revue international du droit pénal
RPDP ..... Revue pénitentiaire et de droit pénal
RQDI ..... Revue québécoise de droit international
RSC ..... Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

Tex. Int'L L.j ..... Texas international law journal.
TFUE ..... Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPIR ..... Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY ..... Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TFUE ..... Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.
TUE ..... Traité sur l'Union européenne

Introduction

1. « *Dans un monde idéal, il serait possible de les abandonner, mais pour le moment, il semble plutôt opportun de les garder munies de "soupapes de sécurité"* »[1]. Par ces propos, énoncés en 1969, l'Association internationale de droit pénal évoquait la double incrimination et le principe de réciprocité à l'occasion d'un congrès consacré aux problèmes actuels de l'extradition.

Près d'un demi-siècle après, on peut se demander si cette affirmation est toujours d'actualité ou bien s'il est devenu possible d'abandonner la condition de la double incrimination en droit de l'extradition et plus largement en droit pénal international ?

2. Pour Claude LOMBOIS, le droit pénal international est « *la discipline juridique ayant pour objet les rapports du droit de punir et de la souveraineté des États* »[2]. Par cette définition, Claude LOMBOIS a bien mis en évidence toute la problématique d'une matière où les enjeux de souveraineté sont essentiels.

3. La souveraineté étatique et le droit pénal sont étroitement liés l'un à l'autre. Le droit de punir est en effet un aspect essentiel des prérogatives de l'État, qui contribue à l'effectivité de son appareil gouvernemental[3].

En droit international public, la souveraineté de l'État revêt deux aspects. Le premier — positif — est défini comme « *un ensemble de pouvoirs juridiques reconnus à un État pour lui permettre d'accomplir dans un espace déterminé les fonctions étatiques* »[4]. Le deuxième — négatif — incarne l'exclusivisme de la compétence de chaque État, c'est-à-dire la faculté d'exclure toute autre compétence étatique à l'intérieur du territoire sur lequel la souveraineté s'exerce[5].

---

1 Xe Congrès de l'Association internationale de Droit pénal, Rome 1969, *RIDP*, 1968.

2 Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 1979, n° 18, p. 15.

3 Rafaëlle MAISON, « Propos introductif s », *in L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Pedone, Paris, 2013, p. 429.

4 Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, T. III, Sirey, 1977, p. 9.

5 Ibid.

…/…

En droit pénal, la notion de la souveraineté a deux conséquences. Elle permet à chaque État de déterminer les comportements interdits et indiquer les circonstances dans lesquelles ces comportements l'affectent, on parle alors d'une norme de comportement et d'une norme de compétence[6]. Puisque l'État est souverain, il est le seul apte à de définir ses valeurs essentielles et à les protéger sur son territoire. Par ailleurs, chaque État est considéré comme le mieux placé pour soumettre les atteintes à ses valeurs à ses propres institutions, sa loi et son juge. En effet, le juge national n'applique alors que sa propre loi pénale interne, ce qui aboutit nécessairement à affirmer que les lois pénales sont territoriales.

4. En droit français, cette territorialité stricte de la loi pénale a longtemps été fondée sur l'article 3 alinéa 1 du Code civil qui prévoit que « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* ». Aujourd'hui, elle découle de l'article 113-2, alinéa 1er, indiquant que « *la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République* ». Mais cette stricte territorialité engendre un nationalisme juridique voire un certain égoïsme étatique qui implique que le droit pénal se désintéresse complètement de tous les actes illicites commis à l'étranger sans égard à la nationalité de son auteur. Cette position apparaît cependant logique au regard d'une conception extrêmement classique du droit pénal qui s'intéresse à la répression de la criminalité sur le territoire où l'autorité nationale exerce ses pouvoirs. Ainsi il recouvre une dimension exclusivement interne ; une quelconque dimension extraterritoriale n'étant envisageable dans un tel contexte de répression.

Toutefois, une politique d'isolement et de méfiance réciproque ne sert pas la finalité répressive car elle ne permet pas aux États d'assurer le respect des normes répressives qu'ils ont édictées. La délinquance ne s'arrête pas aux frontières et peut facilement s'aggraver par le simple fait d'agir depuis l'étranger, ou de se réfugier à l'étranger après

6 Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, op.cit., p. 281, n° 233..

…/…

la commission d'une infraction sur un territoire[7]. « *Le nationalisme répressif ne peut permettre un harmonieux développement de la lutte contre le délinquance* »[8].

5. À la suite de l'affaire du *Lotus*[9], ces concepts de nationalisme juridique et d'égoïsme étatique ont toutefois subi une légère atténuation et il est devenu acceptable pour un État d'édicter librement et unilatéralement ses règles de compétences même extraterritoriales, à condition de respecter les règles posées par le droit international. Mais rapidement, le développement de la criminalité a été tel qu'elle a pris une dimension internationale sans précédent, facilité par l'essor des moyens de transport et de télécommunication. C'est sans doute ce qui a poussé les États à admettre la nécessité de s'entraider juridiquement pour lutter contre cette délinquance. Ainsi est née la coopération pénale internationale. Par ces deux aspects extraterritoriaux, le droit pénal est ainsi passé d'un droit pénal strictement interne à un droit pénal à dimension internationale.

6. Le droit pénal international, en tant que branche du droit, fait l'objet de nombreuses divergences au sein de la doctrine, tant concernant sa définition que sa nature. Ces divergences sont dues aux aspects internationaux de la législation pénale nationale — les dispositions internes relatives à la coopération interétatique et aux compétences extraterritoriales — qu'il convient de faire coïncider avec les aspects pénaux de la législation internationale — les dispositions pénales des conventions ou de la coutume internationale, les incriminations visées par ces dernières étant indépendantes de leur traitement ou de l'absence de traitement par les droits internes[10]. Des divergences doctrinales qui ont conduit certains à distinguer le « droit pénal international » du « droit international pénal ».

---

7 Jacques LE CALVEZ, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (La remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa propre loi nationale) », *RSC*, 1980, p. 15.

8 Ibid., p. 399.

9 La Cour permanente de Justice international, Affaire dite du « *Lotus* » entre la France et la Turquie, arrêt n° 9, Série A n° 10, 7 septembre 1927.

10 M. Chérif BASSIOUNI, « Le Droit pénal international : son histoire, son objet, son contenu », *RIDP*, 1981, p. 43

…/…

7. Le droit international pénal peut se définir comme « *l'ensemble des règles juridiques, reconnues dans les relations internationales, qui ont pour but de protéger l'ordre juridique ou social international (la paix sociale internationale) par la répression des actes qui y portent atteinte* »[11]. Selon cette définition, le droit international pénal n'englobe alors que des normes proprement internationales et qui concernent les intérêts de la société internationale ou les grandes valeurs de l'humanité[12]. Le droit international pénal, dans son sens classique, suppose la présence d'un élément étranger et des dispositions concertées entre États[13], les États abandonnant leurs prérogatives au bénéfice des institutions internationales sans toutefois abandonner leur souveraineté[14].

Mais la notion de droit international pénal ne fait pas l'unanimité quant à son contenu : certains auteurs considèrent ainsi qu'il doit se limiter aux seules normes internationales réprimant les faits qui troublent l'ordre public international[15] ; tandis que d'autres élargissent son domaine à toutes les infractions définies par des normes internationales telles que le détournement d'aéronefs, la piraterie, la traite des êtres humains et le trafic de stupéfiants[16]. Cette multiplicité de définitions données au droit international pénal ne permet pas cependant de prendre en compte les infractions définies par une norme nationale présentant un élément d'extranéité[17], obligeant alors à rechercher une autre expression qui serait à même de les englober celle de droit pénal international.

8. En effet, le droit pénal international serait alors la matière juridique permettant d'appréhender les infractions ayant un caractère d'extranéité. Il en est ainsi pour le Professeur DONNEDIEU DE VABRES qui la définit comme « *la science qui détermine*

---

11 Stefan GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, 1970, p. 16, n° 3.

12 Robert MERLE et André VITU, *Traité de Droit criminel*, T. I, *Problèmes généraux de la science criminelle- droit pénal général,* 7e édition, Cujas, 1997, n° 287, p. 386.

13 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Le procès de Nuremberg*, édition Domat, Paris, 1947, page 63.

14 Stanislaw PLAWSKI, *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Librairie générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1972, p. 11.

15 Robert MERLE et André VITU, *Traité de Droit criminel*, op. cit., n° 287.

16 Stefan GLASSER, *Droit international pénal conventionnel*, op. cit., p. 14 et s.

17 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Puf, 3e édition, 2005, p. 3, n° 4.

…/…

la compétence des juridictions pénales de l'État vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles — lois de fond et lois de forme — par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers »[18]. Mais cette définition n'intègre aucunement la coopération pénale internationale, contrairement à celle donnée par M. TRAVERS[19].

Cette définition a cependant elle aussi été critiquée par une partie de la doctrine, notamment quant à la dénomination de « droit pénal international » et à son champ d'application qui reflète un droit international par son objet mais interne par sa nature. Alors certains auteurs ont opéré une distinction entre le « droit des infractions internationales » et le « droit pénal extra national »[20]. Mais cette distinction est loin d'être approuvée par tous, et est contrée par l'affirmation selon laquelle le droit pénal international intègre depuis longtemps des sources internationales, l'extradition étant ainsi traditionnellement régie par des conventions internationales[21].

9. Il est dès lors préférable d'opter pour une définition neutre du droit pénal international — une définition qualifiée parfois de contemporaine — selon laquelle le droit pénal international est « *la branche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international* »[22]. Ce droit pénal « international » comprend alors non seulement l'ensemble des problèmes pénaux ayant un élément d'extranéité ainsi qu'un lien de rattachement avec un ordre juridique étranger (évoquant ainsi les questions relatives à l'application de la loi pénale interne aux infractions présentant un élément d'extranéité et la coopération pénale internationale), mais également les infractions déterminées par des normes supranationales[23].

---

18 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du Droit pénal international*, Sirey, 1928, republié par Edition Panthéon-Assas, 2004, p. 3

19 Maurice TRAVERS, *Le Droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, T.I, SIREY, 1928, n° 1 et s.

20 Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, op.cit., n° 16.

21 Didier REBUT, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 2015, p. 2, n° 3.

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

23 Ibid.

…/…

10. Le droit pénal international dispose d'un caractère pénal et d'un caractère international. Puisqu'il a une finalité répressive, le droit pénal international appartient ainsi au droit pénal et se doit de respecter l'ensemble des principes fondamentaux du droit pénal sous tous ses aspects (droit pénal général, droit pénal spécial ou procédure pénale) comme notamment le principe des droits de la défense, la légalité criminelle ou les causes d'irresponsabilité criminelle[24].

Puisqu'il a une dimension internationale, le droit pénal international présente des similitudes avec le droit international privé. Mais à la différence du droit international privé, le droit pénal international se caractérise par la solidarité des compétences législative et judiciaire et donc par l'absence de conflit entre ces deux compétences[25]. Par ailleurs, le droit pénal international est encadré par le droit international public lorsqu'il a besoin pour atteindre son objectif de mettre en contact plusieurs États souverains aux fins d'entraide et de lutte contre la criminalité. Cette dernière nécessite alors de recourir au pouvoir répressif qui constitue l'une des principales façades de la souveraineté, principe qui s'impose ainsi fortement comme découlant du droit international public et du droit pénal international[26].

11. Si le droit pénal international, de part son caractère international, a logiquement une dimension géographique illimité, il n'en est pas toujours ainsi. En effet, le droit pénal international apparait géographiquement limité lorsqu'il est européen. Le droit pénal européen peut être défini comme « *l'ensemble de normes pénales (substantielles, procédurales, pénitentiaires) communes à divers État d'Europe dans le souci de mieux lutter contre la criminalité et notamment contre la criminalité transnationale organisé* »[27], étant précisé qu'il peut faire intervenir deux organisations régionales : le Conseil de l'Europe et l'Union européenne[28]. Depuis la mise en œuvre de l'espace de

---

24 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 7.

25 Michel MASSÉ, « Chronique de Droit pénal international », *RSC*, 2013, p. 449.

26 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction au Droit pénal international*, Sirey, 1922, p. 4.

27 Jean PRADEL, Geert CORSTENS et Gert VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3e édition, Dalloz, 2009, p. 3, n° 2.

28 Michel MASSÉ, Chronique de Droit pénal international, op. cit.

libre circulation prévu par les Accords de Schengen du 14 juin 1985, le droit pénal européen n'a d'ailleurs cessé de se développer, et de manière accélérée avec l'adoption des grands traités européen : le Traité sur l'Union Européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 et créant un troisième pilier qui institutionnalise tout ce qui a trait à la justice et aux affaires intérieures, ce pilier comprenant des dispositions dédiées à la coopération judiciaire en matière pénale ; le Traité d'Amsterdam de 1999 qui a renforcé la coopération pénale européenne en donnant un droit d'initiative à la Commission en ce domaine ; et le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, supprimant le troisième pilier afin de redonner une unité à l'espace de liberté, de sécurité et de justice[29].

12. Le droit pénal international, qu'il est une dimension européenne ou non, permet d'appréhender les infractions présentant un élément d'extranéité via des règles qui permettent l'application extraterritoriale de la loi pénale et d'autres la coopération pénale internationale. On peut d'ailleurs distinguer l'organisation des titres de compétence extraterritoriale de celle de la coopération pénale inter-étatique en ce que la première est fondée sur une volonté unilatérale du législateur national, tandis que la deuxième se fonde le plus souvent sur des instruments internationaux, bilatéraux et multilatéraux.

13. Toutes ces règles permettent de lutter contre des actes violant des biens et valeurs juridiques protégés de manière générale par les lois pénales, et partant de maintenir l'ordre public et social des États. En effet, les États partagent un ensemble de biens juridiques communs que chacun d'entre eux veille à protéger. Il en est ainsi notamment de la vie, de l'intégrité corporelle, de la liberté individuelle, de la santé humaine, du patrimoine, des mœurs, de la santé publique, de la famille …etc. Mais cette proximité dans les biens juridiques protégés n'aboutit pas pour autant à des lois pénales identiques. Il apparaît logique que certaines divergences existent entre ces dernières et que certaines protègent des biens juridiques spécifiques méconnus par d'autres. Dès lors, le caractère même d'acte criminel, au sens international, peut faire défaut dans les rapports entre

29 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 22.

…/…

États[30]. Or la lutte contre la criminalité comportant un quelconque élément d'extranéité exige un minimum de concordance des conceptions pénales des États.

14. Certaines dispositions de Code pénal français relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace le montrent. L'article 113-6 du Code pénal, inséré dans une section intitulée « Des infractions commises hors du territoire de la République » prévoit en effet dans son premier et deuxième alinéa que « *la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». En matière délictuelle, le pouvoir répressif des tribunaux français est ainsi subordonné à une incrimination par la loi étrangère ; cette dernière devant être prise en compte pour correspondre en droit français à « l'élément légal » de l'infraction[31].

15. En matière de coopération pénale inter-étatique, et notamment en matière d'extradition, l'incrimination par une loi étrangère est également souvent exigée, tant par le droit commun de l'extradition que par les conventions bilatérales ou multilatérale relatives à l'extradition. En droit commun, l'article 696-3 du Code de procédure pénale, qui précise les conditions d'exécution de la demande d'extradition, prévoit ainsi que « *les faits qui peuvent donner lieu à l'extradition, qu'il s'agisse de la demander ou de l'accorder, sont les suivants : 1° : Tous les faits punis de peines criminelles par la loi de l'État requérant ; 2° : Les faits punis de peines correctionnelles par la loi de l'État requérant, quand le maximum de la peine d'emprisonnement encourue, aux termes de cette loi, est égal ou supérieur à deux ans, ou, s'il s'agit d'un condamné, quand la peine prononcée par la juridiction de l'État requérant est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement. En aucun cas l'extradition n'est accordée par le gouvernement français si le fait n'est pas puni par la loi française d'une peine criminelle ou correctionnelle* ». Et cette exigence est prévue par la quasi-totalité des conventions d'extradition auxquelles la France est partie.

---

30 Curt MARKEES, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 756.

31 Alain FOURNIER, « Aperçu critique du principe de double incrimination en Droit pénal international », *in Mélange dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 333.

16. Par ces dispositions sur l'application extraterritoriale de la loi pénale et sur la coopération pénale internationale, la mise en œuvre de toute poursuite pénale ainsi que de toute demande de coopération est ainsi conditionnée à l'existence d'un langage commun sur la criminalité entre les États concernés. Ce langage commun exigé porte le nom de « double incrimination », expression qu'il convient maintenant de définir.

17. L'expression de « double incrimination » n'a pas fait l'objet de grandes divergences doctrinales quant à sa définition. Selon son champ d'application, compétence extraterritoriale ou coopération pénale internationale, la définition donnée diffère cependant légèrement.

En matière de compétence extraterritoriale des juridictions nationales, la double incrimination signifie que le délit commis à l'étranger et poursuivi en France doit être également punissable dans l'État sur le territoire duquel il a été commis[32], tandis qu'en matière de coopération pénale internationale la double incrimination se définit comme « *le fait que le comportement qui est l'objet de la coopération soit constitutif d'infraction tant dans l'État requérant que dans l'État requis* »[33]. Les deux définitions ne se distinguent que par l'intervention d'éléments purement techniques relevant de la nature du mécanisme mis en œuvre. En matière de coopération pénale internationale, chaque État joue un rôle positif dans la mise en œuvre dudit mécanisme, alors que la mise en œuvre de la compétence personnelle active n'exige pas l'intervention d'un État autre que celui exerçant sa compétence extraterritoriale.

18. Si la définition de cette condition n'a pas fait l'objet de débat juridique polémique du fait de sa clarté et de sa simplicité, ce n'est pas le cas de sa dénomination. Il convient, déjà, de noter que l'expression de double incrimination n'est pas utilisée par le législateur mais par la doctrine. Au sein de la doctrine francophone, certains auteurs utilisent plutôt l'expression de « réciprocité d'incrimination »[34]. D'autres donnent leur préférence à

---

32 Emanuel DREYER, *Droit pénal général*, 3e édition, LexisNexis, 2014, p. 1251, n° 1864.

33 Daniel FLORE, *Droit pénal européen les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, 2009, p. 413.

34 Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21e édition, Cujas, 2016, p. 181, n° 213. Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 361.

…/…

l'expression de « double incrimination », expression la plus souvent utilisée en droit pénal international[35].

Mais, au sein d'autres doctrines, l'on peut trouver d'autres expressions comme « *reciprocity of offences* » [36], « *double punishability* », « *double prosecution* », « *double penalisation* », « *dual culpability* » ou « *equivalency of offences* »[37]. Et certains auteurs n'hésitent pas à utiliser différents termes en montrant implicitement l'équivalence entre la double incrimination et la dualité d'incriminations[38].

19. Parmi toutes ces expressions, deux se détachent, car largement utilisés en droit pénal international : la réciprocité d'incrimination et la double incrimination.

Le mot « réciprocité » vient du latin « *reciprocitas* », sa définition dépend du domaine en question. En droit international public, la réciprocité est « *la situation dans laquelle un État assure à un autre État ou à ses ressortissants un traitement équivalent à celui que lui réserve ce dernier* » ou qu'« *un État pratique envers un autre État lorsqu'il bénéfice en fait, sur le territoire de cet État, du même traitement* »[39]. En droit international, la réciprocité est également l'un des plus fameux principes gouvernant les relations internationales et plus particulièrement en matière de coopération inter-étatique. L'extradition est ainsi régie par ce principe primordial qui est celui de la réciprocité. Ce principe fait obstacle à l'extradition lorsque l'État requis ne reçoit pas d'engagement formel de l'État requérant garantissant qu'il est disposé à accueillir favorablement une

---

35 Emanuel DREYER, *Droit pénal général*, op. cit. André Huet et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit., p. 230, n° 137. Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit. Delphine BRACH-THIEL, Compétence internationale, *Rép. Pén.*, Dalloz, 2012. Laurent DESESSARD, Application de la loi pénale dans l'espace- infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République, *J-Cl. Pén.*, art. 113-1 à 113-12 Fasc.20. George LEVASSEUR, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 560.

36 M.S. HARARI, R.J. MC LEAN, J.R. SILVERWOOD, « Reciprocal enforcement of criminal judgement », *RIDP*, 1974, p. 624.

37 Michal PLACHTA, « The role of double criminality in international cooperation in penal matters », disponible sur : https://tidsskrift.dk/index.php/NTfK/article/view/75993/133119.

38 Hans SCHULTZ, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1974, p. 503.

39 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11e édition, Puf, 2016.

…/…

demande d'extradition du même genre. Cela en fait d'ailleurs un principe plutôt politique que juridique[40].

En droit pénal international, l'utilisation de ce terme de réciprocité semble conduire à exiger une sorte d'incrimination commune aux deux États, le juge français étant alors chargé de vérifier la présence d'une incrimination équivalente au sein de la loi étrangère. Le Professeur LOMBOIS précisait pourtant à ce propos que « *point n'est besoin, dans les deux lois, d'une identité de termes et, pas même, d'une identité de structure de l'infraction* »[41]. En somme peu importe l'identité de la qualification ou de la sanction[42]. Nous sommes dès lors plutôt favorables à l'expression de double incrimination au moins pour des raisons de clarté, afin d'éviter toute confusion entre le principe de réciprocité en matière de coopération pénale internationale et la réciprocité d'incriminations exigée en droit pénal international.

20. L'expression « double incrimination » est, il est vrai, également utilisée en droit interne dans une toute autre perspective. Elle désigne alors « *les infractions qui présentent les mêmes éléments constitutifs, tant matériel que moral, et une qualification identique bien que définies dans des textes formellement distincts* »[43]. Mais il s'agit alors de doubles incriminations « au pluriel », d'incriminations multiples qui seraient identiques dans un seul et même droit. Ces doubles incriminations propres à un État ne sauraient être confondues avec la double incrimination exigée en droit pénal international qui suppose de se référer aux lois de deux États différents.

21. D'un point de vue historique, il est difficile de fixer avec précision l'apparition de la double incrimination, d'autant que cette condition concerne des domaines différents (compétences extraterritoriales et coopération pénale internationale).

---

40 X^e^ congrès de l'Association international de Droit pénal, Les problèmes actuels de l'extradition, *RIDP*, 1968. Plus particulièrement : Hans Schultz, Rapport général, p. 785 et s.

41 Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 1979, p. 485, n° 378 et s.

42 Wilfrid JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 2e édition, Montchrestien, 1991, n° 164.

43 Valérie MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : Les doubles incriminations », *in Le champ pénal Mélange en l'honneur de Reynald OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 155.

…/…

22. Concernant la coopération pénale internationale, et plus particulièrement l'extradition, le premier document à l'envisager est le Traité de paix de 1268 av. J.-C. entre Ramsès II, Pharaon d'Égypte et Hattussilli, Prince des Hittites. Ce document, en hiéroglyphes, figure au temple de Karnak ; il contient une clause sur l'extradition réciproque des fugitifs de ces deux pays. Ce Traité n'avait pas pour objet la lutte contre la criminalité mais visait plutôt à appréhender ceux qui commettaient des actions considérées par les souverains respectifs comme des atteintes à leurs intérêts[44]. L'extradition était alors exclusivement à finalité politique et non un instrument au service de la lutte contre une criminalité commune. Cependant, cette distinction entre la criminalité commune et politique qui est en réalité récente, n'a aucun effet sur la détermination de la double incrimination lorsqu'il y a reconnaissance mutuelle sur la prohibition de l'acte faisant ou pouvant faire l'objet de la demande d'extradition.

Plusieurs auteurs ont nié le caractère « d'extradition » à ces actes en raison de leur nature politique qui les rapprochent plus d'une reddition que d'une extradition au sens contemporain du terme [45]. Cela vaut aussi pour quelques traités datant du Moyen-Âge comme la Convention entre Philippe le Bel et Edward II. Cependant, quelques textes ont envisagé la remise des auteurs d'infractions communes et politiques[46]. La première Convention d'extradition à proprement parler est ainsi celle du 4 mars 1376 entre Charles V et le Comte de Savoy relative à la remise réciproque des malfaiteurs.

Il faut toutefois attendre le XVIIIe siècle pour trouver une première référence implicite à la double incrimination en matière d'extradition. On la trouve chez BECCARIA qui était favorable à ne pas laisser un coin sur terre où les actes demeureraient impunis, mais qui indiquait : « *Je n'oserais trancher cette question tant que des lois plus conformes aux besoins de l'humanité, des peines plus modérées, des esprits affranchis de l'arbitraire et de l'opinion n'assureront pas les droits de l'innocence opprimée et de la vertu*

---

44 M. Cherif BASSIOUNI, *Introduction au Droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 2.

45 Albert BILLOT, *Traité de l'extradition*, E. PLON, Paris, 1874, p. 35

46 Christopher L. BLAKESLEY, « The practice of extradition from antiquity to modern France and the United States : a brief history », 4 Boston College international and comparative Law Review. 39 (1981), p. 47, disponible sur : http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1575&context=iclr.

…/…

bafouée… »[47]. Ces idées ont sans doute contribué à l'intégration explicite de la double incrimination au sein du droit de l'extradition[48], tout en permettant de la légitimer[49].

23. Concernant les infractions commises à l'étranger sources de compétences extraterritoriales, on ne trouve aucune référence à la double incrimination dans les premiers Codes répressifs français. Le Code pénal de 1791 ne contenait aucune disposition dédiée aux infractions commises à l'étranger, et le Code du 3 Brumaire an IV, s'il consacre un cas de compétence personnelle active, cette compétence n'est pas subordonnée à une condition de double incrimination. L'article 11 de ce Code prévoit ainsi que : « *Tout Français qui s'est rendu coupable, hors du territoire de la République, d'un délit auquel les lois françaises infligent une peine afflictive ou infamante, est jugé et puni en France, lorsqu'il est y arrêté* »[50]. Il en est de même dans le Code d'instruction criminelle de 1808 qui prévoit en son article 7 que « *Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire de l'Empire, d'un crime contre un Français, pourra, à son retour en France, y être poursuivi et jugé s'il n'a pas été poursuivi et jugé en pays étranger, et si le Français offensé rend plainte contre lui* »[51]. Il faut de la sorte attendre

---

47 Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduction de Maurice CHEVALLIER, Flammarion, 1991, § XXXVI, p. 158.

48 Christopher L. BLAKESLEY, « The practice of extradition », op. cit., p. 50

49 Eugène BOMBOY et Henri GILBRIN, *Traité pratique de l'extradition*, Paris, L. Larose et Forcel, 1886, p. 21

50 L'article 12 de même Code prévoit ainsi que « *Sont, dans les mêmes cas, jugés et punis en France, les étrangers qui ont contrefait, altéré ou falsifié, hors du territoire de la République, soit la monnaie nationale, soit des papiers nationaux ayant cours de monnaie, ou qui ont exposé sciemment, hors du territoire de la République, soit des monnaies nationales contrefaites ou altérées, soit des papiers nationaux ayant cours de monnaie, contrefaits ou falsifiés* ». Et l'article 13 prévoit que « *À l'égard des délits de toute autre nature, les étrangers qui sont prévenus de les avoir commis hors du territoire de la République, ne peuvent être jugés ni punis en France. Mais, sur la preuve des poursuites faites contre eux dans les pays où ils les ont commis, si ces délits sont du nombre de ceux qui attentent aux personnes ou aux propriétés, et qui, d'après les lois françaises, emportent peine afflictive ou infamante, ils sont condamnés par les tribunaux correctionnels à sortir du territoire français, avec défenses d'y rentrer, jusqu'à ce qu'ils se soient justifiés devant les tribunaux compétents* ».

51 L'article 5 de Code d'instruction criminelle de 1808 prévoit que « *Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire de France, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, de contrefaction du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pourra être poursuivi, jugé et puni en France, d'après les dispositions des lois françaises* ». Alors que l'article 6 ajoute que « *Cette disposition pourra être étendue aux étrangers qui, auteurs ou*

…/…

la loi du 27 juin 1866 modifiant ces dispositions pour que soit consacré le droit de poursuivre tout Français qui se rend coupable à l'étranger d'un crime prévu par la loi française à condition que l'acte soit aussi punissable aux termes de la loi du pays sur le territoire duquel il a été commis[52].

24. Ce bref historique montre que la double incrimination peut trouver sa source aussi bien dans une convention internationale que dans une loi nationale, l'une et l'autre étant une source du droit pénal international, auxquelles il faut ajouter les principes généraux du droit international, la coutume internationale et le principe de réciprocité[53].

25. Lorsque c'est la loi qui formule la double incrimination, sa place varie. En matière de compétence pénale, la double incrimination n'est évoquée que lorsque l'infraction en question est commise hors du territoire de la République. Dès lors la double incrimination est une condition uniquement pour les infractions commises à l'étranger et donc une condition liée aux compétences extraterritoriales françaises. En revanche, dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale, objet d'un titre X dans le Code de procédure pénale, il est fait référence à cette condition pour la quasi-totalité des mécanismes de coopération pénale internationale aussi bien l'extradition que d'autres formes d'entraide judiciaire pénale.

26. En droit international, on trouve clairement cette condition dans les conventions bilatérales et multilatérales d'extradition. Dans les conventions bilatérales relatives à l'extradition, la double incrimination est présente dans la quasi-totalité des cas. Elle constitue une condition essentielle de l'extradition, de même que dans certaines conventions multilatérales comme la Convention européenne d'extradition[54] qui prévoit à l'article 2-1 que, « *donneront lieu à extradition les faits punis par les lois de la Partie requérante et de la Partie requise d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins d'un an ou d'un peine plus sévère* ».

---

complices des mêmes crimes seraient arrêtés en France, ou dont le Gouvernement obtiendrait l'extradition ».

52 Pasquale FIORE, *Traité de Droit pénal international et de l'extradition*, Paris, Durand et Pedone, 1880, p. 212.

53 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 15 et s.

54 Convention européenne d'extradition, Paris 13 décembre 1957, STE n° 24.

L'existence de la double incrimination en droit international n'est cependant pas limitée aux conventions internationales en matière de coopération internationale. Elle trouve aussi sa source dans des conventions internationales de lutte contre certains crimes et qui contiennent des dispositions consacrées à la coopération judiciaire entre États contractants applicables lorsque ces États ne sont pas liés par conventions de coopération pénale internationale[55].

27. Sur le plan doctrinal, la double incrimination a fait l'objet de plusieurs analyses ayant trait à ses fondements juridiques. Il existe ainsi une théorie selon laquelle la condition de double incrimination découlerait directement du principe de réciprocité[56]. Cette théorie repose sur un traité d'extradition entre l'Allemagne et la Belgique du XIXe siècle qui montrait avec clarté la volonté d'établir une réciprocité parfaite. Était posée l'obligation pour les négociateurs de choisir les infractions donnant lieu à extradition en choisissant des termes englobant les éléments constitutifs de chaque infraction dans les deux lois pénales. Cette théorie a cependant été critiquée à plusieurs égards. Premièrement considérer la réciprocité comme le fondement de la double incrimination suppose que l'extradition soit régie par un traité, or l'extradition fait aussi l'objet d'un traitement purement interne lequel peut ne pas faire référence à la réciprocité. Deuxièmement, faire de la réciprocité la source de la double incrimination conduit à admettre que l'abandon de celle-ci ferait tomber celle-là. Mais cela apparaît peu logique car la réciprocité est un principe de nature politique tandis que la double incrimination est de nature purement juridique.

La référence à la réciprocité en tant que fondement de la double incrimination a par ailleurs été développée par la doctrine uniquement en matière de coopération pénale internationale et plus particulièrement en matière d'extradition. Ce fondement ne trouve en revanche aucune place en matière de compétence extraterritoriale.

---

55 V. art. 23 de la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003. Art. 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000. Art. 24 de la convention sur la cybercriminalité, Budapest du 23 novembre 200, STE n° 185.

56 Arrêt du Tribunal fédéral suisse (A.T.F.), non publié, du 1er juin 1934concernant le cas *Sperber*, cité par Curt MARKEES, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, op. cit., p. 749.

Enfin, en matière d'extradition, il convient de distinguer entre celle exercée en vertu d'une convention ou d'un traité énumérant les infractions extraditionnelles et où la double incrimination n'est pas indispensable, et l'extradition pratiquée en l'absence de toute convention ou de loi interne se fondant plutôt sur le principe de réciprocité et où la double incrimination s'impose nécessairement pour garantir le même traitement à l'État requis lorsque celui-ci deviendra à son tour l'État requérant[57]. Sur ce point on notera qu'une circulaire émise par le Ministre de la justice français le 30 juillet 1872, indiquait que la réciprocité pouvait être la base de l'extradition en l'absence de toute convention ou traité entre la France et l'État requérant, et que l'extradition devait alors être appliquée selon les règles du droit international[58], ainsi que selon les pratiques internationales de l'extradition. Certains en ont déduit que la double incrimination pouvait être une condition exigée par le droit international coutumier[59].

28. En réalité, la double incrimination trouve son fondement sur des terrains plus solides et stables que celui de la réciprocité. La double incrimination est, avant tout, une question de justice[60], en lien avec l'utilisation légale et légitime de la violence par l'État au nom de sa souveraineté. Pour que cette souveraineté soit sauvegardée, l'État doit tenir ses propres conceptions juridiques, des conceptions incarnant la réflexion de la nation sur la criminalité. Ce qui renvoie au concept de l'État de droit, qui interdit d'entreprendre une action à l'encontre d'une personne innocente. L'État qui accepterait de livrer un individu pour un fait ne constituant pas une infraction dans son droit interne violerait ainsi la notion d'État de droit[61]. GRUTZNER indique d'ailleurs que la condition de la double incrimination est une conséquence du concept qui est la base d'un État fondé sur le droit[62].

---

57 M. Cherif BASSIOUNI, *International extradition: United States Law and practice*, Oceana publications Inc. Third edition, 1996, p. 389.

58 M. Cherif BASSIOUNI, op. cit., p. 7.

59 M. Cherif BASSIOUNI, op. cit., p. 394.

60 M. Cherif BASSIOUNI, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 501.

61 Dietrich OEHLER, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 399.

62 Heinrich GRUTZNER, « Staatspolitik und krimialpolitik im Auslieferungsrecht », ZSTW, vol. 68. p. 506. Cité par lui dans son rapport sur les problèmes actuels de l'extradition, *RIDP*, 1968, p. 383.

…/…

29. En matière de coopération pénale internationale, le fondement de la double incrimination se trouve également dans la finalité de cette coopération. Selon BECCARIA, « *la persuasion de ne pas trouver sur la terre aucun lieu où le crime demeure impuni, serai un moyen bien efficace de le prévenir* »[63]. Ce qui suppose l'existence d'une vision commune quant aux faits qualifiés d'infractionnel faisant naitre un intérêt commun des États à se prêter assistance pour lutter contre de tels faits. Si un fait, en revanche, n'est pas incriminé dans l'État requis, il ne relève pas de cette criminalité partagée, ce qui aboutit au refus de l'entraide pénale car l'État requis n'a pas d'intérêt à contribuer à la lutte contre un fait qui ne constitue pas une infraction selon sa loi pénale[64]. La double incrimination trouve également son fondement dans la notion d'ordre public qui interdit de mettre en œuvre les pouvoirs répressifs pour un fait qui ne constitue pas une infraction sur son territoire et au seul service d'une souveraineté étrangère où le fait est incriminé[65].

30. Dans le domaine des compétences extraterritoriales et plus spécialement celui de la compétence personnelle, les fondements de la double incrimination sont proches de ceux rencontrés en matière de coopération pénale internationale. La double incrimination montre la nécessité de l'existence d'un trouble affectant le territoire français et le territoire étranger. La compétence personnelle est alors justifiée par un souci de la réputation de la France lorsque l'un de ses ressortissants commet une infraction à l'étranger. Or en l'absence d'incrimination en droit étranger la réputation de la France n'est pas ternie[66] et il parait alors excessif d'engager une poursuite pénale contre un fait qui n'a pas troublé l'ordre public de l'État où il a été commis. À contrario, l'absence d'incrimination en droit français témoigne de la faiblesse de la menace pesant sur l'ordre public interne et justifie la mise à l'écart de la compétence française[67].

---

63 Cesare BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, op. cit., § 25. 1764.

64 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 266.

65 Ibid.

66 Alain FOURNIER, « Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international », op. cit., p. 333.

67 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 130.

…/…

31. Si tous les arguments évoqués précédemment permettant d'expliquer la double incrimination comme condition, ils paraissent toutefois insuffisants pour justifier son existence. Or, selon nous, c'est le principe de légalité qui, en définitive, fonde une telle condition, car il apparait choquant de poursuivre et de juger une personne pour une infraction qui n'existe pas là où elle a été commise[68]. Les poursuites fondées sur un fait non incriminé dans l'État de commission violent le principe de prévisibilité qui découle du principe de légalité. Et il en est ainsi tant en matière de coopération pénale internationale que de compétence extraterritoriale.

32. *Nullum crimen, nulla poena sine lege,* ce principe cardinal du droit pénal, qui veut qu'il n'y ait ni délit ni peine sans texte, est un principe consacré dans les systèmes pénaux de la quasi-totalité des pays.

La liberté individuelle est depuis toujours la base de tout comportement humain bien que cette liberté se heurte parfois à la volonté collective de vivre ensemble dans une société bien organisée sans endommager les valeurs sociales. C'est pour cela que les pouvoirs publics veillent à assurer la protection de ces valeurs par la mise en œuvre de systèmes sanctionnant toute violation des valeurs protégées par cette société. Mais il s'agit également d'une épée de Damoclès tenue au-dessus de la liberté individuelle par l'arbitraire des pouvoirs dirigeants et par les juges. La justice pénale de l'ancien régime était ainsi caractérisée par l'incertitude de ses sources et l'arbitraire de son application[69].

Or la Révolution française a montré que la solution à l'arbitraire et à la violation injustifiée des libertés individuelles se trouvait dans le rôle régulateur attribué à la loi : le principe de légalité pouvant être le rempart contre l'arbitraire du pouvoir[70]. Un rôle affirmé dès le XVIIIe siècle par les philosophes des lumières.

---

68 Emanuel DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1864.

69 Didier REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », XIVe congrès de l'association française de Droit pénal, *RPDP*, 2001, p. 249 et s.

70 Roger MERLE et André VITU, *Traité de Droit criminel*, 2e édition, 1973, p. 192.

…/…

Dans *De l'esprit des lois*, MONTESQUIEU indiquait ainsi « *les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la Loi* »[71]. Une loi essentielle pour BECCARIA, pour qui « *seules les lois peuvent fixer les peines qui correspondent aux délits, ce pouvoir ne pouvant être détenu que par le législateur qui réunit toute la société réunie par un contrat social* »[72].

33. Le principe de légalité est d'ailleurs amplement justifié. La première de ces justifications est de nature politique puisque le principe de légalité des délits et des peines est la condition fondamentale de la sécurité et de la liberté individuelle et est même considérée par certains comme la « tarte à la crème » du libéralisme[73]. La deuxième justification est de nature psychologique et pédagogique, ce principe ayant une valeur éducative et donc dissuasive : le principe de légalité joue le rôle d'une véritable institutrice morale de la nation[74].

34. Au lendemain de la Révolution française de 1789, le droit pénal français, comme le droit pénal de la plupart des autres pays, a ainsi consacré le principe de légalité des délits et des peines[75].

L'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen énonce de la sorte que « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* ».

Un principe réaffirmé ensuite dans le corps même de plusieurs Constitutions françaises, comme le montrent les articles 8 et 10 de la Constitution de 1791, l'article 4 de celle de 1793, et l'article 14 de la Constitution de l'an III. Il sera également formulé dans le Code pénal de 1810 (art.4) et le Code pénal actuel en son article 111-3 qui prévoit que : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par*

---

71 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre VI, 1748.

72 Cesare BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, chapitre III, 1764.

73 Raymond CHARLES, *Histoire du Droit pénal*, Puf, coll. Que sais-je ? 4e édition, 1976 p. 30.

74 Jean PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 113, n° 132. V. aussi Roger MERLE et André VITU, op. cit. p 192.

75 Pierre BOUZAT et Jean PINATEL, *Traité de Droit pénal et de criminologie*, Dalloz, 1970, p. 142 et s.

…/…

la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement ». Ce principe, qui a ainsi une valeur législative, a également une valeur constitutionnelle de par la référence faite dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 à la Déclaration de 1789[76].

35. Au niveau européen, ce principe est également consacré à l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales signée le 4 novembre 1950 : « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ». La formulation de ce principe dans la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (ci-après CEDH) a donné à ce principe une valeur internationale. On le trouve également au Chapitre VI de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, intitulé « *Justice* », l'article 49 répétant l'article 7 de la CEDH ce qui fait également de ce principe de légalité un principe fondamental du droit de l'Union européenne.

Le principe de légalité n'est de la sorte pas un principe exclusif de droit interne mais est élevé depuis assez longtemps par le droit international au rang de droit de l'Homme, lui garantissant la protection de la Communauté internationale[77]. Au niveau international, le principe de légalité est également consacré au sein de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (art.11-2), dont la rédaction est très proche de celle de l'article 7 de la CEDH

36. Il ressort de tout ce qui précède que le principe de légalité est un principe fondamental, à valeur internationale et partant qu'il en est peut-être de même de la double incrimination vue comme une application dudit principe.

---

76 Pour davantage d'analyses sur la constitutionnalité du principe de légalité v. Léon DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 2e édition, II, 1921, n° 948.

77 Stefan GLASER, « Le principe de la légalité en matière pénale, notamment en droit codifié et en droit coutumier », *RDPC*, 1966, p. 899 et s.

…/…

37. Ce qui soulève la question de savoir si la double incrimination constitue un principe ou une condition ? Ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont répondu à cette question. En doctrine[78] certains se réfèrent au principe de double incrimination[79], d'autres à la condition de double incrimination[80]. La quasi-totalité de ceux qui utilisent le mot « principe » le font en relation avec la coopération pénale internationale, tandis que ceux qui utilisent le mot « condition » l'emploient tant en matière de coopération pénale internationale qu'en matière de compétence extraterritoriale. Mais on constate parfois un mélange de ces deux termes par la doctrine, ou plutôt une utilisation alternative de ces deux termes pour la double incrimination, montrant implicitement que la distinction entre ces deux mots serait secondaire voire superflue[81].

Pourtant entre « principe » et « condition » une distinction fondamentale existe et elle doit être éclaircie et précisée.

38. Le mot « principe » vient du latin *principium* : ce qui sert de base à quelque chose ou ce qui vient en premier ou à l'origine[82]. En matière juridique le « principe du droit » se définit comme un ensemble de « *règles, noms ou constructions qui servent de base au droit, comme sources de sa création, application ou interprétation* »[83]. En droit, le terme

---

78 D'autre expression sont moins utilisées dans la matière comme «la règle de la double incrimination » et « le système de la double incrimination » v. Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes moderne du Droit pénal international*, Edition panthéon-Assas, 2004, p. 275.

79 Heinrich GRUTZNER, « Les problèmes actuels de l'extradition », op. cit., p. 385. Theo VOGLER, « Les problèmes actuels de l'extradition », op. cit., p. 422. Hans SCHULTZ, « Les problèmes actuels de l'extradition », op. cit., p. 796. Christopher L. BLAKESLEY, Terrorisme, drugs internationl law, and the protection of human liberty, *Transnational publishers*, 1992, p. 224.

80 M. VAN BEMMELEN, « Les problèmes actuels de l'extradition », op. cit., p. 376. Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., p. 79 et s. André HUET et Renée KOERING-JOULIN, Compétences des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française- infractions commises à l'étranger, *J-Cl. Pr. Pén.* art. 689 à 693, Fasc. 30, 2013, n° 22. Laurent DESESSARD, Application de la loi pénale dans l'espace-infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République, *J-Cl., pén.*, art. 113-1 à 113-12, Fasc.20, 2011, n° 27. Sophie BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Larcier, 2009, n° 220. Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 15e édition, Economica, 2008, n° 400. Emanuel DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1864. Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 413.

81 Curt MARKEES, « Les problèmes actuels de l'extradition », op. cit., p. 747 et s.

82 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

83 André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*, LGDJ, 1993

…/…

« principe » est en effet susceptible de recevoir plusieurs significations assez proches les unes des autres. Le « principe » peut être un principe positif, signifiant la norme explicitement formulée dans un texte de droit positif[84], ou une obligation juridique non écrite par un texte législatif[85]. La Cour Internationale de Justice fait ainsi référence aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées comme une source du droit international[86] ; les principes de droits pouvant ainsi être le fruit de coutumes surtout au niveau international.

Le fait de définir le « principe » comme toute obligation juridique écrite est par ailleurs insuffisant, car il existe d'autres règles écrites mais qui ne sont pas pour autant des principes. Le principe se caractérise donc par sa supériorité sur les autres règles juridiques avec lesquelles tous les actes juridiques doivent être en conformité, peu important si ce principe a été préalablement formulé dans un texte ou non, du moment qu'il est reconnu par la jurisprudence. Ainsi, le principe pourrait être vu comme une « *proposition admise qui, simplement, guide la conduite* »[87].

39. Au regard de ces considérations, il n'apparait guère possible de faire de la double incrimination un « principe », et ce pour plusieurs raisons. Le principe doit être applicable même s'il n'est pas formulé dans un texte législatif. Or la double incrimination, même si elle est universellement exigée en matière de coopération pénale internationale et reconnue en matière de compétences extraterritoriales, ne s'applique que si un texte contraignant l'exige (via un instrument international ou une loi interne). En matière de compétence personnelle active française, le fait d'admettre que la double incrimination serait un principe conduirait à l'appliquer même en matière criminelle. Or ce n'est pas le cas. En outre, la double incrimination est exigée parce qu'elle découle des différents principes tels que le principe de légalité, la souveraineté et les principes généraux de la justice. Elle ne l'est pas parce qu'elle est un principe en tant que tel.

---

84 Ibid.

85 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

86 Art. 38 du statut de la Cour international de justice.

87 Véronique SICHEM, « Règles et principes », *Actualité en analyse transactionnelle*, 2008/3, p. 77-79.

Enfin, le Conseil d'État a été saisi pour examiner la constitutionalité de la double incrimination et ses liens avec les principes fondamentaux du droit, et il a affirmé que si la double incrimination « *est appliquée couramment dans le droit de l'extradition [...], ladite règle ne peut cependant être regardée comme l'expression d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens où l'a entendu le Préambule de la Constitution de 1946* »[88]. Dès lors, la double incrimination ne peut être considérée comme un « principe ».

40. Quant au mot « condition », il se réfère soit à la situation d'une personne ou d'une chose, soit à « *un élément auquel est subordonnée la validité ou l'efficacité d'un acte* »[89]. Or la double incrimination caractérise cet élément aboutissant à la validité de l'extradition lorsqu'elle est exigée ou à la compétence du juge français pour poursuivre et juger l'auteur d'une infraction et lui appliquer la loi française en matière de compétence personnelle active délictuelle. Au contraire du principe, la condition doit être formulée ou énoncée explicitement par un texte pour que l'on puisse l'appliquer ou la mettre en œuvre ce qui est le cas de la double incrimination. Cette condition ne pouvant par ailleurs être coutumière, non écrite, surtout en matière de compétence extraterritoriale qui se fonde sur des règles législatives bien précises et prévues.

Par conséquent, nous sommes plus favorables à l'emploi du terme « condition » qu'à celui de « principe » pour désigner l'exigence de la double incrimination en droit pénal international.

41. Reste à se demander si cette condition est nécessaire ou toujours nécessaire. Pour apprécier la nécessité de la double incrimination dans le domaine des compétences extraterritoriales et celui de la coopération pénale internationale, plusieurs éléments doivent être prise en considération.

42. D'un côté, la condition de la double incrimination apparait comme une soupape de sécurité de la vie privée, de la propriété et de la liberté individuelle, et elle permet de

---

88 CE, Avis n° 368-282 du 26 septembre 2002.

89 Gérard CONRU, *Vocabulaire juridique*.

…/…

garantir la cohérence de la politique criminelle d'un État[90]. Une personne ne doit ainsi pas être menacée d'être poursuivie pour des actes complètement licites là où elle les a commis. Il s'agirait d'une menace non seulement pour sa liberté mais aussi pour son droit de propriété puisque les actes d'entraide judiciaire en matière pénale peuvent viser également des biens (exemple : les saisies). L'État en répondant aux demandes d'entraide judiciaire en matière pénale va utiliser sa souveraineté au profit d'un autre État. Or ce serait une perte de temps d'accomplir un acte d'entraide pour un fait qui ne constitue pas une infraction sur son territoire[91]. Les divergences de lois pénales entre les États rendent nécessaire la double incrimination, les différences de valeurs entre États apparaissant parfois profonde à l'instar de l'euthanasie, l'avortement ou la prostitution[92].

43. De l'autre, si la condition de la double incrimination est considérée somme une soupape de sécurité pour des considérations relatives à la liberté individuelle, au principe de légalité et de souveraineté, on doute que cela serve la finalité du droit pénal international. En effet, ce dernier vise à lutter efficacement contre la criminalité comprenant un élément d'extranéité. Or cet élément d'extranéité peut entraver la répression[93]. La répression d'une infraction extraterritoriale exige de facto l'intervention d'autorités autres que celles de l'État de poursuite. Dans un tel contexte, la double incrimination est nécessairement un obstacle, car dans ce cas l'État requis refusera toute demande si la condition de la double incrimination n'est pas remplie, que ce soit en matière d'extradition ou pour d'autres formes d'entraide judiciaire pénale.

---

90 Gisèle VERNIMMEN, « À propos de la reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles en général », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, édition de l'Université de Bruxelles, 2001, IEE, p. 153.

91 Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 414 et s.

92 Christopher L. BLAKESLEY, *Terrorisme, drugs, international law, and the protection of human liberty*, op. cit., p. 225.

93 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 5.

…/…

La double incrimination est d'ailleurs de plus en plus ressentie comme un obstacle disproportionné à la lutte contre la criminalité transfrontalière ou à la coopération pénale internationale[94].

44. En pratique, le maintien de la double incrimination a parfois abouti à des situations assez scandaleuses d'impunité pour des faits graves aux yeux de la Communauté internationale. En ce sens, citons l'affaire *Pinochet* dans laquelle, par une décision rendue le 24 mars 1999, la Chambre des Lords a rejeté la demande d'extradition de l'ancien dictateur pour les faits commis avant le 8 décembre 1988 (date d'entrée en vigueur au Royaume-Uni de la Convention internationale contre la torture) dès lors que la double incrimination n'était pas remplie pour les actes commis avant cette date[95]. Ainsi, malgré la reconnaissance de la gravité des faits reprochés à Pinochet, la condition de la double incrimination a constitué un obstacle à sa remise, prouvant par la même à quel point cette condition peut handicaper les procédures d'extradition et donc l'efficacité de la coopération pénale internationale. Il apparaît même scandaleux de se voir empêché de poursuivre un auteur ayant commis de tels actes pour un tel motif. Et il peut en être de même pour d'autres faits comme ceux relevant de la pédophilie qui demeure aujourd'hui impunie dans certains pays, asiatiques par exemple.

Toujours en pratique, le grand développement des moyens de communication et de transport a permis une très grande expansion de la criminalité transfrontalière. Les criminels peuvent, au même titre que tout individu, se déplacer plus facilement et étendre le champ et les conséquences de leurs actions. À cela, il faut ajouter l'importance des réseaux numériques qui renforce encore ce processus. L'on a pu ainsi constater que « *l'une des caractéristiques principales de la criminalité au XXe siècle réside dans son internationalisation* »[96].

---

94 Bernadette AUBERT, Laurent DESESSARD et Michel MASSÉ, « L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe : Droit international » *in L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe,* Collection de la faculté de Droit et des sciences de Poitiers, nouvelle série, n°4, LGDJ, 2004, p. 64.

95 Jean-Yves DE CARA, « L'affaire Pinochet devant la chambre des Lords », *AFDI*, 1999, p. 72 et s.

96 Secrétariat général, « 1946 … 1986- Interpol : quarante ans après la conférence de Bruxelles » *Rev. Int. Police crim.* 1986, p. 149.

…/…

Dans un tel contexte, l'exigence de la double incrimination va à l'encontre du développement de la coopération pénale internationale. Et l'efficacité de la lutte contre la criminalité transfrontalière et de la coopération pénale internationale semble rendre nécessaire de supprimer cette condition[97].

45. Sur le plan international, l'Europe semble la plus à même d'accepter une remise en cause de la double incrimination, pour deux grandes raisons. La première est en lien avec la libre circulation des personnes et la suppression des frontières intérieures par la Convention d'application des Accords de Schengen du 19 juin 1990. Cette libre circulation favorise sans aucun doute la circulation des criminels entre les États de l'Union européenne amenant l'Union européenne à intégrer des dispositions dédiées à la sécurité et à la coopération pénale entre États membres dans tous les traités majeurs de l'Union, comme le Traite de Maastricht de 1992, le Traité d'Amsterdam et le Traité de Lisbonne. Par cette suppression des frontières, l'Europe a pris le risque d'être un environnement criminel fertile. Pour contrer un tel risque, l'Union européenne doit mettre en œuvre une coopération pénale efficace et lever dès que possible tous les obstacles classiques de la coopération pénale inter-étatique comme la condition de double incrimination, et ce afin de donner aux citoyens un sentiment commun de justice dans toute l'Union européenne[98].

La seconde raison favorisant la remise en cause de la double incrimination au sein de l'Union européenne réside dans l'existence d'un minimum d'identité pénale entre les États membres de l'Union européenne. L'identité pénale européenne est une expression faisant référence à l'existence de points communs entre les États, favorisant des rapprochements tant en droit pénal de fond qu'en droit pénal de forme[99]. Cette identité repose sur le socle fondamental des droits de l'homme et sur les principes de l'État de droit. La Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des Droits

---

97 Anne WEYEMBERGH, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », *in vers un espace judiciaire pénal européen*, édition de l'Université de Bruxelles, 2000, IEE, p. 158 et s.

98 Communication de la commission, *Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, le 14 juillet 1998, COM(1998) 459 fin al.

99 Olivier Décima, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, 2008, p. 24, n° 24 et s.

de l'Homme, la Cour de justice et même plus récemment la Charte des Droits fondamentaux du 7 décembre 2000 participent incontestablement à l'essor de cette identité.

Néanmoins, le maintien d'États souverains « concurrents » sur le continent européen rend difficile voire utopique de parler d'identité pénale européenne stricte et complète. Des facteurs historiques, idéologiques ou même culturels rendent inconcevable une telle identité. Toutefois, cela n'empêche pas d'affirmer l'existence d'une culture juridique relativement commune depuis la création du Conseil de l'Europe et qui a été renforcée ensuite par l'intervention de l'Union européenne en matière pénale, tant par la mise en œuvre de mécanismes propres aux États européens que par l'adoption de normes pour lutter contre certains crimes.

46. L'application de la double incrimination peut ainsi constituer un obstacle à la lutte contre la délinquance internationale et justifier sa remise en cause, voire son abandon. Mais avant de déterminer s'il est possible, aujourd'hui, d'envisager un tel abandon, il convient, au préalable, de délimiter avec précision le champ d'application de la double incrimination. C'est pourquoi nous étudierons, **dans une première partie**, le domaine de la double incrimination, puis, **dans une seconde partie**, l'application de cette condition.

Première partie.

Le domaine de la double incrimination

47. La double incrimination est une condition que l'on trouve formulée dans de nombreux systèmes pénaux nationaux ainsi que dans plusieurs mécanismes de coopération pénale internationale. En tant que condition, elle va subordonner l'exercice d'un acte ou d'une procédure juridique particulière et délimiter ainsi le champ d'action des autorités compétentes, et de ce fait leur pouvoir ainsi que l'étendue des libertés individuelles.

La double incrimination permet non seulement d'encadrer le pouvoir de poursuite dans un domaine bien précis, mais également d'exclure toute violation de la liberté individuelle et du principe de légalité. Et si cette condition constitue une garantie pour les Droits de l'Homme, elle en est également une sur le plan international pour l'État requis destinataire d'une demande d'entraide judiciaire dès lors que le fait en question ne constitue pas une infraction sur son territoire.

48. Mais quel est le domaine d'application précis de cette condition en droit pénal international ?

L'analyse de l'ensemble des instruments normatifs la prévoyant montre que la double incrimination est présente à la fois dans certaines normes internationales que dans certaines normes internes ; et ce dans deux domaines : celui de la coopération pénale internationale (**Titre I**) et celui des compétences extraterritoriales (**Titre II**).

Titre I.

Double incrimination et coopération pénale internationale

49. La criminalité, en tant que phénomène social, évolue en permanence. La criminalité « classique » qui implique un seul auteur ou un simple groupe, et ce sur le territoire d'un seul État, ne constitue plus un défi majeur pour le droit pénal, bien que demeurant importante. Il en va différemment de la criminalité transnationale ou plus largement de la criminalité comportant un élément d'extranéité.

Or « *la justice pénale est quelque peu désemparée devant la montée de la criminalité transnationale* »[100], une forme de criminalité qui ne reflète pas les caractéristiques de celle des époques précédentes[101].

Certes, la criminalité transnationale en tant que telle n'est pas un concept nouveau car « *s'il est un phénomène intemporel, c'est bien celui de la circulation des brigands* »[102], de même que celui de la fuite des délinquants à l'étranger après avoir commis leur crime. Mais cette criminalité s'est développée au fil du XXe siècle au point qu'elle est devenue un réel défi pour les États. Et tout ceci a été alimenté par les grands échanges commerciaux, la multiplication des transports et la vitesse des modes de communication[103]. De ce fait, la criminalité se caractérise aujourd'hui par son internationalisation[104]. Une internationalisation qui nécessite de recourir à la coopération internationale[105].

50. Face à un tel développement de la criminalité transnationale, une réponse pénale collective et une entraide réciproque entre les États apparait en effet nécessaire, car les

---

100 Yves JEANCLOS, *Droit pénal européen. Dimension historique*, Economica, 2009, p. 538.

101 François-Xavier ROUX-DEMARE, *de l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, 2014, p. 45, n° 53.

102 Yves GAUTIER, « La coopération policière : les perspectives ouvertes par le traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 », Europe 1993, Chronique 4, p. 1.

103 Claudia GHICA-LEMARCHAND, « La commission rogatoire internationale en droit pénal », *RSC*, 2003, p33.

104 François-Xavier ROUX-DEMARE, op. cit., p. 46, n° 55 et s.

105 Guillaume DEVIN, « Vers un monde plus coopératif ? », Sciences humaines, hors-série (Les essentiels), n° 1 mars-avril-mai, 2017, p. 14.

…/…

actions isolées s'avèrent insuffisantes pour lutter contre cette criminalité, « *l'inefficacité du droit national* [devenant] *pratiquement inévitable* »[106].

51. Pour lutter contre cette criminalité, la coopération internationale en matière pénale apparait d'autant plus nécessaire que la communauté internationale est composée d'États souverains égaux. Elle se doit de ne pas interférer dans les affaires internes de chaque État. Ce qui aboutit à admette qu'un État A n'a pas le droit d'engager des actes de poursuite ou d'investigation sur le territoire d'un État B, conformément à ce qu'a affirmé la Cour permanente de Justice dans l'affaire du *Lotus*, « *la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure […] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État* »[107].

52. La finalité du droit pénal international est la lutte contre la criminalité transnationale ou toute criminalité comportant un élément d'extranéité. Il s'agit d'une finalité commune à tous les États et qui exige de mettre en œuvre une assistance étatique réciproque servant les intérêts communs de ces États, « *en montrant aux criminels que la séparation territoriale des États ne leur donne pas l'assurance de demeurer impunis* »[108].

Mais, pour ce faire, encore faut-il que les faits commis justifient une telle assistance. Ce qui pose la question de la double incrimination de ces faits et de la place qu'occupe cette condition dans le domaine de la coopération pénale internationale.

Pour la déterminer, il convient de rechercher si cette condition est formulée dans les instruments normatifs dédiés à la coopération pénale internationale (**Chapitre I**), mais pas uniquement. En droit pénal international, les instruments normatifs dédiés à des infractions – comme, par exemple, le terrorisme, le trafic de stupéfiants ou la criminalité organisée – formulent toujours des dispositions permettant aux États de coopérer. Et il convient donc de vérifier également si la condition de la double incrimination est présente ou non au sein des dispositions sur la coopération pénale

---

106 Mireille DELMAS-MARTY, « L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale », Rapport général introductif au XIe congrès de la société international de défense sociale, *RSC*, 1987, p. 511 et s.

107 Cour permanente de justice internationale, affaire *Lotus*, 7 septembre 1927.

108 Didier REBUT, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 2015, p. 134, n° 217.

internationale de ces instruments normatifs dédiés à des infractions internationales (**Chapitre II**).

Chapitre I.

La double incrimination dans les instruments normatifs dédiés à la coopération pénale internationale

53. Durant des siècles l'extradition était l'instrument majeur de la coopération inter-étatique pour lutter contre la criminalité internationale et assurer la protection ainsi que la stabilité de la société, par la remise des individus recherchés ou condamnés aux pays requérants. Les instruments de la coopération internationale n'ont cependant cessé de se développer au fil du temps favorisant l'évolution de l'extradition mais aussi la création de nouveaux instruments en matière pénale, tels que les commissions rogatoires, la transmission de la poursuite pénale, ou encore l'exécution des jugements étrangers en cas d'inapplicabilité de l'extradition.

54. Les instruments de coopération pénale internationale sont nombreux et font l'objet aussi bien de dispositions internationales que nationales. La question de la double incrimination se pose dans l'ensemble de ces sources de la coopération internationale, que ce soit au sein des normes consacrées à l'extradition et aux procédures équivalentes (**Section I**), qu'au sein des normes dédiées aux autres formes de coopération pénale internationale (**Section II**).

Section I.

La double incrimination dans les normes consacrées à l'extradition et aux procédures équivalentes

55. L'extradition était définie par Maurice TRAVERS comme « *l'acte par lequel un individu, condamné répressivement ou poursuivi à fins pénales dans un État, est, en exécution d'une demande, remis à cet État par un gouvernement étranger, sur le territoire duquel il a pu être trouvé, ladite remise consentie en connaissance de cause, pour assurer*

conformément au but exprimé dans la demande, le cours de la justice répressive du pays requérant »[109]. Mais on peut la définir plus simplement, comme « *la procédure par laquelle un État souverain, l'État requis, accepte de livrer un individu se trouvant sur son territoire à un autre État, l'État requérant, pour permettre à ce dernier de juger l'individu dont il s'agit ou, s'il a déjà été jugé et condamné, de lui faire exécuter sa peine* »[110].

56. L'extradition apparait en premier lieu comme un acte souverain tant pour l'État requérant en vertu de son droit de poursuite qui réclame le protagoniste en vue d'exercer sa justice répressive, que pour l'État requis qui exerce son droit de souveraineté en livrant un individu à l'État requérant[111]. L'extradition est également considérée comme un acte à finalité répressive eu égard au lien apparaissant entre elle et le but de poursuivre ou de faire exécuter une condamnation prononcée à l'étranger : un acte de lutte contre une criminalité commune. Elle est par ailleurs à la fois un acte judiciaire, car c'est conformément aux lois françaises qu'il revient aux magistrats d'en examiner la demande, et un acte administratif, car son exécution donne lieu à décret, donnant dès lors le droit au Conseil d'État de contrôler la décision d'extradition en vertu de sa mission de contrôle de conformité de l'activité gouvernementale aux lois et aux conventions internationales[112]. De plus, l'extradition est l'une des mesures les plus contraignantes qui soient mises à la disposition d'un État à l'encontre d'un individu[113].

57. L'extradition est par ailleurs gouvernée par différents principes, essentiels en droit pénal international, et tout particulièrement ceux de la réciprocité et de la double

---

109 Maurice TRAVERS, *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, Tome IV, 1921, n° 1947, p. 302.

110 Roger MERLE et André VITU, Traité de droit criminel, 7e, Cujas, 1997, p. 426. Le Professeur BASSIOUNI définit l'extradition comme *« a system consisting of several processes whereby one sovereign surrenders to another sovereign a person sought as an accused criminal or a fugitive offender* ». M. Cherif BASSIOUNI, *International extradition United States Law and practice*, Third Edition, Oceana Publications Inc., 1996, p. 1.

111 Maurice TRAVERS, op. cit. p. 308

112 Didier REBUT, Extradition, *Rép. Internat.*, Dalloz, 2009, n° 10.

113 Dietrich OEHLER, « les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 398

…/…

incrimination[114]. Ces derniers pourraient être abandonnés dans un monde idéal, mais pour l'heure sont à conserver en guise de soupapes de sécurité[115].

58. La réciprocité en droit international public est un phénomène accentué, dans la société internationale contemporaine, par l'accroissement non négligeable de l'interdépendance entre les États, incitant dès lors tous les États à appliquer le droit international dans leurs relations, chacun ayant conscience que le respect de ses droits est subordonné au respect par lui des droits des autres États[116]. Autrement dit la réciprocité revient au principe du « donnant donnant »[117]. Et bien qu'elle constitue une condition essentielle de l'extradition, elle « *n'en est nullement la base logique et nécessaire* »[118].

59. Or cette question de la réciprocité est en lien direct avec celle de la double incrimination. On ne parle effectivement pas de réciprocité lorsque l'un des deux États peut demander l'extradition pour un fait déterminé tandis que l'autre ne possède pas cette faculté en raison de la non-incrimination de ce fait par la loi de l'État requis[119]. Malgré ce lien il est important de ne pas considérer l'une comme une condition corrélative de l'autre, car il n'est pas dans l'intérêt de l'État que son territoire devienne le refuge de malfaiteurs ayant commis des infractions graves en raison d'une quelconque non-réciprocité. Cela causerait du tort à la société en ce qu'elle doit être protégée des malfaiteurs et augmenterait la criminalité interne, le tout au nom du respect de la réciprocité. L'abandon de la réciprocité en tant que condition de l'extradition ne signifie pas pour autant l'abandon pur et simple de la double incrimination[120].

---

114 D'autres principes sont également essentiels comme le principe de non-extradition des nationaux et l'exonération des infractions politiques et militaires.

115 Jacob-M. VAN BEMMELEN, « les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 375.

116 Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 12e édition, Dalloz, 2014, p. 444, n° 416.

117 Henri J. FERAUD, « les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 543.

118 Maurice TRAVERS, *L'entraide répressive internationale*, SIREY, 1928, p. 29.

119 Heinrich GRUTZNER, « les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 383.

120 Ibid.

…/…

60. Partant de l'extradition comme un facteur de lutte contre la criminalité, elle en devient un instrument de droit pénal international à part entière afin de protéger les nations concernées des diverses atteintes à leurs valeurs ou leur stabilité. Dès lors les États ont tout intérêt à s'accorder. Malgré tout il est possible que l'État requis ne s'associe pas à la répression des faits faisant l'objet de l'extradition, ne les considérant pas comme des actes délictuels[121]. Cet intérêt ne doit cependant pas pousser à accorder l'extradition, car au fil du développement du droit international et de l'extradition au cours du XVIIIe siècle, la double incrimination a commencé à s'imposer dans les traités d'extradition. Citons par exemple le Traité de Jay entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni en 1794, et le Traité d'Amiens de 1802 entre la France, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et l'Espagne, jamais entré en vigueur mais traitant de la double incrimination de manière claire. En effet, l'article XX de ce Traité prévoit que l'extradition « des personnes accusées des crimes de meurtre, de falsification ou banqueroute frauduleuse, commis dans la juridiction de la partie requérante, pourvu que cela ne soit fait que lorsque l'évidence du crime sera si bien constatée, que les lois du lieu où l'on découvrira la personne ainsi accusée, auraient autorisé sa détention et sa traduction devant la justice, au cas que le crime y eût été commis »[122].

Malgré l'évaluation de l'extradition en droit international, on ne peut qu'observer que la double incrimination est bien installée en tant que l'une des conditions de fond auxquelles l'extradition peut ou doit être subordonnée, aux côtés de la réciprocité et des questions relatives aux nationaux[123].

61. On distingue trois phases dans la conceptualisation de l'extradition : la première est la phase contractuelle au cours de laquelle deux États s'engagent à se livrer mutuellement les délinquants, la deuxième est la phase législative au cours de laquelle l'État construit un régime juridique encadrant l'extradition en droit interne, la troisième est la phase universelle au cours de laquelle l'extradition est soumise à un régime, une loi, ou un

---

121 Didier REBUT, op. cit. n° .7.

122 Jean-Marc THOUVENIN, « L'extradition », *in Droit international pénal*, 2e édition, Pedone, 2012 p. 1109

123 Maurice TRAVERS, *Le droit pénal international*, op. cit. n° 1991, p. 386 et s.

…/…

instrument unifié par tous les États[124]. Cette analyse fut critiquée par la doctrine car elle reste limitée au contexte de son époque, surtout après l'adoption de la Loi du 10 mars 1927 considérée comme un progrès en la matière. En effet, elle mit fin à une longue phase contractuelle de l'extradition pour amener logiquement l'extradition vers une phase universelle soumise à une loi unifiée de l'extradition. Mais l'histoire contemporaine a démenti cette analyse en prouvant que les États ont continué de conclure des conventions bilatérales ou plus, des conventions géographiquement limitées en matière d'extradition[125]. La double incrimination n'a pourtant pas été supprimée à l'instar du principe de réciprocité, car elle reste une condition liée à l'ordre public de l'État requis. Citons à ce propos le rapport de M. Vallier au Sénat **:** « *si, lit-on dans ce rapport, l'acte imputé est considéré comme un fait licite ou insignifiant, il est inadmissible qu'il puisse donner lieu à extradition car ce serait en quelque sorte, contraire à l'ordre public de cet État* »[126].

62. Puisque la double incrimination est une condition *sine qua non* de l'extradition, conçue comme une procédure de livraison d'un individu par un État à un autre État, il convient alors de faire une distinction entre l'extradition proprement dite et d'autres procédures assimilées. Elle se distingue de la procédure de « remise » à la Cour pénale internationale qui est définie comme « *le fait pour un État de livrer une personne à la Cour en application du statut* »[127], et de la procédure de « transfert » d'une personne aux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, qui consiste en la remise d'une personne par un État à l'un des tribunaux pénaux internationaux (art. 29-2 du Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie ; art. 28-1 du Statut du Tribunal pénal pour Rwanda ; art. 15-2 du Tribunal spécial pour Liban). Il convient également de distinguer l'extradition en tant qu'instrument classique de la coopération internationale en matière pénale, du mandat

---

124 Henri DONNEDIEU DE VABRES, « Le régime nouveau de l'extradition d'après la loi de 10 mars 1927 », *Revue de droit international privé*, 1927, p. 169 et s.

125 Didier REBUT, op. cit. n° . 14.

126 Rapport Vallier, 4 mars 1926, Doc. Parlementaires, Sénat 1926, annexe 114, p. 160. Cité in Maurice TRAVERS, *L'entraide répressive international*, op. cit. p. 55.

127 Art. 102 du Statut de la Cour Pénale Internationale du 17 juillet 1998, disponible sur www.icc-cpi.int.

…/…

d'arrêt européen. En effet, ce dernier diffère de l'extradition par la suppression de la procédure formelle d'extradition entre les États membres et en donnant un caractère purement judiciaire à son exécution en particulier avec l'exonération de toute dimension politique ou toute application de la réciprocité dans son exécution[128]. Le mandat d'arrêt européen se caractérise également par la simplification des procédures applicables, la possibilité de remettre les nationaux et la suppression partielle du contrôle de la double incrimination[129].

En matière d'extradition et de procédure équivalentes, deux types de normes doivent — enfin — être appréhendées : les normes internationales qui régissent l'extradition ou les procédures équivalentes entre deux ou plusieurs États (§ 1), et les normes internes des États qui permettent de compléter les normes internationales en ce domaine ou les remplacer (§ 2).

§ 1. Les normes internationales et européennes consacrés à l'extradition et aux procédures équivalentes

63. La paix a toujours été le premier but du droit international, car elle est la clef de toute organisation positive entre les États. Ainsi l'Organisation des Nations-Unies veille depuis sa naissance à assurer cette paix entre les nations en renforçant leurs relations, notamment par la mise en œuvre de mesures collectives efficaces afin d'écarter toute menace à la paix. Il est possible de le constater dans le premier article de la Charte qui précise bien que l'un des buts des Nations-Unies est de maintenir la paix et la sécurité internationale et de réaliser une coopération internationale en résolvant les problèmes d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire[130]. Même si les disparités entre les nations sont assez nombreuses, ces différences n'entament en rien la volonté des États de vivre

128 Myriam BENLOLO-CARABOT, « Le mandat d'arrêt européen », *in Droit international pénal*, op. cit. p. 1128 et s.

129 Sophie BOT, *Le Mandat d'arrêt Européen*, Larcier, 2009, n° 162, p. 130.

130 Art. premier de la Charte des Nations Unies, disponible sur : http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-i/index.html

…/…

ensemble et partager des valeurs communes telles que certaines conceptions morales, le sentiment général de justice et l'aspiration générale à la paix[131].

Dans cette perspective, la communauté internationale doit d'abord lutter contre la criminalité, surtout celle d'une particulière gravité aux yeux de toutes les nations. Cette lutte contre la criminalité ne peut se concrétiser sans la participation solide des États dans l'évaluation de la criminalité interne et internationale. En effet la lutte contre certains types de criminalité grave exige la mise en œuvre d'une coopération efficace via des instruments internationaux dédiés à l'extradition ou à des procédures équivalentes.

64. Sur ce point, il apparait cependant nécessaire de délimiter clairement le droit international et le droit européen. Bien que le droit international vise et englobe aussi le droit des pays européens, ceux-ci participant activement à la création et au fonctionnement du droit international, l'existence d'organisations institutionnelles européennes majeures comme le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne, ont rapproché les États européens les uns des autres en particulier au niveau juridique. Cette distinction géographique entre le droit international et le droit européen apparait utile pour analyser la place désignée à la double incrimination au sein des conventions internationales (A), puis dans les instruments européens consacrés à l'extradition ou aux procédures équivalentes (B).

A. Les conventions internationales en matière d'extradition

65. Les conditions de l'extradition peuvent être regroupées en deux catégories : les conditions de fond et les conditions de forme. La double incrimination constitue une condition de fond omniprésente dans les conventions internationales dédiées à l'extradition. On peut même affirmer que la double incrimination est la première condition de l'extradition au sein des conventions internationales. On peut le constater tout particulièrement dans les conventions bilatérales d'extradition auxquelles la France est partie[132].

---

131 Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, 8e édition, LGDJ, 2009, p. 48. V. Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, 1927, republié par édition Panthéon Assas, 1999, p. 43.

132 La France est liée par une quarantaine de traités d'extradition conclus avec les Etats suivantes : Algérie ; Australie ; Bénin ; Brésil ; Burkina Faso ; Cameroun ; Canada ; Centrafrique ; Congo Brazzaville ; La Republique de Corée ; Côte d'Ivoire ; Cuba ; Djibouti ; République Dominicaine ; Égypte ; Équateur ;

…/…

66. Les conventions bilatérales n'écartent pas l'exigence de la double incrimination dans leur texte car il est difficilement imaginable que l'État requis accepte d'extrader un individu pour un comportement que son système juridique ne pénalise pas[133]. Cependant la question de la double incrimination dans les textes conventionnels ne se limite pas aux faits constitutifs de l'infraction pouvant donner lieu à extradition mais englobe plusieurs autres aspects liés d'une manière ou d'une autre à l'infraction. L'extradition accessoire, les modifications de qualification ou requalifications, le transit, ou encore la prescription, sont ainsi autant de questions liées à la double incrimination et pour lesquelles on trouve des dispositions dans les conventions d'extradition. En somme, il convient de distinguer ici deux séries de dispositions en lien avec la condition de la double incrimination : les dispositions principales indiquant les faits pouvant donner lieu à extradition (1), et les dispositions secondaires qui peuvent avoir des répercussions sur cette condition (2).

1. Les dispositions principales

67. Le premier point abordé dans toutes les conventions d'extradition est celui des infractions donnant lieu à extradition -si nous ne comptons pas la réciprocité qui n'est qu'une possibilité pouvant être stipulée en préambule et qui ne crée pas d'obligation pour l'État requis. On peut noter qu'aucune convention n'utilise expressément l'expression « double incrimination » qui est pourtant une condition dans toutes les conventions déterminant les infractions donnant lieu à l'extradition.

Tant que l'extradition est une procédure coercitive et un acte limitant la liberté individuelle et que la double incrimination se présente comme corollaire de la légalité[134], il était important que les États contractants précisent explicitement ce qui entre dans le champ de l'extradition. Ainsi, les conventions veillent à clarifier les infractions y donnant lieu.

États-Unis ; Gabon ; Inde ; Iran ; Jordanie ; Laos ; Liberia ; Madagascar ; Mali ; Maroc ; Mauritanie ; Mexique ; Monaco ; Niger ; Nouvelle Zélande ; Paraguay ; Pérou ; Saint-Marin ; Sénégal ; Tchad ; Togo ; Tunisie ; Uruguay ; Venezuela.

133 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 3e édition, Puf, 2005, p. 402, n° 243.

134 Vicente Marotta RANGEL, « les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 482.

68. Sur les infractions pouvant donner lieu à extradition, on peut distinguer deux types de conventions. Le premier type correspond à celles adoptées avant la Seconde Guerre mondiale qui suivent la méthode « *liste d'infractions* » et qui consiste à énumérer une liste d'infractions pour lesquelles l'extradition sera accordée. Cette énumération est réputée limitative et rend toute extradition impossible pour des faits non énumérés dans la Convention elle-même, sauf traité ultérieur ou déclaration de réciprocité[135]. Dans ce type de conventions, les infractions sont mentionnées par la qualification accordée par les États contractants, ce qui pose un problème si l'acte faisant l'objet de la demande d'extradition ne correspond pas à la qualification donnée par l'État requérant et/ou l'État requis, débouchant ainsi sur une coopération internationale inachevée[136]. Prenons l'exemple de la Convention d'extradition avec Saint-Marin signée le 30 avril 1926[137], et de la Convention d'extradition avec Cuba du 3 janvier 1925[138], qui suivent le modèle « liste » en énumérant les infractions concernées. L'article 2 de chacune de ces conventions prévoit ainsi que « *les crimes et les délits à raison desquels l'extradition sera accordée sont les suivants…* » pour ensuite formuler une liste exhaustive des infractions donnant lieu à extradition. Ces infractions seront ainsi traitées en tant qu'infractions extradables et rempliront dès lors la condition de double incrimination. La liste de la Convention de Saint-Marin contient trente-sept infractions tandis que celle de Cuba en contient vingt-et-une. Les infractions mentionnées présentent un degré assez élevé de gravité pour amener les États contractants à en faire des infractions extraditionnelles. Il s'agit d'infractions variées telles que l'assassinat, le meurtre, l'avortement, le viol, la bigamie, l'attentat aux mœurs, l'escroquerie, l'abus de confiance, le faux témoignage et la fabrication de fausse monnaie.

Le modèle « liste d'infractions » a été fortement favorisé par l'Institut de droit international d'Oxford qui a indiqué que « *l'extradition, étant toujours une mesure grave,*

---

135 Maurice TRAVERS, *Le droit pénal international*, op. cit. p. 312.

136 Delphine BRACH-THIEL, Extradition, *Rép. Pén.*, Dalloz, 2012, n° 65.

137 JO, 10 avril 1929, modifiée par la Convention du 25 mai 1967.

138 JO, 11 juin 1929.

…/…

ne doit s'appliquer qu'aux infractions de quelques importances, et que les traités doivent [donc] les énumérer avec précision »[139]. Et malgré les critiques autour du modèle « liste d'infractions » cela n'empêche pas de constater qu'elle incarne une technique de précision législative assurant une visibilité formelle et une simplicité linguistique[140].

69. La double incrimination dans le modèle « liste d'infractions » des conventions précitées se manifeste non seulement par une énumération des infractions concernées, mais également par un seuil minimum de peine, ce qui est énoncé à la fin de l'article 2 de ces conventions prévoyant que « *l'extradition ne pourra pas dans tous les cas avoir lieu : 1 : pour les condamnés contradictoirement ou par défaut que lorsque la peine prononcée sera au moins de deux mois d'emprisonnement*[141]*, 2 : pour les prévenus que lorsque le maximum de la peine applicable au fait incriminé sera d'après la législation des deux pays d'au moins deux ans d'emprisonnement* ». Ainsi, la double incrimination dans les conventions modèle « liste d'infractions » ne se limite pas aux qualifications des actes commis mais va au-delà par la mention de la peine encourue ou prononcée en cas de condamnation ; tout cela étant justifié par la nature lourde et coûteuse de l'extradition qui doit se limiter aux infractions d'une certaine gravité du point de vue des deux États en question.

70. Après la Seconde Guerre mondiale et la constatation des lacunes et insuffisance du modèle « liste d'infractions », les États se sont tournés vers une nouvelle méthode conventionnelle pour mettre en œuvre le principe de double incrimination ; reposant sur la règle de la gravité des faits et de la peine.

71. Il est difficile de faire le distinguo entre la gravité des faits et la gravité de la peine en matière d'extradition et de double incrimination, car les deux notions sont intimement liées. En effet la gravité de la peine dépend de la gravité des faits et inversement[142]. La

---

139 Cité par Marc AUPECLE, *L'extradition et la loi du 10 mars 1927*, Thèse de Doctorat, droit, Dijon, 1927.

140 Hajer ROUIDI, *Les listes d'*infra*ctions, Étude en droit pénal français, italien et international*, Thèse de doctorat, Poitiers, 2014, p. 49 et s.

141 Un an d'emprisonnement dans la Convention d'extradition avec Cuba.

142 Eileen SERVIDIO-DELABRE, Extradition, *J-Cl. Dr. Internat.*, Fasc. 405, 2007, n° 68.

…/…

double incrimination dans les conventions bilatérales récentes entre la France et les autre États s'apprécie, d'une part, géographiquement, de par le lieu de commission du fait incriminé ou par les États concernés par la demande d'extradition, et, d'autre part, quantitativement de par la peine minimale donnant lieu à l'extradition[143]. Les conventions récentes d'extradition énoncent ainsi dès leurs premiers articles que « *donnant lieu à l'extradition les infractions punies, selon la loi des deux États, d'une peine privative de liberté d'un maximum qui ne peut être inférieur à…* »[144]. Les conventions ont substitué la peine minimale à l'énumération des infractions ou à la liste d'infractions, faisant varier ces conventions sur le seul point du seuil de la peine minimale encourue, lequel dans la plupart des conventions est supérieur ou égal à deux ans (un an dans quelques conventions comme la Convention d'extradition avec l'Iran de 1964 et la Convention d'extradition avec l'Algérie de 1964), et de la peine minimale prononcée dont la durée varie entre 2 mois[145], 3 mois[146], 4 mois[147], 6 mois[148], 9 moins[149] ou un an[150].

72. Au regard de ces conventions, les infractions donnant lieu à l'extradition sont donc celles punies par les lois des deux États sans autre précision quant à leur qualification juridique, mais pour lesquelles sont prévues un seuil minimum de peine ainsi que la nature infractionnelle de l'acte commis. Cependant cette méthode n'a pas été suivie dans toutes les conventions d'extradition signées entre la France et les autres États, notamment dans les cas où le fait donnant lieu à l'extradition doit être qualifié de crime ou de délit dans

---

143 Delphine BRACH-THIEL, Extradition, op. cit. n° 66.

144 V. art. 2 de la Convention d'extradition avec l'Uruguay signée le 5 nov. 1995, l'article 2 de la Convention d'extradition avec l'Inde signée le 24 janvier 2003, l'article 2 de la Convention d'extradition avec le Paraguay signée le 16 mars 1997 et l'article 2 de la Convention d'extradition avec La République Dominicaine signée le 7 mars 2000.

145 La Convention d'extradition avec l'Algérie signée le 27 août 1964 et la Convention d'extradition avec Saint-Marin.

146 La Convention d'extradition avec l'Iran signée le 24 juin 1964.

147 La Convention d'extradition avec Djibouti.

148 La Convention d'extradition avec le Corée du Sud signée le 6 juin 2006, la Convention d'extradition avec le Canada signée le 17 novembre 1988, la Convention d'extradition avec le Paraguay, la Convention d'extradition avec l'Uruguay et la Convention d'extradition avec Les Etats-Unis signée le 23 avril 1996.

149 La Convention d'extradition avec l'Inde.

150 Les Conventions d'extradition avec Cuba, Équateur et Gabon.

…/…

l'État requérant et l'État requis. Citons l'article 2 de la Convention d'extradition avec le Canada qui prévoit que « *l'extradition est accordée pour le ou les faits, qui aux termes des législations des deux États, constituent des crimes ou des délits punis d'une peine privative de liberté…* »[151]. Préciser ainsi le type d'infraction exclut du champ de l'extradition les contraventions qui feraient l'objet d'une demande d'extradition, quand bien même la condition de la peine minimale serait remplie. En outre, il est clair que le fait doit constituer un crime ou un délit aux termes des législations des deux États, ce qui signifie que c'est une condition mutuelle nécessitant un minimum de qualification dans les deux États et non uniquement dans l'un d'entre eux.

73. On notera par ailleurs que la tentative, la complicité et l'association de malfaiteurs sont présents dans certaines conventions d'extradition.

Les anciennes conventions d'extradition, suivant le modèle « liste d'infractions », se retrouvaient obligées de citer, par exemple, la tentative, en l'absence d'appréciation juridique reposant sur le seuil minimal du fait, comme le montre l'article 2 de la Convention d'extradition avec Cuba : « *Sont comprises dans les qualifications précédentes la complicité, la tentative et le recel lorsqu'ils sont prévues et punis par les législations des deux pays* »[152]. Mais la mention de la tentative et de la complicité n'est pas réservée aux anciennes conventions d'extradition. Comme le montre les conventions plus récentes telle la Convention d'extradition avec les États-Unis de 1996 qui prévoit en son paragraphe 2-2 : « *Donnant également lieu à extradition les faits constitutifs d'une tentative ou d'une complicité d'infractions ou d'une participation à une association de malfaiteurs, telles que prévues au paragraphe 1er du présent article* ». Les autres conventions récentes d'extradition n'énoncent pas la tentative ou la complicité en tant que fait distinct donnant lieu à extradition en se limitant à la règle générale du seuil

151 V. l'article 2 de la Convention d'extradition avec Djibouti, l'article 3 de la Convention d'extradition avec l'Iran, l'article 13 de la Convention d'extradition avec l'Algérie et l'article 46 de la Convention d'extradition avec le Gabon du 23 juillet 1963.

152 V. art. 2 de la Convention d'extradition avec Saint-Marin et art. 2 de la Convention d'extradition avec l'Équateur.

…/…

minimal des deux pays lorsqu'ils entrent dans le champ des faits punis dans les deux États et que la condition de la peine minimale est remplie[153].

74. Cette mutation des conventions d'extradition conclues entre la France et les autres États sur la formulation de la double incrimination paraît dynamique, passant du modèle « liste d'infractions » au modèle basé sur la peine minimale et la gravité des faits. Elle a permis de surmonter les obstacles découlant du modèle « liste d'infractions » en évitant les divergences de qualifications entre les États requérant et requis[154]. Dès lors elle sert le but de l'extradition et de la coopération internationale visant à lutter aussi efficacement que possible contre la criminalité interne et internationale et à protéger l'ordre public et la stabilité des États.

Cette évolution des conventions est également et lien avec la problématique de l'interprétation de la condition de la double incrimination.

75. L'obstacle que rencontre l'extradition au sein des conventions les plus anciennes, et ayant adopté le modèle « liste d'infractions » est le souci de correspondance des qualifications entre la législation de l'État requérant et celle de l'État requis. Selon le modèle « liste d'infractions » l'État requérant se retrouve bloqué lorsque la demande d'extradition formulée par l'État requis comporte une qualification qui n'est pas mentionnée dans la liste d'infractions extraditionnelles. Ce peut être par exemple le cas d'une extradition demandée pour un vol — infraction figurant dans la liste d'infractions — et qui, selon l'appréciation de l'État requis apparaîtrait sous la qualification d'escroquerie et ne figurerait alors pas dans la liste d'infractions. Deux types d'interprétation sont alors possible, soit *in abstracto* ou *in concreto*. L'appréciation *in abstracto* de la double incrimination implique seulement de vérifier que les faits couverts par la qualification contenue dans la décision étrangère correspondant bien à une qualification prévue dans le droit de l'État requis, quand bien même cette qualification ne serait pas la même que

---

153 Jean PRADEL et Geert CORSTENS et Gert VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3e édition, Dalloz 2009, p. 110, n° 115.

154 Donnedieu de VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Sirey, 1928, republié par Edition Panthéon-Assas, 2004, p. 270.

…/…

celle retenue par l'État requérant, alors que l'appréciation *in concreto* requiert non seulement que le fait constitue une infraction dans l'État d'exécution mais également que l'auteur y serait punissable[155]. Les lacunes sont fréquentes du fait des divergences d'interprétation surgissant, et ce malgré des terminologies parfois similaires, car les notions qu'elles recouvrent ne le sont, elles, pas toujours[156]. L'appréciation *in concreto* ne se limite pas aux définitions des conditions d'infraction ou à leur dénomination formelle. Elle implique d'autres critères tels que la justification (ex. : la légitime défense), ou les excuses (ex. : la démence) ou les motifs d'extinction de l'infraction tels que l'abandon de la tentative[157].

76. Les conventions d'extradition évoquent rarement leur technique d'interprétation, mais cela arrive parfois, comme le montre la Convention d'extradition avec les États-Unis d'Amérique qui prévoit à l'article 2-3 : « *Au fin du présent article, une infraction donne lieu à extradition : a) que les législations des deux États contractants classent ou non l'infraction dans la même catégorie ou la décrivent ou non dans ses termes identiques* ». De même l'article 2-3 de la Convention d'extradition avec la Corée du sud qui est davantage explicatif en prévoyant que : « *Aux fins du présent article, pour déterminer si une infraction est punie par les lois des deux parties, il n'est pas tenu compte de ce que : a) les lois des parties classent ou non les actes ou omission constituant l'infraction dans la même catégorie d'infraction ou désignent l'infraction dans des termes identiques ; b) les éléments constitutifs de l'infraction sont ou non les mêmes dans les lois des parties, étant entendu que la totalité des actes ou omissions, telle que présentée par la partie requérant, sera prise en considération* ». Ces conventions ont imposé une interprétation *in abstracto* de la double incrimination en éliminant toute autre interprétation par l'État

155 Daniel FLORE, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaire pénales dans l'Union européenne*, Edition de l'Université de Bruxelles, IEE, 2011, p. 69

156 Roger MERLE et André VITU, op. cit. p. 438.

157 Comité européen pour les problèmes criminels, Solutions à envisager pour limiter l'exigence de la double incrimination : de la double incrimination à la double interdiction, 4 juillet 2005, PC-TJ (2005) 6.

V. Maurice TRAVERS, *Le droit pénal international*, Tome IV, 1921, p. 661 et s., *L'entraide répressive internationale*, op. cit. p. 63. V. Georges LEVASSEUR, « les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 563.

requis ou les autorités compétentes en la matière. Cette stipulation favorise bien sûr une meilleure coopération internationale et incite à une condition de double incrimination plus souple. Toutefois notre point de vue diverge quelque peu ; en effet nous pensons que lorsque les conventions se fondent sur le fait lui-même, l'État requis devrait se référer à ce fait pour apprécier la double incrimination et non à la dénomination ou la qualification donnée par l'État requérant. Éventuellement, cette stipulation pourrait être justifiée lorsque les États-Unis sont concernés de par la variété et la complexité de leurs systèmes pénaux étatiques causant parfois des chevauchements terminologiques et juridiques entre ledit système pénal et la législation de l'État requis.

77. Ainsi la stipulation d'un certain type d'interprétation peut être justifiée par la particularité de certains systèmes pénaux comprenant des infractions spécifiques à l'instar de certains crimes organisés qui pourraient trouver leurs équivalents au sein des droits étrangers [158]. Pour reprendre l'exemple des États-Unis, il en est ainsi de deux crimes dont leurs éléments constitutifs sont complexes ou le résultat d'une combinaison d'infractions spéciales comme « *The United States Racketeer Influenced Corrupt Organisation* Act » (RICO) et le « *Continuing* criminal *enterprise*s » (CCE). Auparavant l'extradition demandée par les États-Unis pour ces crimes était refusée en raison de l'absence de double incrimination[159]. La demande d'extradition fondée sur les crimes RICO ou CCE pouvait en effet être refusée si l'État requis se référait à l'interprétation terminologique. Le fait que les crimes RICO et CCE soient le résultat de plusieurs crimes distincts aux États-Unis ne signifie pas que chacun d'entre eux soit déjà incriminé par l'État requis ; c'est en cela que la double incrimination peut être un empêchement à l'extradition lorsque l'État requis ne reconnaît pas les crimes constituant le RICO ou CCE ou l'un de ses composants. Dès lors on peut considérer que pour lesdites infractions complexes, l'État requis doit se référer à l'interprétation *in abstracto*[160].

---

158 Richard A. MARTIN, « Dual criminality in organized crime cases », *RIDP*, 1991, p. 175

159 Gregory B. RICHARDSON, « Double criminality and complex crimes », *RIDP*, 1991, p. 79.

160 Ibid.

…/…

78. Le problème soulevé concernant la double incrimination et les infractions complexes est que lorsque l'État requis va accorder l'extradition pour des infractions constituant un crime RICO tel que la *conspiracy* ou le meurtre, il obligera l'État requérant à respecter le principe de spécialité au moment du jugement de la personne faisant l'objet de la demande d'extradition, en se limitant aux infractions accordées par l'État requis[161]. Car l'extradition dans ce cas sera accordée sur le fondement de chaque infraction constituant le crime complexe et non celui-ci.

79. Les méthodes d'interprétation de la double incrimination ne sont pas habituellement précisées dans les conventions bilatérales d'extradition car ces dernières se réfèrent à la politique criminelle de l'État requis et à l'orientation juridique des autorités compétentes. Les États ayant une politique criminelle coopérative tendent à opérer une interprétation plus vaste afin d'accorder l'extradition dès que possible, alors que les États ayant une politique criminelle plus protectrice tendent davantage à une interprétation plus stricte afin d'assurer une protection accrue des Droits de l'Homme et de leur souveraineté nationale.

2. Les dispositions secondaires

80. Dans les conventions d'extradition, d'autres dispositions doivent d'être prise en compte compte tenue de leurs implications sur la condition de la double incrimination. Il en est ainsi de dispositions sur la compétence de l'État requis, en lien avec ce que l'on appelle parfois l'utilisation spéciale de la double incrimination (1), sur l'extradition accessoire (2), sur le principe de spécialité (3), sur la prescription et l'amnistie (4) et enfin sur le transit (5).

---

161 M. Cherif BASSIOUNI, International extradition: United States Law and practice, third Edition, Oceana Publication Inc. 1996, p. 425. Dans l'affaire de *Sudar v. United States* le Canada a accordé l'extradition aux Etats-Unis pour le crime de RICO malgré que pareil crime n'existe pas dans la loi pénale canadienne. Sudar a été accusé de « *Racketeering and conspiracy to racketeer* » impliquant des commerces locaux et internationaux basé sur des actes de meurtre, menace de meurtre, incendie volontaire et extorsion. Il a évoqué le manque de double incrimination car le crime de racket et la conspiration de racket n'existe pas dans la loi canadienne. La cour a estimé que les infractions établissant le crime RICO (conspiracy, meurtre, menace de meurtre, incendie volontaire et extorsion) sont des infractions reconnues dans la loi canadienne et que la double incrimination était remplie.

a. Les dispositions sur la compétence : L'utilisation spéciale de la double incrimination

81. Si nous avons présenté la double incrimination en tant que condition de fond de l'extradition en la considérant comme le fait générateur de l'extradition, cela n'est cependant qu'un de ses aspects. Elle revêt également un caractère juridictionnel sans lien avec le fait donnant lieu à l'extradition. Il est fondé sur la reconnaissance mutuelle de la compétence juridictionnelle entre l'État requérant et l'État requis qualifiée souvent « utilisation spéciale de la double incrimination »[162].

82. L'utilisation spéciale de la double incrimination implique non seulement que le fait faisant l'objet de l'extradition soit incriminé et puni par les deux États, mais aussi que la compétence juridictionnelle de l'État requérant soit reconnue et admise par l'État requis[163]. Selon cette théorie, si l'État requis ne reconnaît pas la compétence judiciaire motivant la demande d'extradition, l'extradition sera refusée, et cela même si l'infraction donnant lieu à l'extradition est une infraction pouvant donner lieu à extradition[164].

En ce sens, on peut citer plusieurs conventions bilatérales d'extradition signées par la France. L'article 10 de la Convention d'extradition avec l'Uruguay prévoit par exemple que « *l'extradition peut être refusée : 1. si l'infraction a été commise hors du territoire de l'État requérant par un étranger à cet État et que la législation de l'État requis n'autorise pas la poursuite de la même infraction commise hors de son territoire par un étranger* »[165]. Selon cet article, l'extradition peut être refusée lorsque l'État requis ne reconnaît pas un certain chef de compétence. L'article précité expose les éléments de cette compétence en visant uniquement les infractions commises hors du territoire de l'État requérant, ce qui exclut dès lors la compétence territoriale et nous ramène aux trois autres

---

162 Une appellation utilisée surtout par la doctrine anglo-saxonne.

163 Christopher L. BLAKESLEY, *Terrorism, drugs international law and the protection of human liberty*, Transnational Publishers Inc. 1992, p. 234. V. Didier REBUT, Extradition, op. cit., n° 72.

164 Jonathan O. HAFEN, « International extradition: Issues arising under the dual criminality requirement », 1992 *BYU Law. Rev*. 191 (1992).

165 V. art. 14-e de la Convention d'extradition avec l'Algérie, art. 7-1 de la Convention d'extradition avec Djibouti, art. 7-2 la Convention d'extradition avec la République Dominicaine.

…/…

chefs de compétences que sont la compétence personnelle, la compétence réelle et la compétence universelle. Il faut également, toujours selon cet article, que l'infraction ait été commise à l'étranger par un étranger à l'État requérant, ce qui exclut la compétence personnelle active applicable lors d'infractions commises à l'étranger par les nationaux de l'État requérant. Il convient toutefois de rappeler que ces conventions font de l'absence de « l'utilisation spéciale » un motif facultatif de refus d'extradition lorsque d'autres conventions en font un motif obligatoire[166].

83. Une telle stipulation n'est par ailleurs pas identique dans toutes les conventions d'extradition signées par la France. En effet nous pouvons constater différentes rédactions parmi lesquelles, par exemple, celle de la Convention d'extradition avec la Corée du Sud qui prévoit en son article 5 que : « *L'extradition peut être refusée en vertu de la présente convention dans l'un ou l'autre des cas suivants : [...] b) si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée a été commise hors du territoire de la partie requérante et que la législation de la partie requise ne prévoit pas de règles de compétence pour une telle infraction commise dans des circonstances comparables hors de son territoire* »[167]. Il s'avère que dans cet article l'utilisation spéciale de la double incrimination est plus vaste que dans la convention citée précédemment, dans le but sans doute d'englober toutes les infractions commises hors du territoire de l'État requérant, sans préciser la nationalité de l'auteur, ce qui conduit à englober tous les chefs de compétences extraterritoriales.

84. La célèbre affaire dite « *Abou Daoud* » illustre la question de l'utilisation spéciale de la double incrimination. Abou Daoud est un protagoniste de nationalité irakienne qui fut suspecté d'avoir participé à une prise d'otage à Munich le 5 septembre 1972 lors des Jeux Olympiques, attentats ayant causé la mort de plusieurs ressortissants israéliens et d'un policier allemand. Les autorités israéliennes ont présenté une demande d'extradition à la France le 10 janvier 1977 en apprenant qu'il était entré sur le territoire français sous le

166 Art. 7-1 de la Convention d'extradition avec l'Iran, art. 49-d de la Convention d'extradition avec le Gabon

167 V. art. 7-2 de la Convention de l'extradition avec la République de l'Inde. art. 7-1 de la Convention de l'extradition avec le Paraguay.

…/…

nom de Youssef ben Hanna Raji, et ce en vertu de la Convention d'extradition conclue entre la France et l'État israélien et entrée en vigueur le 12 novembre 1971[168].

85. Du cas d'espèce il convient de retenir que :

— Le lieu de la commission était sur un territoire étranger à l'État requis et ainsi qu'à l'État requérant (*Allemagne*).

— L'infraction a eu lieu le 5 septembre 1972.

— L'auteur n'était ni un citoyen de l'État requérant (*Israël*) ni de l'État requis (*la France*).

— Les victimes de l'infraction étaient pour la plupart de nationalité israélienne.

— L'infraction faisant l'objet de la demande d'extradition était une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu de la Convention d'extradition entre la France et l'État d'Israël de 1971.

— Le Code pénal israélien contient depuis le 28 mars 1972 une disposition concernant la compétence personnelle passive[169].

— Le droit pénal français n'a reconnu la compétence personnelle passive qu'à partir de la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 portant modification de certaines dispositions et intégrant à cette occasion la compétence personnelle passive[170].

86. De ces données juridiques et factuelles nous pouvons déduire que l'incrimination dans cette affaire s'est construite sur trois dimensions essentielles : la définition de l'infraction, le moment de l'infraction et le lieu de l'infraction. La première de ces dimensions consiste en la qualification des faits qui se trouve dans les dispositions légales de chaque système

---

168 S.Z. FELLER, « La double incrimination dans le droit extraditionnel à propos de l'affaire Abou-Daoud (un point de vue différent) », *RSC*, 1979, p. 798.

169 S.Z. FELLER, op. cit. p. 800.

170 J.O.F.R. du 13 juillet 1975, p. 7219, l'art. 12 de la loi se lit ainsi :

Art. 12. Il est inséré entre les articles 689 et 690 du Code de procédure pénale un article 689-1 ainsi rédigé : « Art. 689-1. – *Tout étranger qui, hors du territoire de la République, s'est rendu coupable d'un crime, soit comme auteur, soit comme complice, peut être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois françaises, lorsque la victime de ce crime est de nationalité française* ».

…/…

juridique, la deuxième concerne l'application de la loi pénale dans le temps, la troisième et dernière concerne son application dans l'espace[171].

Dans cette affaire l'infraction faisant l'objet de la demande d'extradition, à savoir le meurtre, était incriminé selon les législations des deux États. Mais l'utilisation spéciale de la double incrimination concernant la reconnaissance mutuelle du chef de compétence motivant l'extradition soulevait la question de la rétroactivité de la loi pénale. En effet, au moment de la commission des faits (pour rappel en 1972), la France ne reconnaissait pas dans ses lois pénales ce type de chef de compétence. Or, la demande d'extradition a été présentée en 1977, soit environ cinq ans après la commission de l'infraction et un an et demi après l'insertion de la compétence personnelle passive en droit pénal français.

87. La cour d'appel de Paris a rendu son arrêt le 11 janvier 1977 en rejetant la demande d'extradition présentée par Israël en : « *Considérant que l'article 3 de la Loi du 10 mars 1927 précise que l'extradition ne peut être accordée que si l'infraction a été commise : — soit sur le territoire de l'État requérant par un sujet de cet État ou par un étranger — soit en dehors de son territoire par un sujet de cet État — soit en dehors de son territoire par un sujet étranger à cet État quand l'infraction est au nombre de celles dont la loi française autorise la poursuite en France alors même qu'elles ont été commises par un étranger à l'étranger* »[172]. La Cour a précisé les chefs de compétence dans lesquels l'extradition pouvait être accordée, ils sont : la compétence territoriale, la compétence personnelle active ainsi que d'autres chefs de compétence extraterritoriale à condition que la loi française autorise la poursuite dans des circonstances similaires.

88. Après constatation de la nationalité irakienne de l'auteur et eu égard au moment de la commission des faits (1972), la Cour a ajouté que « *Considérant que, si la loi du 11 juillet 1975 donne compétence aux tribunaux français pour juger tout étranger coupable à l'étranger lorsque la victime de ce crime est de nationalité français, ce texte ne peut permettre l'application en l'espèce du dernier alinéa de l'article 3 susvisé de la loi du 10 mars 1927, bien que la plupart des victimes des faits exposés soient de nationalité*

171 S.Z. FELLER, op. cit. p. 804.

172 Cour d'Appel de Paris, Arrêt du 11 janvier 1977, Affaire Abou Daoud, *AFDI,* 1976, p. 936.

israélienne ; qu'en effet la loi du 11 juillet 1975 ne saurait avoir un effet rétroactif et s'appliquer à des faits commis en Septembre 1972 puisque ses dispositions aggravent la situation de l'étranger objet de la présent procédure […]». La Cour a donc admis l'incrimination des faits (cf. la dimension de la définition de l'infraction) et le lieu de l'infraction mais pas au regard du moment de la commission de l'infraction.

89. L'utilisation spéciale de la double incrimination est donc applicable de manière plus vaste lorsque le traité d'extradition est muet et que le droit commun de l'extradition la prévoit, ce qui était le cas dans l'affaire de *Abou Daoud*. Or la Convention d'extradition entre la France et Israël en vigueur dans ce cas ne contenait pas cette stipulation de double incrimination. Ce fut la critique apportée à l'encontre de cet arrêt par la doctrine israélienne[173]. En réalité, c'est la Loi du 10 mars 1927 sur l'extradition qui contenait cette disposition ; loi qui revêtait un caractère subsidiaire puisque vouée à s'appliquer soit en l'absence d'un traité d'extradition, soit en présence d'un traité silencieux sur certains points, ce qui était effectivement le cas dans ladite affaire.

b. Les dispositions sur l'extradition accessoire

90. L'extradition accessoire est la capacité de poursuivre la personne réclamée pour des faits qui, à eux seuls, ne justifient pas une extradition à titre principal. En effet, l'extradition accessoire intervient lorsqu'une demande d'extradition vise plusieurs infractions distinctes punies par les deux États mais dont certaines ne remplissent pas toutes les conditions prévues afin de constituer une infraction donnant lieu à l'extradition.

Par exemple, l'article 2 de la Convention d'extradition avec le Canada prévoit au paragraphe 2 que « *si la demande d'extradition vise plusieurs faits distincts punis chacun par les lois des deux États, mais [que] certains ne remplissent pas les conditions prévues par le paragraphe 1 du présent article, l'État requis pourra également accorder l'extradition pour ces faits* »[174]. L'extradition accessoire pourrait alors être accordée

173 S. Z. FELLER, op. cit. p. 802.

174 V. art. 2-5 de la Convention d'extradition avec la Corée du Sud, art. 3 de la Convention d'extradition avec le Paraguay, art. 2-3 de la Convention d'extradition avec la République Dominicaine, art. 3 de la Convention d'extradition avec Djibouti, art. 3 de la Convention d'extradition avec l'Uruguay et l'art. 2-5 de la Convention d'extradition avec les Etats-Unis.

même en l'absence de double incrimination, à condition que les autres faits faisant l'objet de la demande d'extradition soient punis selon les lois des deux États. La question qui se pose est de préciser ce que l'on entend par l'absence de double incrimination qui autorise l'extradition accessoire sous condition que les autres faits sont punis ? Nous pouvons ainsi constater que l'absence de double incrimination peut être partielle. Autrement dit, nous n'admettons pas l'extradition accessoire pour un ou plusieurs faits qui ne sont pas incriminés par l'État requis. Il convient toutefois de l'interpréter comme une absence partielle de double incrimination qui touche le seuil minimal de la peine ; cas dans lequel l'État requis peut accorder l'extradition pour un ou plusieurs faits punis par un seuil moins sévère que celui prévu dans les conventions d'extradition, et donnant lieu à extradition.

91. Notre point de vue sur l'interprétation de l'extradition accessoire et sa relation avec la double incrimination trouve un de ses fondements en l'article 2-4 de la Convention d'extradition avec la République de l'Inde qui prévoit : « *Si la demande d'extradition vise plusieurs faits distincts punis chacun par la loi des deux États contractants d'une peine d'emprisonnement, mais dont certains ne remplissent pas la condition relative au taux de la peine, l'État requis à la faculté d'accorder également l'extradition pour ces derniers* ».

92. L'extradition accessoire a pour but de simplifier la procédure en ce qui concerne toutes les infractions reprochées à la personne en cause, ce qui est également dans l'intérêt de cette personne dans la mesure où elle pourra ainsi être jugée au cours d'une seule et même procédure, le tout sans craindre d'être à nouveau poursuivi après l'écoulement du délai de protection dont il jouit en vertu des dispositions relatives à la spécialité[175]. Les avis au sujet de l'extradition accessoire ne sont pas tous identiques s'agissant de l'absence partielle de double incrimination (*cf.* le taux de la peine) car certains auteurs voient en elle un moyen d'extradition pour une infraction qui d'après la loi de l'État requis n'est pas punie[176].

175 Heinrich GRUTZNER, op. cit. p. 384.

176 Ibid.

c. Les dispositions sur le principe de spécialité

93. L'extradition est soumise à plusieurs conditions et principes, dont la double incrimination qui en est une condition préliminaire. Il existe également des conditions et des principes qui régissent les effets de l'extradition ainsi que sa phase exécutoire comme le principe de spécialité de l'extradition.

94. Le principe de spécialité veut que la personne extradée soit poursuivie ou punie par l'État requérant uniquement pour les infractions pour lesquelles l'extradition a été accordée[177]. Dès lors, selon ce principe, l'État requérant est limité aux faits faisant l'objet de la demande d'extradition et pour lesquels l'État requis a accordé l'extradition. Cependant, ces limites n'interdisent pas à l'État requérant et ses tribunaux répressifs de requalifier l'infraction, ou de retenir des circonstances aggravantes, ou bien des faits justificatifs non visées par l'acte d'extradition[178].

En cas de requalification, il est donc possible que la condition de la double incrimination ne soit plus remplie.

Les conventions bilatérales d'extradition signées par la France veillent en général à stipuler le principe de spécialité et à traiter la question de la requalification de manière assez détaillée afin de faire respecter la double incrimination en cas de requalification.

95. Pour comprendre la place qu'occupe la double incrimination ainsi que le principe de spécialité il convient tout d'abord de distinguer les deux aspects que revêt ce principe. Le premier concerne la poursuite et le jugement pour une ou des infractions antérieures à la remise de la personne, tandis que le deuxième aspect concerne quant à lui la requalification de l'infraction faisant l'objet de la demande d'extradition.

96. Pour ce qui est de ce premier aspect, les conventions bilatérales d'extradition précisent régulièrement que la poursuite et/ou le jugement pour une ou des infractions antérieures à la remise et non examinée(s) ou accordée(s) par l'État requis, ne sont permis qu'à

---

177 Eileen SERVIDIO-DELABRE, op. cit. p. 76.

178 Roger MERLE et André VITU, op. cit. p. 463.

condition que l'État requis y consente et, bien sûr, que ces infractions soient de nature à donner lieu à l'extradition.

Tel est le cas de l'article 13-1 de la Convention d'extradition avec la République Dominicaine qui est rédigé comme suit : « *La personne qui aura été extradée ne sera ni poursuivie, ni jugée, ni détenue en vue de l'exécution d'une peine, ni soumise à toute autre restriction de sa liberté individuelle, pour une infraction pénale antérieure à la remise autre que celle ayant motivé l'extradition. Sauf dans les cas suivants : a) lorsque l'État qui l'a livrée y consent. Ce consentement ne peut être accordé que lorsque l'infraction pour laquelle elle est demandée est de nature à donner lieu à extradition aux termes de la présente convention* »[179]. En vertu de cet article, tant que la Convention d'extradition exige la double incrimination, la poursuite, le jugement et la détention par l'État requérant pour des infractions antérieures à la remise de la personne extradée doivent répondre à la même condition, et les nouvelles infractions doivent être susceptibles d'extradition, au niveau de l'incrimination et au niveau de la peine. Cependant il existe des conventions bilatérales dans lesquelles l'exigence indirecte de double incrimination n'existe pas, tel étant le cas de l'article 15-1 de la Convention d'extradition avec la Corée du Sud et de l'article 19 de la Convention d'extradition avec les États-Unis.

97. Comme nous l'avons précisé ci-dessus, le deuxième aspect du principe de spécialité lié à la double incrimination concerne quant à lui la requalification des faits motivant l'extradition. L'article 18-3 de la Convention d'extradition avec le Canada en est une bonne illustration : « *Lorsque la qualification légale d'une infraction pour laquelle une personne a été extradée est modifiée, cette personne ne sera poursuivie ou jugée que si l'infraction nouvelle qualifiée : a) peut donner lieu à extradition en vertu de la présente convention, b) vise les mêmes faits que l'infraction pour laquelle l'extradition a été*

179 V. art. 14-1 de la Convention d'extradition avec le Paraguay, art. 17-1 de la Convention d'extradition avec Djibouti, art. 16 de la Convention d'extradition avec de l'Inde et art. 18-1 de la Convention d'extradition avec le Canada.

…/…

accordée »[180]. On peut observer que la requalification de l'infraction motivant l'extradition est ici conditionnée par le fait que la nouvelle qualification doit pouvoir donner lieu à extradition, ce qui signifie que cette requalification est également conditionnée par la double incrimination.

98. Sur ce point, la Convention d'extradition avec l'Algérie de 1964 présente une rédaction différente du principe de spécialité en prévoyant en son article 25 : « *Lorsque la qualification donnée aux faits incriminés est modifiée au cours de la procédure, l'individu extradé n'est poursuivi ou jugé que dans la mesure où les éléments constitutifs de l'infraction nouvellement qualifiée permettent l'extradition* ». Malgré les apparences, la double incrimination y est aussi exigée, même si cet article ne stipule pas, à l'instar des autres conventions, que la requalification doit viser les mêmes faits que l'infraction pour laquelle l'extradition a été accordée.

Ainsi, dans le cas de la requalification de l'infraction ou de la poursuite et du jugement de l'extradé pour des infractions antérieures autres que celles motivant l'extradition, la double incrimination est toujours exigée et l'État requérant est obligé de respecter les engagements internationaux qu'il aura pris en signant une convention d'extradition.

d. Les dispositions sur la prescription et l'amnistie

99. Il convient de ne pas oublier que le but de l'extradition est la lutte contre la criminalité soit par la mise en œuvre de l'action publique par l'État requérant (autrement dit les poursuites judiciaires), soit par l'exécution du jugement rendu par l'État requérant. Or les poursuites ou l'exécution d'une peine se trouvent au cœur de procédures pénales qui dépendent par essence de différents principes fondamentaux dont la prescription qui constitue l'irrecevabilité à agir pour l'intitulé d'un droit s'il est resté trop longtemps inactif[181].

---

180 V. art. 16-3 de la Convention d'extradition avec l'Inde, art. 14-2 de la Convention d'extradition avec le Paraguay, art. 17-3 de la Convention d'extradition avec Djibouti et art. 13-2 de la Convention d'extradition avec la République Dominicaine.

181 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 16e édition, Cujas, 2011, n° 235, p. 191.

100. Dans leurs demandes d'extradition les États contractants abordent régulièrement le délai de prescription tant celui des poursuites que de la peine si elle a été prononcée par l'un des deux États. La prise en compte de la prescription par l'État requis est justifiée, selon une partie de la doctrine, en raison de son rattachement à l'ordre public. Certains auteurs considèrent effectivement que l'État requis peut estimer qu'il est contraire à son ordre public de contribuer à une répression prescrite. Le fait prescrit ne relève plus de la criminalité commune, dont la lutte constitue le fondement de l'extradition ; la double répression s'ajoute alors à la double incrimination[182]. Mais une autre partie de la doctrine a exprimé son désaccord, considérant que la prescription dans l'État requis ne relève pas de l'ordre public et que la prise en compte de la prescription par les deux États en question ne fait que compliquer les procédures d'extradition, en particulier lorsqu'il y a conflit de lois sur la prescription, sans compter les divergences possibles sur les causes de suspension et d'interruption[183].

Sur cette question, on peut citer, à titre d'exemple, l'article 8 de la Convention d'extradition avec l'Uruguay qui prévoit que « *l'extradition n'est pas accordée lorsque l'action publique ou la peine sont prescrites conformément à la législation de l'un ou l'autre des États* »[184]. Cet article est explicite sur le fait que la prescription est un motif obligatoire de refus d'extradition mais ne précise pas le moment de l'acquisition de cette prescription. Dans un tel cas, il convient de se référer aux dispositions et solutions des traités d'extradition, ainsi qu'aux dispositions consacrées à cet effet dans le Code de procédure pénale. L'article 696-4 du Code de procédure pénale prévoit « *L'extradition n'est pas accordée : 5) lorsque d'après la loi de l'État requérant ou la loi française, la prescription de l'action s'est trouvée acquise antérieurement à la demande d'arrestation, ou la prescription de la peine antérieurement à l'arrestation de la personne réclamée et d'une façon générale toutes les fois que l'action publique de l'État requérant est éteinte* ».

---

182 Didier REBUT, Extradition, op. cit. n° 116, p.

183 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, op. cit. p. 275.

184 V. art. 4-6 de la Convention d'extradition avec Djibouti, art. 5-6 de la Convention d'extradition avec le Paraguay, art. 6-2 de la Convention d'extradition avec de l'Inde, art. 6 de la Convention d'extradition avec la République Dominicaine.

…/…

D'autres conventions, en revanche, précisent le moment de l'acquisition de la prescription sur lequel l'État requis doit se fonder, à savoir le moment de la réception de la demande par l'État requis[185].

101. La prescription en tant que motif de refus de l'extradition n'apparaît pas toujours de manière identique dans toutes les conventions d'extradition, et ce pour de bonnes raisons. Nous pouvons citer par exemple l'article 4-5 de la Convention d'extradition avec le Canada ainsi que l'article 9-1 de la Convention d'extradition avec les États-Unis qui ont fait de la prescription un motif obligatoire lorsqu'elle est acquise en vertu des lois de l'État requis. Cette limitation se justifie par le fait que ces pays n'ont pas connaissance des mécanismes de prescription, ce qui fait de la question de la prescription une question exclusivement française[186].

102. Outre la prescription, la question de l'amnistie se pose également. En effet, l'amnistie accordée par l'État requérant doit impérativement entraîner un refus d'extradition du fait du terme mis aux poursuites pour les faits incriminés et conduisant *de facto* à admettre l'absence de double incrimination. Cependant force est de constater que l'amnistie n'est pas une notion fréquente dans les conventions d'extradition signées par la France. Seules quelques conventions en font état, l'érigeant en motif obligatoire de refus si elle a été acquise dans l'État requérant. Lorsqu'il s'agit de l'État requis elle revêt également ce caractère obligatoire à condition que l'infraction fasse bien partie de celles dont l'État requis admet la poursuite en cas de commission hors de son territoire par un étranger[187].

e. Les dispositions sur le transit

103. Au cours de la procédure d'extradition, il peut arriver que la personne poursuivie soit de passage sur le territoire d'un État tiers. Il s'agit du problème du transit. Cette question est

---

185 Art. 14-d de la Convention d'extradition avec l'Algérie, art. 7-c de la Convention d'extradition avec l'Iran, art. 49-c de la Convention d'extradition avec le Gabon.

186 Didier REBUT, Extradition, op. cit. n° 114, Mais nous trouvons pareille situation dans les conventions d'extradition avec la Corée du Sud, l'Équateur, Saint-Marin et Cuba.

187 V. art. 14 de la Convention d'extradition avec l'Algérie, art. 28 de la Convention d'extradition avec l'Égypte du 15 mars 1982 et l'accord du 6 mars 1976 avec le Tchad art. 49.

…/…

traitée de manière régulière dans les conventions bilatérales d'extradition car la double incrimination joue tout autant son rôle dans la mise en œuvre de l'extradition par transit.

104. Le droit international interdit toute intervention d'agents d'État étrangers sur le territoire de l'État requis dans le but de maintenir l'individu, d'où le fait que l'extradition par voie de transit exige l'autorisation de l'État traversé[188]. Or cette autorisation est toujours subordonnée à une condition : que l'infraction en cause soit de nature à donner lieu à extradition.

105. Afin de mieux analyser le rôle de la double incrimination dans l'extradition par transit, il convient en premier lieu d'effectuer une distinction entre le transit classique, consistant en la présence du protagoniste sur ledit territoire, et le transit par voie aérienne, qu'il s'effectue avec ou sans atterrissage sur le sol dudit territoire. Dans le cas d'un transit classique, la double incrimination est exigée par la plupart des conventions d'extradition, de même qu'elle est exigée par l'État requis dans le but général de contribuer à la lutte contre la criminalité notamment internationale.

Pour exemple, l'article 20-2 de la Convention d'extradition avec la République Dominicaine précise que « *le transit peut être refusé dans tous les autres cas de refus de d'extradition* »[189]. Ainsi le transit pourrait être refusé si le dossier de la personne extradée contient un motif « légal » de refus, y compris donc s'il s'agit de l'absence de double incrimination.

106. Certaines conventions sont davantage détaillées et ajoute que l'extradition par transit est accordée lorsqu'il s'agit d'une infraction donnant lieu à extradition « d'après la

188 Didier REBUT, Extradition, op. cit. n° 235.

189 V. art. 20 de la Convention d'extradition avec le Canada, art. 21-2 de la Convention d'extradition avec le Paraguay, art. 20-2 de la Convention d'extradition avec Djibouti, art. 24-2 de la Convention d'extradition avec l'Uruguay.

…/…

Convention en question[190] », tandis que d'autres conventions sont muettes sur la question de la double incrimination en matière de voie de transit[191].

107. Nous pouvons ainsi conclure que la place consacrée à la double incrimination dans les conventions bilatérales d'extradition s'avère solide et stable malgré quelques petites différences, que ce soit au niveau de la rédaction ou de son traitement. Le traitement de la double incrimination dans les conventions bilatérales d'extradition est d'ailleurs à mettre en parallèle avec celui donné par le traité d'extradition type de Nations Unies[192].

108. Afin de surmonter les obstacles liés à l'extradition, notamment les divergences de traitement de la double incrimination entre les diverses conventions bilatérales, l'Organisation des Nations-Unies a adopté un « traité type » en matière d'extradition dont les États peuvent s'inspirer pour rédiger leurs propres conventions bilatérales d'extradition voire améliorer les conventions en vigueur.

Le traité type d'extradition[193] se présente sous la forme d'un document juridique international ayant un caractère consultatif pour les États. Il représente un moyen efficace de traiter les aspects les plus complexes de cette procédure, de même que les conséquences de la criminalité sous toutes ses formes.

109. La double incrimination en tant que condition préalable à l'exécution de l'extradition a été scrupuleusement étudiée dans le traité type d'extradition — ci-après le traité — et pourrait permettre une certaine unification des conventions bilatérales d'extradition sur ce point.

---

190 V. art. 28 de la Convention d'extradition avec l'Algérie, art. 20-1 de la Convention d'extradition avec l'Inde.

191 La Convention d'extradition avec les Etats-Unis et la Convention d'extradition avec la Corée du Sud renvoie à la permission de l'État de transit.

192 Ce traité type fait écho aux idées développées par Henri DONNEDIEU DE VABRES qui a conceptualisé le développement de l'extradition en trois phases : contractuelle, législative et universelle[192]. Cette dernière devrait être incarnée par un régime ou une loi unifiée qui soumettrait tous les États afin d'organiser les demandes d'extradition. Et même si cette idée d'universalité paraît utopique, les tentatives pour y tendre n'ont pas cessé. Un régime internationalement unifié en la matière réglerait aussi la question de la double incrimination à l'instar de la Convention d'extradition des Nations-Unies, considérée comme un modèle.

193 Adopté par la Résolution 45/116 et modifié par l'Assemblée générale dans sa Résolution 52/88.

110. L'article 2 intitulé « Infractions donnant lieu à extradition » prévoit en son premier paragraphe que, « *aux* fins *du présent traité, les infractions donnant lieu à extradition sont les infractions punies par la législation de chacune des parties d'une peine d'emprisonnement ou d'une autre forme de privation de liberté d'au moins [un/deux] an(s) ou d'une peine plus sévère. Lorsque la demande d'extradition concerne un individu recherché pour purger une peine d'emprisonnement ou d'autre forme de privation de liberté infligée pour une telle infraction. L'extradition ne sera accordée que si la durée de la peine restant à purger est d'au moins [quatre/six] mois* ». On comprend alors que la double incrimination est exigée en tant que condition principale préalable à l'extradition et qu'elle vise deux objectifs : que le fait soit incriminé dans le droit interne des États parties, et qu'il soit déterminé la peine plancher encourue ainsi que la peine prononcée par l'autorité de l'État requérant.

111. Du premier paragraphe il est possible de déduire que la notion de peine encourue englobe toute peine d'emprisonnement ou toute autre forme de privation de liberté ; cela englobe par conséquent aussi les mesures de sûreté qui ne sont pourtant pas mentionnées habituellement dans les conventions bilatérales d'extradition.[194].

De plus, le traité, en tant que guide consultatif, n'impose pas un seuil de peine encourue ou prononcée, laissant ce soin aux États qui vont conclure ou modifier leurs conventions bilatérales.

112. Le traité a par ailleurs aussi tranché la question de la méthode d'interprétation de la double incrimination, surmontant ainsi l'obstacle de l'interprétation stricte qui exige l'identification de la classification de fait entre l'État requis et requérant. Tel est l'objet du second paragraphe de l'article 2 : « *Lorsqu'il s'agit de déterminer si une infraction est une infraction à la législation de chacune des parties, il n'est pas tenu compte : a) du fait que les législations des parties rangent ou non les actes ou omission constituant l'infraction dans la même catégorie d'infraction ou désignent l'infraction par le même nom* ». L'État requis ne doit donc pas se référer à l'interprétation dite « identique ».

194 Nous trouvons une exception dans la Convention d'extradition signée avec l'Iran dans laquelle les mesures de sûreté sont prises en compte en tant que peine privative de liberté. V. art. 3-2 de ladite Convention.

Prenons l'exemple d'un État qui adresserait à l'État requis une demande d'extradition à l'encontre de l'auteur d'un vol ; l'État requis ne pourrait alors refuser l'extradition sous prétexte que l'acte faisant l'objet de la demande d'extradition tombe sous la qualification d'escroquerie.

113. Il n'est pas tenu compte non plus « *b) du fait que les éléments constitutifs de l'infraction sont ou non les mêmes dans la législation de chacune des parties, étant entendu que la totalité des actes ou omission, telle* que *présentée par l'État requérant, sera prise en considération* ». Cette fois, le traité évite à l'État d'effectuer une recherche sur le bien-fondé de la double incrimination.

114. D'autres solutions ont été apportées indirectement par le traité qui stipule qu'en matière d'impôts ou des taxes, l'État requis ne peut refuser l'extradition au motif que l'État requis au regard de son droit interne n'impose pas le même type de taxe ou de droit, ne prévoit pas d'impôts, de droits de douane ou de réglementation des changes du même type que la législation de l'État requérant[195].

115. Concernant l'extradition accessoire, le traité donne le droit à l'État requis d'accorder l'extradition si la demande vise plusieurs infractions distinctes punies par les législations des deux parties, mais dont certaines ne remplissent pas les autres conditions définies à l'article 2 § 1 du moment qu'au moins l'une des infractions pour lesquelles l'individu est réclamé donne lieu à extradition[196]. Rappelons que selon nous, lorsque l'extradition accessoire vise à déroger à la double incrimination, il ne peut s'agir que du taux de la peine et non de l'incrimination elle-même.

116. Par ailleurs le traité a reconnu l'utilisation spéciale de la double incrimination permettant à l'État requis de refuser l'extradition si l'État requérant se fonde sur un chef de compétence que l'État requis ne reconnaît pas. En ce sens, l'article 4 prévoit que : « *l'extradition peut être refusée : e) si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée a été commise hors du territoire de l'une ou de l'autre partie et que, selon sa*

195 Art. 2-3 du Traité type d'extradition des Nations Unies.

196 Art. 2-4 du Traité type d'extradition des Nations Unies.

législation, l'État requis n'est pas compétent en ce qui concerne les infractions commises hors de son territoire dans des circonstances comparables ».

117. Pour ce qui est du principe de spécialité, le traité a organisé ce principe à l'article 14 relatif à l'accusation d'infraction autre que celle accordée par l'État requis ; dans ce cas de figure il est indispensable de recueillir le consentement de l'État requis en premier, puis que ce consentement porte sur une infraction donnant lieu à extradition. Le paradoxe est que le traité n'a en revanche pas réglé la question de la requalification de l'incrimination comme cela est prévu dans certaines conventions bilatérales d'extradition signées par la France (et dans lesquelles la requalification doit porter sur le même fait que la nouvelle qualification d'infraction).

118. Enfin, la question de la double incrimination n'a pas été évoquée en cas de transit. En effet, l'article 15 du traité ne fait que renvoyer au droit interne de l'État requis pour traiter la demande de transit reçu par l'État requérant.

119. Il apparait, ainsi, que la double incrimination tant au sein du Traité type d'extradition qu'au sein des conventions bilatérales est une condition cardinale à laquelle l'extradition est toujours subordonnée. Malgré l'importance et la présence permanente de cette condition dans les conventions d'extradition, elle est de plus en plus ressentie comme un obstacle disproportionné en matière d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale[197]. C'est pour cette raison que les conventions bilatérales et le Traité type d'extradition ont diminué la rigueur de cette condition en limitant par exemple l'interprétation stricte par l'État requis et en exigeant un seuil minimal assez bas pour accorder l'extradition.

---

[197] Bernadette AUBERT, Laurent DESESSARD et Michel MASSÉ, « L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe : Droit international », *in L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe*, Partie II, collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, nouvelle série, n°4, LGDJ, 2004, p. 64.

B. Les instruments européens en matière d'extradition et de procédures équivalentes

120. La double incrimination ne cesse d'être une condition cardinale dans les conventions internationales dédiées à l'extradition. Une condition qui pourrait toutefois être remise en cause entre les pays européens, compte tenu des liens étroits existant entre ces États. Mais encore faut-il distinguer selon que cette question est abordée dans le cadre de la procédure classique de l'extradition (1), ou dans une procédure équivalente qui est celle du mandat d'arrêt européen (2).

1. Les instruments européens en matière d'extradition

121. Le cadre européen de l'extradition est composé de plusieurs conventions. Certaines émanent du Conseil de l'Europe : la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957[198] et ses Protocoles additionnels des 15 octobre 1975[199], 17 mars 1978[200], 10 novembre 2010[201] et 20 septembre 2012[202] (a). D'autre sont propre à l'Union Européenne. Au niveau de l'Union Européenne, plusieurs conventions ont été adoptées afin de simplifier l'extradition entre les États membres. Nous pouvons citer à ce propos, la Convention relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les États membres de l'Union Européenne du 10 mars 1995[203], et la Convention relative à l'extradition entre les États membres de l'Union Européenne du 27 septembre 1996[204]. Cette dernière (ci-après Convention de 1996) nous intéresse tout particulièrement, sans oublier la

---

198 Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, STCE. n° 024, entrée en vigueur le 18 avril 1960 et ratifié par tous les États membres du Conseil de l'Europe.

199 Premier Protocole additionnel du 15 octobre 1975 à la Convention d'extradition du 1957, STCE. n° 086 entré en vigueur le 20 août 1979.

200 Deuxième Protocole additionnel du 17 mars 1978 à la Convention d'extradition du 1957, STCE. n° 098, entré en vigueur le 5 juin 1985

201 Troisième protocole additionnel du 10 novembre 2010 à la Convention européenne d'extradition, STCE. n° 209, entré en vigueur le premier 5 2012.

202 Quatrième protocole additionnel du 20 septembre 2012 à la Convention européenne d'extradition, STCE. n° 212, entré en vigueur le premier juin 2014.

203 Convention du 10 mars 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne, JOCE., C 78 du 30 mars 1995, pp. 2-10.

204 Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne, JOCE., C 313, du 23 octobre 1996, pp. 12-23.

Convention d'application d'Accord Schengen (ci-après CAAS) qui contient un chapitre dédié à l'extradition (b).

a. La Convention européenne d'extradition

122. La Convention européenne d'extradition a uniformisé le régime d'extradition en Europe en substituant cette Convention aux accords et conventions bilatéraux entre pays européens. Elle prévoit en effet dans son article 28-1 que « *la présente convention abroge, en ce qui concerne les territoires auxquels elle s'applique, celles des dispositions des traités, conventions ou accords bilatéraux qui, entre deux parties contractantes, régissent la matière d'extradition* ».

123. Concernant la question de la double incrimination, il convient de rappeler que la Convention européenne d'extradition a été adoptée en 1957, quand la double incrimination demeurait encore une condition essentielle, dans une Europe où la fin de la Seconde Guerre mondiale n'était pas loin et venait de creuser un fossé certain entre les pays européens, parmi lesquels régnait la méfiance.

L'article 2 de cette convention prévoit ainsi que : « *1 : Donneront lieu à extradition les faits punis par les lois de la partie requérante et de la partie requise d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine plus sévère. Lorsqu'une condamnation à une peine est intervenue ou qu'une mesure de sûreté a été infligée sur le territoire de la partie requérante, la sanction prononcée devra être d'une durée d'au moins quatre mois* ». Cet article donne ici des précisions quant à la double incrimination qui est clairement annoncée comme une condition essentielle sans laquelle l'extradition ne peut être accordée. À l'opposé des conventions bilatérales, la Convention européenne d'extradition apparait plus large en ce qui concerne la définition du « fait puni » en englobant tant la peine privative de liberté que les mesures de sûreté, en lien avec le fait que certains pays à cette époque-là ne connaissent pas les mesures de sûreté ou ne les considèrent pas comme des sanctions pénales à part entière. C'est donc une véritable avancée dans le développement d'une coopération pénale européenne la plus large possible.

Les mesures de sûreté ont été définies à l'article 25 de la Convention ; comme étant des « *mesures privatives de liberté qui ont été ordonnées en complément ou en substitution d'une peine, par sentence d'une juridiction pénale* ».

124. La convention précitée n'a pas oublié d'aborder le sujet de l'extradition accessoire qui est lié à la double incrimination. Et à l'instar de la plupart des conventions bilatérales, la Convention européenne d'extradition a autorisé l'État requis à accorder l'extradition à l'État requérant lorsque la demande d'extradition vise plusieurs faits punis par les deux États même si certaines d'entre eux ne remplissent pas la condition du taux de la peine. L'article 2-2 prévoit en effet que « *si la demande d'extradition vise plusieurs faits distincts punis chacun par la loi de la partie requérante et de la partie requise d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté, mais dont certains ne remplissent pas la condition relative au taux de la peine, la partie requise aura la faculté d'accorder également l'extradition pour ces derniers* ». On peut constater que l'extradition accessoire n'a pas abrogé la double incrimination pour certains faits. Il est précisé que l'extradition peut être accordée lorsque le taux de la peine n'est pas rempli eu égard au premier paragraphe de l'article 2 (au moins un an pour la poursuite et quatre mois pour la condamnation). D'où les questionnements possibles sur le fait que l'extradition accessoire puisse être accordée selon cette convention sans exiger la double incrimination. À notre sens ce paragraphe ne nous dit pas que cela reste possible puisqu'il se limite au taux de la peine et n'englobe pas l'incrimination elle-même.

125. Malgré l'adoption du système « taux de la peine » pour accorder l'extradition et de la double incrimination en tant que condition préliminaire, l'article 2-4 de ladite convention autorise l'État contractant à se référer au système de « liste d'infractions » dans l'hypothèse où sa législation n'autorise pas l'extradition pour certaines infractions. En effet dans ce cas, l'État contractant peut se référer soit à une liste négative d'infractions qui exclut certaines infractions de l'extradition, soit à une liste positive d'infractions pour lesquelles l'extradition peut être accordée.

126. Concernant les infractions fiscales, la Convention européenne d'extradition ne les exclut aucunement de son champ d'application et les soumet aux mêmes conditions que toute autre infraction, y compris à la double incrimination[205].

127. L'utilisation spéciale de la double incrimination est par ailleurs affirmée par l'article 7-2 : « *lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition aura été commise hors du territoire de la partie requérante, l'extradition ne pourra être refusée que si la législation de la partie requise n'autorise pas la poursuite d'une infraction de même genre commise hors de son territoire ou n'autorise pas l'extradition pour l'infraction faisant l'objet de la demande ».* L'utilisation spéciale de la double incrimination donne le droit à l'État requis de refuser l'extradition si, par exemple, il ne reconnaît pas le chef de compétence sur lequel l'État requérant a fondé sa demande d'extradition.

128. L'acquisition de la prescription également interdit les poursuites et fait l'obstacle à l'extradition dans la convention de 1957, « *L'extradition ne sera pas* accordée *si la prescription de l'action ou de la peine est acquise d'après la législation soit de la partie requérante, soit de la partie requise* » (article 10). La Convention européenne d'extradition est ainsi plus stricte que les conventions bilatérales pour ce qui est de la prescription en faisant un motif obligatoire de refus d'extradition.

129. Le lien entre la double incrimination et la règle de spécialité figure aussi au sein de la Convention européenne d'extradition. L'article 14 intitulé « Règle de la spécialité » interdit toute poursuite par l'État requérant à l'encontre d'un individu, après sa remise, pour d'autres faits antérieurs à celle-ci, excepté si l'État requis y consent. L'article 14-1-a a même précisé que « *ce consentement sera donné lorsque l'infraction pour laquelle il est demandé entraîne elle-même l'obligation d'extrader aux termes de la présente convention* ».

Il en est de même en cas de modification ou de requalification des faits l'article 14-3 prévoit que « *Lorsque la qualification donnée au fait incriminé sera modifiée au cours de la procédure, l'individu extradé ne sera poursuivi ou jugé que dans la mesure où les éléments constitutifs de l'infraction nouvellement qualifiée permettraient l'extradition* ».

---

205 Art. 5 de la Convention européenne d'extradition.

130. Concernant la voie du transit, la Convention européenne n'a pas exigé la double incrimination concernant l'État que l'individu aura survolé ou même sur le territoire duquel il aura atterri. Mais la Convention européenne d'extradition a donné à l'État de transit la faculté de déclarer qu'il ne permettra à un individu de transiter qu'aux mêmes conditions que celles de l'extradition[206]. Cette faculté mise à disposition de l'État de transit lui donne de ce fait le droit de contrôler la double incrimination entre sa législation et celle des États en question.

131. Il est indéniable que la Convention européenne d'extradition est considérée comme un grand saut de l'Europe vers une harmonisation européenne du droit d'extradition classique. Toutefois cette convention n'est pas sans lacune et laisse au demeurant quelques obstacles, liés à la double incrimination. En effet, celle-ci reste silencieuse sur la procédure à suivre lors de l'examen d'une demande d'extradition[207], ce qui fait perdurer un certain flou sur plusieurs points essentiels tels le contrôle entre le fait commis et le fait prescrit dans la demande d'extradition, mais aussi la question de l'amnistie.

b. Les conventions applicables au sein de l'Union Européenne

132. À la convention européenne d'extradition, s'ajoute plusieurs conventions propres à l'Union Européenne. Parmi ces conventions, il y a la CAAS qui fait partie intégrante du droit de l'Union européenne depuis le Traité d'Amsterdam.

Dans le cadre de la Convention d'application de l'Accord Schengen[208], l'Europe a voulu aller plus loin dans l'harmonisation et la simplification de l'extradition et, surtout, surmonter les obstacles découlant de la Convention de 1957. Dans la Convention d'application d'Accord Schengen, l'extradition est prévue aux articles 59 à 66.

133. Dans cette convention on notera surtout l'article 62 est rédigé comme suit : «*1 : En ce qui concerne l'interruption de la prescription, seules sont applicables les dispositions de la*

---

206 Art. 21-5 de la Convention européenne d'extradition.

207 Sophie BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., p. 134.

208 Convention d'application de l'Accord Schengen du 19 juin 1990 entre les gouvernements des États économiques du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JOCE, L 239 du 22 septembre 2000, pp. 19-62.

partie contractante requérante. 2 : une amnistie prononcée par la partie contractante requise ne fait pas obstacle à l'extradition, sauf si l'infraction relève de la juridiction de cette partie contractante. ». Ainsi a été éliminé l'obstacle du double examen de la prescription entre l'État requis et l'État requérant ; obstacle qui découlait d'un chevauchement des procédures d'extradition entre les États parties. Mais au niveau de l'UE c'est plus particulièrement la convention de 1996 qui nous intéresse.

134. La Convention de 1996 a apporté quelques précisions quant à ses effets sur certaines conventions européennes préexistantes telles que la Convention européenne d'extradition, la Convention européenne pour la répression du terrorisme, la CAAS, et le Traité de Benelux.

135. La Convention de 1996 a conservé par principe la double incrimination comme condition préliminaire à l'extradition entre les États contractants. Mais elle a modifié le taux de la peine exigé par l'État requérant et l'État requis. En effet, selon l'article 2, « *donnent lieu à extradition les faits punis par la loi de l'État membre requérant d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins douze mois et par la loi de l'État membre requis d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins six mois* ». Cela solutionne par là-même le problème des « mesures de sûreté » qui, au moment de l'adoption de la Convention 1957, n'étaient pas reconnus par tous les États européens.

L'absence de reconnaissance de certains types de pénalité a nécessairement des conséquences sur la question de la double incrimination car il s'agit aussi d'une possibilité d'être puni deux fois. D'où l'insertion d'un paragraphe 2 à l'article 2 qui prévoit que « *L'extradition ne peut être refusée au motif que la législation de l'État membre requis ne prévoit pas le même type de mesure de sûreté privative de liberté que la législation de l'État membre requérant* ».

136. La Convention de 1996 a cependant abandonné la double incrimination pour certains types d'infractions (*cf.* les infractions liées au terrorisme dans le cadre de la lutte contre

la criminalité organisée)[209], tout en laissant une marge de manœuvre aux États contractants en leur octroyant le droit d'émettre une réserve sur l'article 3-1 abandonnant la double incrimination. Cependant elle a obligé les États ayant émis cette réserve concernant l'abandon de double incrimination, à reconnaître ces infractions comme des infractions donnant lieu à extradition, ce qui revient à satisfaire la double incrimination[210].

137. La Convention de 1996 n'exclut pas par ailleurs les infractions fiscales de son champ d'application tant que l'État requis reconnaît des infractions de même nature[211]. La double incrimination en la matière se concrétise alors par l'existence d'une infraction de même nature sans référence aux taux d'impôts.

138. La prescription requise dans la législation de l'État requis ne constitue pas en elle-même un obstacle ni un motif de refus à extradition car c'est la législation de l'État requérant qui règle en ce cas la question de la prescription pour le fait faisant l'objet de la demande d'extradition, sauf si l'État requis est également compétent pour poursuivre le fait incriminé[212]. Il en va de même pour l'amnistie, traitée de la même manière et ne faisant obstacle à l'extradition que lorsque l'État requis est compétent pour poursuivre l'auteur de l'infraction faisant l'objet de la demande d'extradition[213].

139. En somme, au sein de l'Union européenne le cadre classique de l'extradition respecte largement le principe de la double incrimination en tant que condition essentielle de l'extradition ; elle est la première condition sur laquelle l'extradition est fondée. Et si on peut noter, des tentatives de remise en cause (Convention 1996), une marge de manœuvre est toujours laissée aux États, signe tangible du manque de confiance mutuelle entre eux. À contrario ce n'est pas le cas des nouveaux instruments de coopération pénale internationale qui incitent à une confiance plus élargie parmi les États européens.

---

209 La question de la remise en cause de la double incrimination sera traitée dans la deuxième partie de la présente thèse.

210 Art. 3-4 de la Convention de 1996.

211 Art. 6 de la Convention de 1996.

212 Art. 8 de la Convention de 1996.

213 Art. 9 de la Convention de 1996.

2. La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen

140. Les procédures d'extradition classiques restent des procédures longues et relativement lentes eu égard à leur double dimension, tant politique que judiciaire. Dès lors les résultats de la lutte contre la criminalité transfrontalière ne peuvent être satisfaisants.

La libre circulation des personnes est un acquis fondamental dans la construction de l'Union Européenne, affirmée à l'article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union-Européenne.

141. La suppression des frontières au sein de l'Union Européenne a conduit à la création d'un espace de liberté, de sécurité, et de justice par le Traité d'Amsterdam, ce qui a marqué un tournant majeur dans la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union Européenne. Cette démarche s'est inscrite dans un programme de construction de l'Europe, qui a progressivement inclus de nouveaux domaines de compétences dont le troisième pilier « *Justice et Affaires intérieures* » institué par le Traité de Maastricht du 7 février 1992. Face au développement rapide des moyens de communication et de transport et à la suppression des frontières, la criminalité a pris une dimension plus large, plus rapide et surtout transfrontalière. Les procédures d'extradition classiques n'étaient alors pas adaptées, ce qui donné lieu à un affaiblissement de la sécurité intérieure et de la stabilité des nations européennes.

La libre circulation des marchandises et des personnes devait être suivie d'une libre circulation des décisions judiciaires, ainsi que des poursuites et des arrestations dans l'espace Schengen. Les États membres de l'Union Européenne ont en effet pris conscience de la nécessité de mettre en œuvre un mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires rendues par un État membre (État d'émission) devant être exécutées de manière automatique dans un autre État membre (État d'exécution).

142. Le principe de reconnaissance mutuelle est apparu pour la première fois lors du Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998[214], il a été reconnu un an plus tard comme

[214] Au point 39 des conclusions du Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998, disponible à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/commission/affaires_europeennes/Conclusions_CE/cardiff_Juin1998.pdf

devant « devenir la pierre angulaire » par le Conseil européen de Tampere de 1999 : « *Le Conseil Européen approuve donc le principe de reconnaissance mutuelle, qui, selon lui, devrait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union* »[215] (article 33). La reconnaissance mutuelle est un principe couramment usité et repose sur l'idée que, même si un autre État peut traiter différemment une affaire juridique donnée, les résultats sont tels qu'ils peuvent être considérés comme équivalents aux décisions de ce dernier[216].

143. Le Conseil européen de Tampere a estimé par ailleurs que « *la procédure formelle d'extradition devrait être supprimée entre les États membres pour les personnes qui tentent d'échapper à la justice après avoir fait l'objet d'une condamnation définitive et remplacée par un simple transfèrement de ces personnes* ». Il ne préconisait donc pas une suppression générale de l'extradition, mais proposait de supprimer l'extradition pour l'exécution d'une peine, dont il demande la substitution par une procédure de transfèrement[217]. Le Conseil est allé encore plus loin en demandant aux États de rechercher les moyens d'établir un régime de remise qui serait fondé sur la reconnaissance et l'exécution immédiate du mandat d'arrêt émanant de l'autorité judiciaire requérante. Ce sont les prémices de ce qui fut créé plus tard et connu sous le nom de « mandat d'arrêt européen ».

144. Ce dernier[218] est apparu dès le lendemain des attentats du 11 septembre 2001 dans le but de braver les obstacles de l'extradition classique tels la lenteur, le manque d'effectivité et d'efficacité dans la lutte contre la criminalité transfrontalière. Le mandat d'arrêt européen constitue dès lors non seulement un substitut à l'extradition mais aussi la première mise en œuvre concrète du principe de reconnaissance mutuelle[219]. Ledit mandat d'arrêt a

---

215 Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, disponible à l'adresse suivante : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm

216 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, Bruxelles, le 26 juillet 2000, COM (2000) 495 final.

217 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° . 545.

218 Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au Mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, (2002/584/IAI), JOCU L 190/1, le 18 juillet 2002.

219 Sophie Bot, *Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., p. 127.

remplacé les instruments légaux d'extradition entre les États membres tel que prévu à l'article 31 de la décision-cadre. Ces instruments sont : la Convention européenne d'extradition de 1957 avec ses deux Protocoles, l'accord du 26 mai 1989 relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition, la Convention du 10 mars 1995, la Convention du 27 septembre 1996 et le titre III, chapitre 4 de la CAAS du 19 juin 1990.

145. L'article premier de la décision-cadre régissant le mandat d'arrêt européen a défini ce mandat comme étant une « *décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté* ».

Le mandat d'arrêt européen est une innovation majeure au travers de la judiciarisation des procédures, la suppression de passage politique et la suppression de la double incrimination. Ce qui nous intéresse ici est l'existence de cette condition dans la mise en œuvre de ce mandat[220].

146. Son champ d'application matériel est déterminé à l'article 2 et les limites de son exécution en son paragraphe 1 ; le MAE a ainsi un champ d'application limité aux faits punis par la loi de l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'au moins douze mois lorsqu'il s'agit d'une poursuite, et d'une sanction prononcée d'au moins quatre mois lorsque le mandat d'arrêt européen est émis pour l'exécution d'un jugement. La décision-cadre prévoit au paragraphe 2 de l'article 2 une liste exhaustive d'infractions rendant l'exécution de ce mandat par l'État requis d'exécution obligatoire, sans contrôle de double incrimination, mais ce à deux conditions. Pour remplir la première d'entre elles il convient que l'infraction faisant l'objet soit présent dans la liste d'infractions, pour la seconde, que cette infraction soit punie par l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'au moins trois ans. L'absence de l'une de ces conditions constitue un empêchement à la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et fait de l'extradition la seule solution restante.

220 Nous traiterons la suppression de la double incrimination dans la deuxième partie de la présente thèse.

147. Mais la disposition la plus importante concernant la double incrimination figure au paragraphe 4 de l'article 2 qui prévoit que « *pour les infractions autre que celles visées au paragraphe 2, la remise peut être subordonnée à la condition que les faits pour lesquels le mandat d'arrêt européen a été émis, constituent une infraction au regard du droit de l'État membre d'exécution, quels que soient les éléments constitutifs ou la qualification de celle-ci* ». Cet énoncé constitue une base dans l'application du mandat d'arrêt européen lorsqu'il s'agit des infractions non présentes dans la liste d'infractions présentée au paragraphe 2 de l'article 2. La double incrimination était considérée comme une condition *sine qua non* de la remise, jusqu'à ce que la décision-cadre n'en fasse qu'une condition facultative laissée au bon vouloir de l'État membre d'exécution. En effet, on peut noter que la décision-cadre a utilisé le verbe « pouvoir ». Il ne s'agit pour autant pas d'une exclusion complète de la double incrimination ni d'une application exceptionnelle, mais d'une division du champ d'application matériel du mandat d'arrêt européen entre d'un côté une liste exhaustive d'infractions et d'un autre une application rendue possible hors de cette liste.

148. Une fois la double incrimination reconnue en tant que condition d'application du mandat d'arrêt européen pour des infractions hors de la liste, elle n'a pu qu'être reconnue en tant que motif facultatif de non-exécution du mandat d'arrêt européen tel que prévu comme le prévoit à l'article 4 : « *l'autorité judiciaire d'exécution peut refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen : 1) si, dans l'un des cas visés à l'article 2, paragraphe 4, le fait qui est à la base du mandat d'arrêt européen ne constitue pas une infraction au regard du droit de l'État membre d'exécution ; toutefois, en matière de taxes et impôts, de douane et de change, l'exécution du mandat d'arrêt européen ne pourra être refusée pour le motif que la législation de l'État membre d'exécution n'impose pas le même type de taxes ou d'impôts ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes, d'impôts, de douane et de change que la législation de l'État membre d'émission* ». Le mandat d'arrêt européen ayant pour objet la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires européennes dans un espace de liberté, de sécurité et de justice commun, exclut dès lors les délits fiscaux des motifs de refus facultatifs. Cette exclusion rend d'autant plus marginale l'application de la double incrimination, sans compter la référence aux

délits fiscaux qui démontre la volonté de l'Union Européenne d'harmoniser les législations pénales sur les questions fiscales.

149. Le mandat d'arrêt européen a adopté la même solution que la Convention de 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition en décidant que les questions relatives à la prescription, à son interruption et à sa suspension seraient appréciées selon les dispositions de la loi de l'État membre d'émission, sauf si l'État membre d'exécution est compétent. Pour reprendre l'exemple de la prescription, elle ôte toute nature criminelle aux faits faisant l'objet du mandat d'arrêt européen, lesquels ne remplissent plus la condition de double incrimination. L'article 4-4 de la décision-cadre abordant les motifs facultatifs de non-exécution du mandat d'arrêt européen prévoit que le mandat pourra être refusé « *lorsqu'il y a prescription de l'action pénale ou de la peine selon la législation de l'État membre d'exécution et que les faits relèvent de la compétence de cet État membre selon sa propre loi pénale* ». Il en va de même lorsque la personne est déjà poursuivie dans cet État pour les mêmes faits que ceux à l'origine de l'émission du mandat d'arrêt européen[221]**.** Toutefois il convient de préciser qu'il s'agit seulement de poursuites sans condamnation car celle-ci s'inscrit parmi les motifs obligatoires de refus et dans d'autres cas l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution décide soit de ne pas engager de poursuites pénales, soit d'y mettre fin ; dans d'autres cas encore la personne recherchée a pu déjà faire l'objet d'une décision définitive pour les mêmes faits[222].

Les causes facultatives de refus dans la décision-cadre du mandat d'arrêt européen montrent que la double incrimination est maintenue mais de manière très fortement réduite. Cela est conforme à la fois au concept de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et à la volonté des États membres de surmonter l'obstacle de la double incrimination.

150. La remise par transit est également envisagé dans la décision-cadre, à l'article 25. Toutefois il n'y est fait aucune mention de la double incrimination en tant que condition de remise. En revanche, l'État d'émission doit envoyer les renseignements nécessaires

221 Art. 4-2 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen.

222 Art. 4-3.

mentionnés au paragraphe 1, tels que l'identité et la nationalité de la personne en question, l'existence d'un mandat d'arrêt européen, ainsi que la nature et la qualification légale de l'infraction, ce qui donne le contrôle à l'État de transit si l'infraction faisant l'objet du mandat d'arrêt européen entre dans la liste de trente-deux infractions pour lesquelles la double incrimination est exclue.

151. La règle de la spécialité est présente quant à elle à l'article 27 intitulé « Poursuite éventuelle pour d'autres infractions ». L'État d'émission n'a pas le droit de poursuivre ou de faire subir une peine privative de liberté ou une mesure de sûreté pour une infraction commise avant sa remise et autre que celle qui a motivé l'émission du mandat d'arrêt européen à moins d'avoir obtenu le consentement de l'État d'exécution. Le consentement est donné lorsque l'infraction pour laquelle il est demandé entraîne elle-même l'obligation de remise aux termes de la décision-cadre[223]. La même solution s'applique pour la remise ultérieure d'une personne à un autre État que celui d'exécution, en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant sa remise[224].

152. L'intégration européenne est le fruit d'un long chemin d'assouplissement du mécanisme d'extradition traditionnel ainsi que de nouveaux instruments européens propres à l'Union européenne. Cette intégration était nécessaire pour atteindre les buts que s'est fixé l'Union européenne, autrement dit la création d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice. En cela cette intégration présente un grand pas vers la suppression des obstacles liés à l'extradition ou aux procédures équivalentes. Mais la double incrimination demeure une condition difficile à écarter. C'est pourquoi ni les instruments bilatéraux d'extradition ni les multilatéraux n'ont osé la supprimer. Il en résulte qu'assez logiquement cette condition de la double incrimination a conservé sa place au sein des dispositions internes en la matière.

---

223 Art. 27-4.

224 Art. 28.

§ 2. Les normes internes consacrées à l'extradition et aux procédures équivalentes

153. La coopération pénale internationale ne se fonde pas uniquement sur le droit international conventionnel, fruit de la rencontre de volontés bilatérales ou multilatérales. Les États doivent également construire et organiser le cadre de cette coopération pénale. Pour ce faire, il incombe aussi au droit pénal interne d'établir des dispositions solides dédiées à cette coopération pénale internationale afin d'éviter toute lacune existant dans ce domaine, en particulier lorsqu'il n'existe pas d'instrument international de coopération liant tous les États avec l'État requis.

La coopération pénale internationale en général et l'extradition en particulier est un acte de souveraineté. Aussi, à ce titre, elle n'est pas subordonnée à la prévision d'une Convention internationale[225]. La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé que « *le gouvernement qui fait arrêter, sur son territoire, le prévenu d'un crime commis sur un autre territoire et le livre à la puissance qui le réclame pour le juger et le punir, use d'un droit qu'il puise dans sa propre souveraineté* »[226].

154. Dans cette perspective, le droit pénal français a intégré dans son système pénal interne des dispositions consacrées à l'extradition et aux procédures équivalentes. La double incrimination y est omniprésente. Et même s'impose fortement, eu égard à la généralité de son application comparée à des instruments bilatéraux ou multilatéraux.

Mais encore faut-il distinguer à étudier la place de la double incrimination dans les dispositions internes consacrées à l'extradition (A), puis dans les dispositions consacrées au mandat d'arrêt européen (B).

A. Les dispositions internes consacrées à l'extradition

155. La loi du 10 mars 1927 constitue le premier traitement législatif de l'extradition dans le système pénal français, et effectue un traitement indépendant et solide de cette question indépendamment des conventions bilatérales ou multilatérales internationales

---

225 Dider REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., p. 145.

226 Cass. crim., 4 mai 1865, S. 1866.I.36, cité par Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., p. 152.

d'extradition. La loi de 1927 a ôté à l'extradition une partie de son caractère administratif, en confiant à la chambre d'accusation le soin de donner un avis sur la demande d'extradition qui lui fait obstacle s'il est négatif. À contrario, l'avis positif n'oblige pas l'État d'accorder l'extradition.

156. La loi du 9 mars 2004 dite « Perben II » a abrogé la loi de 1927 sur l'extradition malgré le fait que la loi de Perben II n'ait pas apporté de grandes modifications en ce domaine. La loi Perben II, intégrée au Code de procédure pénale, a conservé la double incrimination en tant que condition cardinale dans la mise en œuvre de la demande d'extradition.

157. Dans le Code de procédure pénale, l'extradition est soumise à plusieurs conditions dont certaines ont trait à la personne en cause ou aux faits qu'on lui impute, et d'autres sont relatives à la peine encourue ou prononcée, ou encore aux règles de compétence et de procédure. La double incrimination, quant à elle, est une condition relative aux faits, prévue à l'article 696-3 du Code de procédure pénale qui détermine que l'extradition ne doit être accordée que pour les faits punis d'une peine criminelle dans l'État requérant, ou d'une peine correctionnelle d'emprisonnement si le maximum de cette peine est égal ou supérieur à deux ans ; lorsqu'il s'agit d'une condamnation, la peine prononcée doit être égale ou supérieure à deux mois selon la loi de l'État requérant.

158. L'article 696-3 prévoit en effet qu'« en *aucun cas l'extradition n'est accordée par le gouvernement français si le fait n'est pas puni par la loi française d'une peine criminelle ou correctionnelle* ».

L'affirmation de l'exigence de la double incrimination au sein des dispositions internes sur l'extradition répond à la même justification de cette condition dans les conventions internationales. Il serait difficilement envisageable que l'État requis, en l'occurrence la France, extrade un individu pour un fait que son système juridique ne pénalise pas. En outre, il n'est pas d'entraide répressive sans un minimum de langage commun[227].

159. Ainsi il nous faut analyser également l'autre condition considérée comme le second visage de la double incrimination : la gravité de l'infraction. Le Code de procédure pénale

---

227 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit., p. 402, n° 243.

français, en son article 696-3, 1° et 2° exige, comme nous l'avons vu, un haut seuil minimal de peine pour accorder l'extradition. Ce seuil minimal de peine encourue se distingue de la peine criminelle et correctionnelle selon la loi étrangère et qu'il importe peu la détermination de la loi française si elle était moins sévère. Afin de déterminer la gravité de l'infraction il est en effet fait référence à la peine encourue pour les peines correctionnelle comme le prévoit l'article 696-3, 2° : « *Les faits punis de peines correctionnelles par la loi de l'État requérant, quand le maximum de la peine d'emprisonnement encourue, aux termes de cette loi, est égal ou supérieur à deux ans…* », sachant que la peine criminelle est déterminée par la loi de l'État requérant. Concernant la peine prononcée, le paragraphe 2 ajoute que « *s'il s'agit d'un condamné, quand la peine prononcée par la juridiction de l'État requérant est égale ou supérieur à deux mois* »[228].

Est en outre exigée une certaine gravité des infractions objets de la demande, eu égard aux critères de la loi étrangère corresponde la double gravité quand la loi française exige aussi l'impunité de ce même fait dans son droit interne, cela nous donne une vision sur deux notions proches l'une et l'autre. La « double gravité » surpasse en quelque sorte la double incrimination en ce qu'elle impose un seuil minimal de peine pour mettre en œuvre la demande d'extradition.

160. Au contraire des Conventions internationales d'extradition signées par la France, les dispositions sur l'extradition issues de la loi du 9 mars 2004 ne donnent pas de seuil minimal de peine pour accorder l'extradition. L'article 696-3, 2° prévoit que l'extradition ne sera pas accordée si le fait n'est pas puni par la loi française d'une peine criminelle ou correctionnelle, sans préciser de taux spécifique de peine.

---

228 Le professeur REBUT précise quant à lui que l'objet de l'article 696-3, 1° du CPP n'est pas de poser une condition d'incrimination des faits par l'État requérant, mais qu'il est de délimiter le champ d'application de l'extradition en fixant un seuil de gravité des infractions susceptibles de faire l'objet d'une extradition. Il indique à ce propos qu'« *il est significatif, à cet égard, que cette délimitation concerne l'extradition active, c'est-à-dire les demandes d'extradition faites par la France* ». Alors que l'article 696-3 était clair au début en énonçant que « *les faits qui peuvent donner lieu à l'extradition,* ***qu'il s'agisse de la demander ou de l'accorder****, sont les suivants* », ainsi, il ne limite pas son application à l'extradition active mais englobe l'extradition passive adressée à la France. Il incombe alors à la France de vérifier la double incrimination tant en droit français qu'au sein du droit de l'État requérant (Cass.crim., 14 octobre 2015, n° 15-82.420 : JurisData n° 2015-0022759, note Didier REBUT, « Principe de double incrimination et principe de légalité », *JCP*, 18 janvier 2016, 56).

Le fait que la loi française ne précise pas de taux spécifique de peine nous amène à nous interroger sur la définition législative des peines criminelle et correctionnelle exposée aux articles 131-1 et 113-2 de Code pénal. Et plus particulièrement sur celle des peines correctionnelles en tant que peine la moins sévère.

L'article 131-2 prévoit ainsi que « *les peines correctionnelles encourues par les personnes physiques sont : 1 : l'emprisonnement 2 : l'amende 3 : le jour amende 4 : le stage de citoyenneté 5 : le travail d'intérêt général 6 : les peines privatives ou restrictives de droit prévue à l'article 131-6, 7 : les peines complémentaires prévue à l'article 131-10* ». Cette détermination législative de la peine correctionnelle élargit les possibilités d'extradition en adoptant une notion large de gravité en comprenant toutes les peines correctionnelles selon la loi française.

161. Le Code de procédure pénale ne limite pas la double incrimination aux faits principaux qui font l'objet de la demande d'extradition mais l'étend aux faits constitutifs de la tentative et de la complicité. L'article 696-3 prévoit en effet que « *Les faits constitutifs de tentative ou de complicité sont soumis aux règles précédentes, à condition qu'ils soient punissables d'après la loi de l'État requérant et d'après celle de l'État requis* ».

162. L'arrivée au terme de la prescription ôte le caractère infractionnel aux faits susceptibles d'être poursuivis, ne remplissant donc plus la condition de double incrimination, et de toute façon éteint le délai d'action en justice et donc prive la double incrimination de tout effet. Cette solution a aussi été adoptée par l'article 696-4 qui énumère les motifs de refus d'extradition, le cinquième d'entre eux précisant que « *lorsque, d'après la loi de l'État requérant ou la Loi française, la prescription de l'action s'est trouvée acquise antérieurement à la demande d'extradition, ou la prescription de la peine antérieurement à l'arrestation de la personne réclamée et d'une façon générale toutes les fois que l'action publique de l'État requérant est éteinte* ». La solution du Code de procédure pénale se révèle assez stricte en prévoyant que l'extradition est refusée dès lors que la prescription est acquise soit d'après la loi de l'État requérant soit d'après la loi française. Il peut s'agir de la prescription de l'action publique ou de la peine. La date d'acquisition varie selon le cas, car la prescription de l'action publique doit être acquise antérieurement

à la demande d'extradition tandis que la prescription de la peine doit être acquise avant l'arrestation de la personne réclamée.

163. La règle de l'« utilisation spéciale de la double incrimination »[229] se retrouve également dans le Code de procédure pénale ; la France n'autorisant pas l'extradition vers un État étranger lorsque cet État fonde sa demande sur un chef de compétence inconnu de la loi française. Ces chefs des compétences sont extraterritoriaux car le principe de territorialité ne cause aucun problème pour l'application de la loi française. L'article 696-2 prévoit ainsi que :

> « *L'extradition n'est accordée que si l'infraction cause de la demande a été commise :*
>
> *- soit sur le territoire de l'État requérant par un ressortissant de cet État ou par un étranger ;*
>
> *- soit en dehors de son territoire par un ressortissant de cet État ;*
>
> *-soit en dehors de son territoire par une personne étrangère à cet État, quand l'infraction est au nombre de celles dont la loi française autorise la poursuite en France, alors même qu'elles ont été commises par un étranger à l'étranger* ».

164. L'article 696-36 affirme quant à lui la nullité de l'extradition obtenue par la France en dehors des conditions prévues par le Code de procédure pénale. Cela signifie qu'une dérogation à la double incrimination annule l'extradition obtenue par la France sauf dans les cas déterminés par la loi, plus précisément à l'article 696-34, s'agissant notamment de la possibilité d'accorder l'extradition par dérogation à la règle de spécialité sous la renonciation présentée par la personne réclamée de certaines conditions et le consentement de la France. La fin de l'article 696-34 est rédigée comme suit : « *ce consentement peut être donné par le gouvernement français, même au cas où le fait, cause de la demande, ne serait pas l'une des infractions déterminées par l'article 696-3* », ce qui signifie que la France a la possibilité de surmonter la condition de double incrimination pour accorder l'extradition ; mais cette possibilité est conditionnée. En effet il faut qu'il s'agisse d'une infraction non présentée dans la demande d'extradition et que cette dernière ait été accordée par la France pour une ou plusieurs infractions pour lesquelles la double incrimination est remplie. L'article 696-34 est considéré comme une

229 Supra n° 81 et s.

dérogation à l'article 696-6 qui prévoit que « *sous réserve des exceptions prévues à l'article 696-34, l'extradition n'est accordée qu'à la condition que la personne extradée ne sera ni poursuivie, ni condamnée pour une infraction autre que celle ayant motivé l'extradition et antérieure à la remise* ». Par principe la France ne pourrait accorder l'extradition pour un fait ne constituant pas une infraction en droit interne sauf si l'État requérant, après avoir obtenu l'extradition par la France, exprime la volonté de poursuivre la personne réclamée pour une infraction autre que celle motivant l'extradition ou antérieure à sa remise. Dans ce cas la France pourrait donner son consentement alors même que l'infraction nouvelle ne présente pas l'ensemble des caractères requis pour être extraditionnelle.[230]

165. Ainsi la condition de la double incrimination est bel et bien formulée au sein des dispositions internes françaises concernant l'extradition, elle ne se limite d'ailleurs pas à l'extradition classique mais s'étend aussi au mandat d'arrêt européen sur lequel, dans le Code de procédure pénale, une partie est entièrement consacrée.

B. Les dispositions internes consacrées au mandat d'arrêt européen

166. En France, les dispositions transposant la décision-cadre du 13 juin 2012 n'ont pas fait l'objet d'une loi spécifique régissant le mandat d'arrêt européen. Elles ont été en fait insérées dans une loi beaucoup plus large dont l'objet premier était la lutte contre la criminalité organisée à savoir la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite loi Perben II. La transposition du mandat d'arrêt européen a conduit le législateur à introduire plusieurs dispositions dans le Code de procédure pénale aux articles 695-11 à 695-51 figurant dans un chapitre spécial : Chapitre IV du Titre X consacré à l'entraide judiciaire internationale.

167. La transposition de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen dans le Code de procédure pénale se démarque de la décision-cadre elle-même, notamment concernant la double incrimination. Dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, le contrôle de la double incrimination a en effet été supprimé pour une liste exhaustive d'infractions. Ce que signifie également que toute infraction en dehors de cette liste peut

---

230 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., p. 232, n° 378.

être soumise au contrôle de la double incrimination. Mais ce n'est qu'une option pour l'État que de soumettre l'exécution du mandat à la double incrimination ou non. Dans un tel cas, l'absence de double incrimination, pour une infraction ne figurant pas dans cette liste d'infractions, constituant un motif facultatif de non-exécution.

168. Au contraire de la décision-cadre du mandat d'arrêt européen, le Code de procédure pénale n'a pas opté pour la même solution concernant l'absence de double incrimination si l'infraction ne figure pas dans la liste d'infractions pour lesquelles la double incrimination n'est pas appliquée. Il est en effet précisé à l'article 695-23 que « *L'exécution d'un mandat d'arrêt européen est également refusée si le fait faisant l'objet dudit mandat d'arrêt ne constitue pas une infraction au regard de la Loi française* ». La loi française, à l'instar de la décision-cadre, a organisé les motifs de non-exécution du mandat d'arrêt européen entre motifs obligatoires et facultatifs mais n'a donc pas suivi la solution européenne concernant la double incrimination car celle-ci est classé dans la loi française parmi les motifs obligatoires de non-exécution du mandat d'arrêt européen.

169. Le législateur français a en outre prévu un motif de non-exécution obligatoire qui n'est pas envisagé en tant que tel par la décision-cadre. En effet, en droit français, l'exécution du mandat d'arrêt européen doit aussi être refusée selon l'article 695-22, 4°, « *si les faits pour lesquels il a été émis pouvaient être poursuivis et juger par les juridictions françaises et que la prescription de l'action publique ou de la peine se trouve acquise* ». L'acquisition de la prescription ôtant le caractère criminel au fait, cela a poussé le législateur français à le classer comme un motif obligatoire de non-exécution. Cette solution apportée par le législateur français apparait plus sévère que celle prévue par la décision-cadre puisque celle-ci a classé la prescription parmi les motifs facultatifs de refus.

170. Quant à l'utilisation spéciale de la double incrimination dans le mandat d'arrêt européen, il convient de reconnaître que le mandat d'arrêt européen ne peut être refusé pour non-reconnaissance d'un chef de compétence extraterritoriale[231].

---

231 Cristina MAURO, « Réflexion à propos de la loi introduisant le mandat d'arrêt européen en France », *in Le mandat d'arrêt européen*, Marie-Élisabeth CARTIER, Bruylant, 2005, p. 208.

171. L'infidélité ou plutôt la frilosité de la loi française de transposition de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen montre un certain degré de méfiance à l'égard des autres systèmes pénaux européens. En conservant la double incrimination en tant que motif obligatoire de non-exécution du mandat d'arrêt européen, — hors liste d'infractions — la loi française limite le principe de reconnaissance mutuelle, et donc la confiance que peuvent s'accorder les pays européens dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen.

Ce maintien de la double incrimination va à l'encontre du but de la création dudit mandat, surtout lorsque l'on sait que la Chambre d'instruction a la faculté d'interpréter plus ou moins largement selon les catégories d'infractions, ce qui peut conduire soit à faciliter l'exécution de ce mandat soit à faire obstacle à sa mise en œuvre.

172. Pour conclure ce développement sur la double incrimination au sein des normes consacrées à l'extradition et aux procédures équivalentes, nous ne pouvons qu'admettre que la double incrimination se trouve être une condition solide, stable et à laquelle il s'avère difficile de renoncer, ce qui a été prouvé par les États eux-mêmes en construisant leurs relations conventionnelles de l'extradition et par les actes unilatéraux qui ont pu être passés par des États en légiférant sur le droit d'extradition. Cette position des États peut s'expliquer pour plusieurs raisons. La première a trait à la nature coercitive de l'extradition qui touche directement la liberté individuelle et amènent donc les États à rester vigilants sur l'aide demandée afin de protéger les principes des Droits de l'Homme. La deuxième raison est la lourdeur des procédures d'extradition et des procédures équivalentes ainsi que leur coût, qui font réfléchir davantage les États avant d'agir ; ce serait sinon considéré comme un gaspillage injustifiable des efforts et de la fortune de la nation. La troisième est que les États refusent de renoncer à leur souveraineté pénale face aux autres États et gardent à l'esprit la corrélation entre souveraineté et pouvoir.

173. Les efforts faits par l'Union européenne dans la mise en œuvre d'un mécanisme spécial de remise des personnes recherchées ou condamnées, a abouti à la création du mandat d'arrêt européen, ce qui a changé indéniablement le traitement de la double incrimination. Cependant avec réticence. En effet, si la double incrimination a été maintenue avec un

champ d'application plus restreint, la transposition de ce système en droit interne est en quelque sorte un pas en arrière.

174. La coopération pénale internationale ne se limite cependant pas à l'extradition et ses procédures équivalentes mais inclut également toutes les autres formes de coopération pénale internationale qui parfois s'avèrent moins coercitives que l'extradition. Et pour lesquelles la double incrimination peut également être une condition.

Section II.

La double incrimination dans les normes consacrées aux autres formes de coopération pénale internationale

175. L'importance et la gravité de l'extradition eu égard à ses effets sur la liberté individuelle d'une part, et sur les dépenses engagées à cette occasion par l'État d'autre part, l'ont mise au centre de la coopération pénale internationale. Ils ont mobilisé tous les efforts des États pour l'organiser, la réglementer minutieusement. Elle n'est pourtant pas le seul instrument dans le domaine de la coopération pénale internationale et n'est même pas toujours le but à atteindre par les États ; certains recherchant simplement une entraide judiciaire pénale.

176. Les progrès technologiques dans les domaines de la télécommunication et du transport, ainsi que la suppression des frontières entre certains États européens ont facilité les mouvements des délinquants et la dissimulation de leurs crimes ainsi que de leurs produits ; ce qui exige un progrès équivalent en termes d'entraide judiciaire tant au niveau national qu'international.

177. L'entraide judiciaire en matière pénale consiste en ce que les États reçoivent et fournissent une aide judiciaire afin de réunir des preuves dans le cadre des enquêtes et des poursuites pénales. L'entraide judiciaire en matière pénale se différencie de l'extradition par l'absence, en principe, de caractère coercitif de ses actes. Cela conduit de facto à se demander ce qu'est un acte d'entraide judiciaire afin de déterminer s'il revêt ou non un caractère coercitif. Ces actes sont en général limités ; il s'agit des commissions rogatoires

internationales, de la notification des décisions répressives, des communications de pièces à conviction ou de documents et de la comparution de témoins[232]. Mais cette liste s'est enrichie avec le développement du droit pénal international avec l'ajout des auditions, des interrogatoires, des notifications, et des mesures destinées à permettre la confiscation et le gel de bien.

Cette entraide judiciaire est par ailleurs régie d'une part par le droit international, incluant le droit conventionnel au sens large (actes bilatéraux et multilatéraux) (§ 1), et d'autre part par le droit interne, dans lequel le législateur a intégré des dispositions dédiées à l'entraide judiciaire en matière pénale vouées à s'appliquer en l'absence de Convention internationale ou en complément des dispositions conventionnelles (§ 2).

§ 1. Les normes internationales

178. L'étude des normes internationales sur l'entraide judiciaire en matière pénale implique l'exploration de deux sources que sont les conventions multilatérales à dimension européenne et les conventions bilatérales signées par la France en ce domaine. Au niveau des Nations-Unies il n'existe pas de conventions internationales dédiées exclusivement à l'entraide judiciaire en matière pénale. Ainsi nous nous concentrerons ici sur l'entraide judiciaire en matière pénale au niveau européen avec quelques réflexions sur les conventions bilatérales.

179. Au niveau européen, et particulièrement au niveau du Conseil de l'Europe, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959[233] est considérée comme la première construction législative européenne consacrée exclusivement à la matière, elle a été suivie de deux Protocoles additionnels en 1978 et 2001[234].

---

232 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., p. 251 et s.

233 Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, STE n° 30. Disponible sur : http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/030

234 Premier protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, STE n° 099 et deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, STE n° 182. Disponibles sur :
http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/fr_FR/7763526

…/…

Ladite convention prévoit plusieurs actes d'entraide judiciaire tels que l'audition de témoins ou d'experts, la remise d'actes de procédure et de décisions judiciaires, les citations de témoins, d'experts ou de détenus, et la communication de renseignements figurant au casier judiciaire s'inscrivant dans la notion de commission rogatoire[235]. Cette liste montre la nature non-coercitive des actes en cause, ce qui aurait une influence non négligeable sur l'exigence et la mise en œuvre de la double incrimination dans l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire.

180. L'indépendance des actes d'entraide judiciaire au regard de l'extradition a conduit à rejeter toute assimilation entre les deux mécanismes surtout concernant la transposition des cas de refus d'exécution prévues pour l'extradition au motif que les actes d'entraide judiciaire n'ont pas la même gravité que l'extradition[236]. Cependant, cette indépendance ne signifie pas que ces actes d'entraide étant moins sévères, ils sont systématiquement exécutés. Cela signifie qu'ils répondent à un régime particulier de refus d'exécution.

181. Les dispositions générales de la Convention précitée encouragent, dès l'article premier, les États contractants à s'accorder mutuellement l'aide judiciaire la plus large possible pour les infractions relevant de la compétence de l'État requérant. Ils sont ainsi incités à tout mettre en œuvre pour surmonter les obstacles à l'entraide entre États membres.

182. L'article 2 de la Convention évoque les cas généraux de refus d'exécution d'une demande d'entraide judiciaire mais n'inscrit pas l'absence de double incrimination en tant que motif de refus. Autrement dit, la double incrimination n'est pas une condition d'exécution. On peut voir ici la différence entre l'extradition et les autres actes d'entraide judiciaire qui ne sont pas soumis aux mêmes conditions.

Malgré l'absence de double incrimination en tant que motif de refus, le (b) de ce même article 2 mérite d'être cité car il énonce que l'entraide judiciaire pourra être refusée « *si la partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son*

---

235 Rapport explicatif de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, Strasbourg le 20 avril 1959, STE n° 30.

236 Maurice TRAVERS, *Le droit pénal international*, op. cit., T. IV, n° 1810.

…/…

pays ». Ce genre d'article est d'ailleurs fréquent dans les conventions bilatérales d'entraide judiciaire en matière pénale[237]. Or selon une interprétation très large, l'atteinte à l'ordre public pourrait être retenue pour pallier l'absence de double incrimination dans l'exécution d'une demande d'entraide[238]. Mais cette interprétation va à l'encontre de la volonté internationale des États contractants, surtout lorsque la demande concerne des actes non-coercitifs. De plus, la Convention encourage elle-même les États à s'accorder l'entraide la plus large possible.

183. Dans la CEEJ, le principe général de l'absence de la double incrimination pour exécuter une demande d'entraide judiciaire concerne les actes qui n'ont pas de caractère coercitif. Il en va différemment pour les actes susceptibles d'être contraignants, comme certains actes demandés via une commission rogatoire.

L'article 3 de la Convention intitulé « Commission rogatoire », dédié à l'entraide sous forme de commission rogatoire, ne fait pourtant référence ni aux conditions d'extradition ni à la double incrimination[239].

184. Mais l'article 5 de la Convention donne à tout État partie le droit d'émettre une réserve afin de soumettre l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisition ou de saisie d'objets, à une ou plusieurs des conditions suivantes :

> « *a : l'infraction motivant la commission rogatoire doit être punissable selon la loi de la partie requérante et de la partie requise ;*

---

237 V. Convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 14 oct. 1998 avec l'Argentine, art.6,1 ; Conv. du 28 mai 1996 avec le Brésil, art. 2 ; Conv. du 10 déc. 1998 avec les Etats-Unis, art. 6,1 ; Conv. du 27 janv. 1994 avec le Mexique, art. 4.

238 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., p. 305, n° 506.

239 L'article 3 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale prévoit en effet que :

« *1 : la partie requise fera exécuter, dans les formes prévues par sa législation, les commissions rogatoires relatives à une affaire pénale qui lui seront adressées par les autorités judiciaire de la partie requérante et qui ont pour objet d'accomplir des actes d'instruction ou de communiquer des pièces à conviction, des dossiers ou des documents.*

2 : Si la partie requérante désire que les témoins ou les experts déposent sous serment, elle en fera expressément la demande et la partie requise y donnera suite si la loi de son pays ne s'y oppose pas.

3. La partie requise pourra ne transmettre que des copies ou photocopies certifiées conformes des dossiers ou documents demandés. Toutefois, si la partie requérante demande expressément la communication des originaux, il sera donné suite à cette demande dans toute la mesure du possible ».

…/…

b: l'infraction motivant la commission rogatoire doit être susceptible de donner lieu à l'extradition ».

185. Une commission rogatoire aux fins de perquisition ou de saisie d'objets est de nature coercitive[240]. C'est pourquoi la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale a octroyé le droit pour les États contractants d'émettre une réserve pour les actes de perquisition ou de saisie d'objets et de les soumettre à la condition de double incrimination. On peut comprendre que les rédacteurs de la Convention tenaient à encourager les États à adhérer en la rendant moins stricte et rigoureuse du fait du contexte historique et géographique de l'Europe à l'époque.

186. On notera par ailleurs que le premier Protocole additionnel de 1978 a étendu le champ de la Convention aux infractions fiscales qui étaient excluent de la Convention de 1959 en prévoyant que ;

« *Les parties contractantes n'exerceront pas le droit prévu à l'article 2.a de la Convention de refuser l'entraide judiciaire pour le seul motif que la demande se rapporte à une infraction que la partie requise considère comme une infraction fiscale* ». (Article 1er)

Or l'article 2 dudit Protocole a ajouté une précision en lien avec le traitement de la double incrimination :

«*1. Dans le cas où une partie contractante s'est réservé la faculté de soumettre l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisition ou de saisie d'objet à la condition que l'infraction motivant la commission rogatoire soit punissable selon la loi de la partie requérante et de la partie requise, cette condition sera remplie en ce qui concerne les infractions fiscales si l'infraction est punissable selon la loi de la partie requérante et correspond à une infraction de même nature selon la loi de la partie requise*

2.La demande ne pourra être rejetée pour le motif que la législation de la partie requise n'impose pas le même type de taxes ou impôts, ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes et impôts, de douane et de change que la législation de la partie requérante ».

187. La grande variété de définitions et d'interprétation de la notion d'infraction fiscale pouvait en effet rendre impossible la bonne exécution du Protocole. D'où les précisions apportées par cet article 2. Ainsi, la partie requise doit exécuter la demande d'entraide judiciaire en matière pénale dès lors qu'elle comprend dans son droit interne des

240 Convention d'entraide judiciaire en matière pénale avec l'Australie du 14 janv. 1993, art. 14,1 ; Conv. du 15 déc. 1989 avec le Canada, art. 5,4 ; Conv. du 1998 avec les Etats-Unis, art. 10,1.

infractions de même nature, sans forcément faire référence aux termes de taux, de taxes, ou d'impôts.

188. Le Protocole a donné aussi la possibilité aux États contractants à l'article 8 de faire une réserve sur l'ensemble de Titre I de ce Protocole — concernant les infractions fiscales et l'interprétation de la double incrimination — et donc a permis aux États de garder, leur interprétation particulière de la double incrimination.

189. Le second Protocole additionnel à la Convention, adopté le 8 novembre 2001, a ajouté un troisième paragraphe à l'article premier de la Convention :

> « *L'entraide judiciaire pourra également être accordée dans des procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national de la partie requérante ou de la partie requise au titre d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale* ».

Ce paragraphe reprend textuellement l'article 49 de la CAAS dans le but de résoudre le problème des divergences de types d'incrimination entre l'État requérant et l'État requis. Cette solution donne une interprétation large de la double incrimination en incluant les deux types d'incrimination : les faits pénalement punissables et les infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives. Le concept de l'entraide judiciaire en matière pénale se voit amélioré par la suppression de ces obstacles liés à la double incrimination ou à son interprétation.

190. On notera enfin que le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs instruments multilatéraux dans le domaine de la coopération judiciaire non-extraditionnelle reposant sur le principe de reconnaissance mutuelle et où la double incrimination est expressément mentionnée :

La Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition[241] de 1964 qui permet aux personnes condamnées de quitter le territoire sur lequel elles ont été jugées ou libérées à condition qu'une surveillance appropriée soit exercée par l'État d'accueil suite à la demande de l'État requérant dont L'article 4 prévoit

---

[241] Convention européenne du 30 novembre 1964 relative à la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition, STCE n° 051, entrée en vigueur le 22 août 1975, disponible sur : https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/051

…/…

que :« *L'infraction qui motive une demande visée à l'article 5 doit être réprimée à la fois par la loi de l'État requérant et par celle de l'État requis* ».

La Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970[242] prévoyant qu'un jugement rendu par la juridiction d'un État partie doit être assimilé à un jugement rendu par l'État d'exécution et dont l'article 4 stipule la double incrimination *in concreto* en prévoyant que :

> « *Une sanction ne peut être exécutée par un autre État contractant que si en vertu de la loi de cet État et en cas de commission dans cet État le fait pour lequel la sanction a été prononcée constituerait une infraction et que l'auteur y serait punissable* ».

La Convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972[243] ayant pour objet la mise en place d'un mécanisme de transfert de données qui prévoit que

> « *La poursuite ne peut être exercé dans l'État requis que lorsque le fait dont la poursuite est demandée constituerait une infraction en cas de commission dans cet État et lorsque, dans ce cas, l'auteur serait passible d'une sanction également en vertu de la législation dudit État* ». (Article 7, Section 1, Titre III)

La Convention sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983[244] qui précise que

> « *1 : un transfèrement ne peut avoir lieu aux termes de la présente Convention qu'aux conditions suivantes : ...*
>
> *E : les actes ou omissions qui ont donné lieu à condamnation doivent constituer une infraction pénale au regard du droit de l'État d'exécution ou devraient en constituer une s'ils survenaient sur son territoire* ». (Article3)

191. Outre le Conseil d'Europe, l'Union européenne est à l'origine de plusieurs instruments sur l'entraide judiciaire. L'un des objectifs poursuivis par l'Union européenne est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de

---

242 Convention européenne du 28 mai 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs, STCE n° 070, entrée en vigueur le 26 juillet 1974, disponible sur :
https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/070

243 Convention européenne du 15 mai 1972 sur la transmission des procédures répressives, STCE n° 073. Entrée en vigueur le 30 mars 1978.

244 Convention sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983, STCE n° 112, entrée en vigueur le 1er juillet 1985. Cette Convention a été suivie par un protocole additionnel STCE n° 167.

justice, comme le rappelle l'article 29 TUE et ces objectifs ne peuvent être atteints qu'au moyen d'une coopération plus étroite entre les autorités compétentes des États membres. L'article 31 TUE indique d'ailleurs que le Parlement européen et le Conseil doivent prendre les mesures nécessaires pour faciliter la coopération entre les autorités judiciaire ou équivalentes des États membres dans le cadre de poursuites pénales ou de l'exécution des décisions.

192. L'entraide judiciaire en matière pénale au sein de l'Union européenne se matérialise via des mécanismes classiques d'entraide judiciaire, mais aussi via des mécanismes nouveaux propres à l'Union européenne[245].

193. Concernant les mécanismes classiques, on peut citer la Convention d'application des Accords Schengen du 19 juin 1990, dont le Chapitre 2 du Titre III sur l'entraide judiciaire en matière pénale, vise à compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959.

Au sein de son article 49 sur les conditions générales de l'exécution de la demande d'entraide, la double incrimination n'est pas exigée en tant que condition de mise en œuvre de la demande d'entraide présentée par l'État requérant bien au contraire, puisque cet article précise que :

> « *L'entraide judiciaire est également accordée :*
>
> *Dans des procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national d'une des deux Parties Contractantes ou des deux Parties Contractantes au titre d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale ;* ». (Article 49)

194. Cette solution est relativement proche de celle de la Convention européenne d'entraide judicaire et de ses Protocoles additionnels ; elle est également justifiée par la nature non-coercitive des actes d'entraide judiciaire en matière pénale, ne portant pas atteinte au principe de liberté individuelle ou à la souveraineté nationale.

---

245 Les mécanismes propres à l'Union européenne se fondent sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaire, il consiste à répondre à une demande présentée par un État étranger, il ne consiste donc pas à exécuter ou même à reconnaître une décision étrangère. V. Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° . 540.

195. Mais l'article 51 CAAS crée une exception à ce principe général de l'absence de double incrimination dans la mise en œuvre d'une demande d'entraide judiciaire ; en prévoyant que

> « *Les Parties Contractantes ne subordonnent pas la recevabilité de commissions rogatoires aux fins de perquisition et de saisie à des conditions autres que celles ci-après :*
>
> *le fait qui a donné lieu à la commission rogatoire est punissable selon le droit des deux Parties Contractantes d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté restreignant la liberté d'un maximum d'au moins six mois, ou punissable selon le droit d'une des deux Parties Contractantes d'une sanction équivalente et selon le droit de l'autre Partie Contractante au titre d'infraction aux règlements poursuivie par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale* ».

L'article 51 a suivi la même méthode que la Convention de 1959, tout en étant plus précis, et donne aux États parties le droit de subordonner l'exécution d'une commission rogatoire à l'existence d'une langue commune d'incrimination entre les deux États parties. Mais la CAAS détaille davantage en envisageant deux méthodes d'incrimination. Dans le cas d'une double incrimination pénale avec un seuil minimal de peine, le fait doit être puni par une peine privative de liberté ou une mesure de sûreté restreignant la liberté d'un maximum d'au moins six mois. Dans le cas d'États parties dont l'un incrimine pénalement et l'autre considère l'infraction comme devant être poursuivie par des autorités administratives, cette différence de traitement de l'infraction ne doit en rien enlever l'exigence de double incrimination.

196. À ces mécanismes classiques et qui s'inscrivent dans la continuité de ceux prévues dans la convention du Conseil d'Europe, il peut ajouter d'autre mécanisme d'entraide propre à l'Union européenne. L'Union européenne a en effet été confrontée à une grande transformation en matière de coopération judiciaire, notamment dû au principe posé pour la première fois par le Conseil de Tampere du 15 et 16 octobre 1999. Il s'agit de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires étrangères qui « *devrait aussi s'appliquer aux décisions précédant la phase de jugement, en particulier à celle qui permettraient aux autorités compétentes d'agir rapidement pour obtenir des éléments de preuve et saisir des avoirs faciles à transférer* ». Par la suite, le Conseil de l'Union européenne a adopté, en vertu du principe de reconnaissance mutuelle, la décision-cadre

du 22 juillet 2003 relative à l'exécution, dans l'Union européenne, des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve[246].

197. Cette décision-cadre mentionne dans son premier article son objet principal en prévoyant que « *la présente décision-cadre a pour objet de fixer les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de gel émise par une autorité judiciaire d'un autre État membre dans le cadre d'une procédure pénale.* »

Dans le cadre de la mise en œuvre concrète du principe de reconnaissance mutuelle elle a adopté la même méthode que la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et a dressé une liste d'infractions qui ne font pas l'objet d'un contrôle de la double incrimination (cf. Article 3 § 2).

Mais le paragraphe 4 de l'article précité, a fait en sorte que la condition de double incrimination reste applicable à des infractions autres que celles de la liste :

> « *4. Pour les cas autres que ceux qui sont visés au paragraphe 2, l'État d'exécution peut subordonner la reconnaissance et l'exécution de la décision de gel émise pour des raisons visées au paragraphe 1, point a), à la condition que les faits pour lesquels cette décision a été prononcée constituent une infraction au regard du droit de cet État, quels que soient les éléments constitutifs ou la qualification de celle-ci dans le droit de l'État d'émission* ».

Et ce même paragraphe ajoute que :

> *« Pour les cas autres que ceux qui sont visés au paragraphe 2, l'État d'exécution peut subordonner la reconnaissance et l'exécution de la décision de gel émise pour des raisons visées au paragraphe 1, point b), à la condition que les faits pour lesquels cette décision a été prononcée constituent une infraction qui, au regard du droit de cet État, peut entraîner ce type de gel, quels que soient les éléments constitutifs ou la qualification de l'infraction dans le droit de l'État d'émission* ».

La décision-cadre a ainsi élargi le champ de la double incrimination en prévoyant la possibilité de subordonner l'exécution à la double reconnaissance de ce type de gel de biens lorsqu'il concerne l'infraction en question.

198. Au contraire du mandat d'arrêt européen, les cas de refus d'exécution d'une décision de gel de biens ou d'éléments de preuve, ne sont pas divisés entre cas obligatoires et cas facultatifs. La présente décision-cadre annonce en son article 7 intitulé « Motif de non-

---

246 Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, J.O. n° L 196 du 2/08/2003.

reconnaissance ou de non-exécution » un nombre limité de cas de refus facultatifs dont la double incrimination fait partie :

> « *1. Les autorités judiciaires compétentes de l'État d'exécution ne peuvent refuser la reconnaissance ou l'exécution de la décision de gel que :*
>
> *d) si, dans l'un des cas visés à l'article 3, paragraphe 4, le fait qui est à la base de la décision de gel ne constitue pas une infraction au regard du droit de l'État d'exécution; toutefois, en matière de taxes et impôts, de douane et de change, l'exécution de la décision de gel ne pourra être refusée pour le motif que la législation de l'État d'exécution n'impose pas le même type de taxes ou d'impôts ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes ou impôts, de douane et de change que la législation de l'État d'émission* ».

199. Une autre décision-cadre concernant l'entraide judiciaire est la décision-cadre du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves[247], qui a également consacré la double incrimination dans son texte, en tant que motif de refus général facultatif. Selon son article 13 :

> « *La reconnaissance ou l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves peut être refuser dans l'État d'exécution :*
>
> *b) si, dans les situations visées à l'article 14, paragraphe 3, le mandat européen d'obtention de preuves concerne des faits qui ne constituent pas une infraction selon le droit de l'État d'exécution* ».

On peut constater que la double incrimination a été imposée clairement, explicitement, en donnant à l'État d'exécution la possibilité de refuser l'entraide judiciaire en l'absence de « réciprocité criminelle ».

200. Par ailleurs, son article 13-f fait référence à sa manière à l'utilisation spéciale de la double incrimination en tant que motif facultatif de refus lorsque l'infraction pour laquelle le mandat européen d'obtention de preuves a été émis, a été commise hors du territoire de l'État d'émission et que le droit de l'État d'exécution n'autorise pas que des poursuites soient engagées pour les mêmes infractions commises hors de son territoire.

---

247 Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, JOUE., 30 décembre 2008, L350/72.

201. Dans cette décision-cadre, la double incrimination figure également à l'article 14 intitulé « Double incrimination ». Ce dernier a suivi les motifs de non-exécution du mandat européen d'obtention de preuves reposant sur l'absence de double incrimination :

> « *La reconnaissance ou l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves n'est pas subordonnée au contrôle de la double incrimination, sauf s'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie* ».

En effet, le mandat européen d'obtention de preuves a exclu le contrôle de la double incrimination pour une liste générique d'infractions lorsqu'elles sont punies d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins trois ans selon la loi de l'État d'émission.

202. La possibilité d'exercer ce contrôle a été conditionné par l'article 14 § 3 :

> « *Si le mandat européen d'obtention de preuves n'a trait à aucune des infractions visées au paragraphe 2 et que son exécution suppose une perquisition ou une saisie, la reconnaissance ou l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves peut être subordonnée à la condition de double incrimination* ».

Il est impératif de remplir les deux conditions afin de pouvoir exercer ce contrôle : vérifier qu'il s'agisse d'une infraction ne figurant pas dans la liste de l'article 14, et de l'exercice d'une procédure d'une nature coercitive comme la perquisition ou la saisie.

203. Ainsi en droit européen la double incrimination est encore considérée comme une condition importante de toute mise en œuvre d'une coopération internationale au sens général et d'une entraide judiciaire non-extraditionnelle en particulier. Malgré l'évolution apportée par l'Union européenne sur cette condition, elle reste applicable d'une manière ou d'une autre. De plus, l'Union européenne réserve toujours la possibilité aux États membres de subordonner facultativement son entraide judiciaire, en matière pénale, à la double incrimination.

204. En matière d'entraide judiciaire, l'importance de la double incrimination se retrouve d'ailleurs bien souvent en droit interne, la traduction législative du droit européen ne correspondant pas nécessairement au contenu des instruments européens d'entraide judiciaire en matière pénale, notamment pour ce qui est de la double incrimination. Le législateur français a ainsi tendance à traiter la double incrimination comme une condition obligatoire et non facultative comme le prévoit pourtant les instruments européens.

§ 2. Les normes internes

205. Le Code de procédure pénale a réglé les questions concernant la coopération internationale non-extraditionnelle au sein du Titre X intitulé « De l'entraide judiciaire internationale ». Il convient de noter que la France ne subordonne pas l'exécution d'une demande d'entraide à la conclusion d'une Convention internationale avec l'État requérant[248]. Il en résulte que la France, en tant que pays requis ou requérant, a besoin d'une législation complète organisant les modalités d'émission et d'exécution des demandes d'entraide judiciaire en respectant les règles et principes fondamentaux de l'État de droit. C'est pourquoi le Code de procédure pénale incarne le droit commun de l'entraide judiciaire en matière pénale.

206. En droit interne, l'entraide judiciaire en matière pénale n'est pas subordonnée à un principe ni à un minimum de gravité des infractions, ni même à la condition de double incrimination. Cette position est justifiée par la nature des actes d'entraide en cause, lesquels ne revêtent pas en principe de caractère coercitif sur les personnes en cause. Le Code de procédure pénale au sein des dispositions générales sur la transmission et l'exécution des demandes d'entraide judiciaire (cf. Article 694 à 694-4-1) ne fait ainsi aucune référence à la double incrimination ni à l'existence d'une criminalité commune entre l'État requis et l'État requérant.

207. Néanmoins, on notera que l'article 694-4 du Code de procédure pénale précise que « *si l'exécution d'une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation, le procureur de la République saisi de cette demande ou avisé de cette demande en application du troisième alinéa de l'article 694-1 la transmet au procureur général qui détermine, s'il y a lieu, d'en saisir le ministre de la justice et donne, le cas échéant, avis de cette transmission au juge d'instruction* ». Il en résulte que L'entraide judiciaire fournie par la France, en tant qu'État requis, ne doit pas porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la nation, ce qui pourrait être interprété largement et conduire à inclure l'absence de double incrimination dans la notion d'« atteinte à l'ordre public ».

248 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., p. 249, n° 420.

Nous imaginons mal par exemple que la France accepte de mettre en œuvre une entraide judiciaire présentée pour une infraction qui ne constituerait pas un fait criminel selon ses lois, d'autant plus si l'État requérant applique la peine de mort à cette infraction. Non seulement l'acte en cause ne présenterait pas un degré suffisant de gravité selon son droit interne, mais la peine de mort elle-même entrerait en contradiction avec la législation et les valeurs de la Nation française. Il est vrai que la mise en œuvre de cette entraide n'entrainerait pas de coercition sur la personne en question, mais dans ce cas précis d'une échelle des valeurs et de son influence sur la nécessité d'avoir une base commune ou assez proche de criminalité dans ce sens.

208. L'absence de double incrimination dans la mise en œuvre d'une entraide judiciaire est toutefois exceptionnellement une condition formulée par les dispositions internes française. Il en est ainsi des dispositions sur l'entraide judiciaire aux fins de saisie des produits d'une infraction en vue de leur confiscation ultérieure :

> « *Sans préjudice de l'application de l'article 694-4, la demande présentée en application de l'article 694-10 est rejetée si l'un des motifs de refus mentionnés à l'article 713-37 apparaît d'ores et déjà constitué* ». (Article 694-11)

Or l'article 713-37 de Code de procédure pénale énonce quant à lui que :

> « *Sans préjudice de l'application de l'article 694-4, l'exécution de la confiscation est refusée :*
>
> *1° Si les faits à l'origine de la demande ne sont pas constitutifs d'une infraction selon la loi française* ».

Le Code de procédure pénale français admet ainsi indirectement que les actes d'entraide judiciaire aux fins de saisie des produits d'une infraction, et en vue de leur confiscation ultérieure, ne sont pas de même nature que les autres actes d'entraide judiciaire en matière pénale, du fait du caractère coercitif de la saisie.

209. Le Code de procédure pénale a adopté la même solution dans ses dispositions consacrées à l'émission et à l'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuves en application de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 22 juillet 2003. Il prévoit dans l'article 695-9-17 que :

> « *Sans préjudice de l'application de l'article 694-4, l'exécution d'une décision de gel est refusée dans l'un des cas suivants :*

> *4° Si la décision de gel a été prise à des fins de confiscation ultérieure d'un bien et que les faits qui la justifient ne constituent pas une infraction permettant, selon la loi française, d'ordonner la saisie de ce bien* ».

210. Le Code de procédure pénale a aussi intégré des dispositions consacrées à l'échange simplifié d'informations entre services, en vertu de la décision-cadre du Conseil de l'Union-Européenne du 18 décembre 2006[249] (cf. article 695-9-42) qui précisent que :

> « *Les services et unités mentionnés à l'article 695-9-31 peuvent refuser de transmettre les informations demandées lorsqu'elles se rapportent à une infraction punie en France d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à un an et qu'elles ne leur paraissent pas présenter un intérêt suffisant pour justifier les contraintes attachées à leur transmission* ».

Dans cet article, il ne s'agit pas de la condition de double incrimination mais plutôt de la gravité de l'infraction, avec laquelle l'État requis (la France dans ce contexte) peut refuser l'échange d'informations lorsqu'il est question d'une peine d'une durée inférieure ou égale à un an. À priori l'État requis peut donc refuser l'échange d'informations dès lors qu'il n'y a pas une réciprocité d'incrimination entre l'État requis et l'État requérant.

211. La mise en œuvre de l'entraide judiciaire en matière pénale est plus flexible et facile que celle de l'extradition. Cela a amené le législateur à être moins exigeant dans ses conditions en raison de l'absence de coercition sur la personne en cause, et ainsi permettre de lutter efficacement contre la criminalité nationale et internationale. La double incrimination n'est ainsi pas une condition première en matière d'entraide judiciaire au sein du Code de procédure pénale, lequel toutefois donne la possibilité de la maintenir quand il s'agit d'un acte d'entraide ayant un caractère coercitif, ou via une interprétation large de motif de refus fondée sur l'atteinte à l'ordre public.

212. Les instruments normatifs consacrés à la coopération pénale internationale traitent ainsi explicitement et attentivement de la double incrimination dans son ensemble, qu'ils l'aient explicitement mentionnée ou non. Cela peut se justifier au vu de l'objet principal de ces instruments qui ont été élaborés pour traiter tous les aspects de la coopération pénale internationale, y compris la double incrimination. Mais le traitement de la double

---

249 Décision-cadre 2006/960/IAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membre de l'Union européenne, JOUE, 29 décembre 2006, L 386/89

incrimination en tant que condition de fond de la coopération pénale internationale ne se limite pas à ces instruments. Elle est également régie par des instruments normatifs dédiés à certaines infractions, et notamment des conventions dites spéciales, aux fins d'une plus grande efficacité dans la lutte contre la criminalité internationale ainsi que pour surmonter l'obstacle qu'est l'absence de Convention de coopération internationale entre les États en question.

Chapitre II.

La double incrimination dans les instruments normatifs dédiés aux infractions internationales

213. La double incrimination est considérée comme une question principale au sein des conventions d'extradition en ce qu'elle joue un rôle majeur dans la construction juridique de ces conventions. Mais on la retrouve également dans certaines conventions dites spéciales en ce sens qu'elles sont applicables à des infractions spécialement désignées dans ces conventions. Dans ces conventions, la question de la double incrimination n'est pas traitée de façon unifiée car elle n'est pas alors l'enjeu principal, de même que l'extradition. Il s'agit de questions secondaires et leur traitement varie donc d'une convention à l'autre selon la complexité de la criminalité, l'ancienneté de la Convention et le lien fait entre la criminalité en question et l'extradition. On peut le constater en distinguant les Conventions des Nations-Unies (**Section I**) des conventions ou autre instruments européens dédiés à des infractions (**Section II**).

Section I.

La double incrimination dans les conventions spéciales des Nations Unies

214. Tout système juridique remplit une fonction sociale qui reflète en même temps un besoin social et collectif d'organisation et de protection de valeurs ou de biens. Cette protection ou cette organisation ne seront alors mises en œuvre qu'après une application stricte des normes juridiques par les pouvoirs institutionnels de l'État, et la mise en œuvre des sanctions pour toute violation de ces normes.

Au niveau international, le respect des normes juridiques au même titre que les sanctions ne sont pas assurées par les mêmes organes, à l'exception de la Cour Pénale Internationale qui voit ses compétences limitées à certaines infractions d'une particulière gravité.

215. L'État en tant qu'entité politique ayant une souveraineté nationale agit pour son propre compte dans le but de satisfaire ses intérêts nationaux et remplit dans ce même temps une fonction de « service public international ». La piraterie est un exemple de domaine dans lequel s'exerce cette fonction, ce service au profit de la communauté internationale[250].

L'État en tant qu'agent principal du droit international tout en en étant sujet, est l'acteur principal de l'application de ce droit et détermine dès lors les obligations lui incombant dans la mise en œuvre des engagements internationaux. Il s'occupe également de faire respecter ce droit et en sanctionne la violation par ses partenaires[251].

216. Pour toutes ces raisons, l'application du droit international en général et du droit pénal international en particulier repose sur l'intervention du droit national pour sa mise en œuvre selon le système dit d'« application indirecte du droit pénal international »[252]. Ce dernier se fonde sur le devoir des États d'intégrer dans leurs droits nationaux les crimes internationaux ainsi que les mécanismes de poursuite et d'accusation figurant dans les conventions internationales. Selon ce principe les États ont alors l'obligation d'extrader la personne recherchée par l'État requérant, ou de fournir l'entraide judiciaire nécessaire stipulée par les conventions auxquelles ils sont partis.

Sous un angle différent, nous pouvons dire que l'application du droit international par le droit national nécessite une intervention législative (par exemple l'adoption d'une loi, la réception d'un droit…) pour sa mise en œuvre, ce qui est appelé par le professeur allemand Heinrich TRIEPEL « les droits internes internationalement ordonnés »[253].

217. Le traitement de la double incrimination dans les conventions internationales spéciales est effectué de manière indirecte, lui valant le nom de système d'application indirecte du droit pénal international. En effet, elle est appliquée soit par renvoi à la loi de l'État requis, soit du fait d'une incrimination en droit interne des infractions figurant dans les conventions (*cf.* l'harmonisation).

---

250 Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 12e édition, Dalloz, 2014 p. 445 et s.

251 Pierre-Marie- DUPUY et Yann KERBRAT, Ibid, p. 446.

252 Mohammad Cherif BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, 2002, p. 169 et s.

253 Heinrich TRIEPEL, *Droit international et droit interne*, 1920, (édition Panthéon Assas 2010 p. 287 et s.).

Ainsi, aborder la double incrimination et sa consécration en Droit conventionnel ne limite pas notre analyse au seul droit international.

218. Afin que notre explication de la double incrimination dans les conventions spéciales soit la plus claire possible, nous opterons pour une approche sectorielle de ces conventions. Nous évoquerons ainsi les conventions internationales en matière de terrorisme (§ 1), les conventions internationales en matière de stupéfiant (§ 2), les conventions internationales en matière de criminalité organisée (§ 3) et enfin la convention internationale contre la corruption (§ 4).

§ 1. Les conventions internationales de la lutte contre le terrorisme

219. En droit international divers enjeux inquiètent la communauté internationale comme la pauvreté, la maladie et aujourd'hui le terrorisme. Le terrorisme consiste de nos jours une préoccupation majeure eu égard à l'étendue géographique des actes de terrorisme impliquant autant de religions que de politiques différentes. Ces actes frappent aveuglément des innocents dans le monde entier, faisant de leur vie quotidienne un cauchemar.

Dans une telle situation d'interdépendance internationale, aucun pays ne peut combattre seul sans la coopération de la communauté internationale car le terrorisme ne connaît pas de frontières. C'est pourquoi l'entraide pénale internationale, par l'adoption d'instruments d'incrimination et de mécanismes de lutte contre le terrorisme, n'est plus une simple option mais une nécessité mondiale.

220. Pour lutter contre un fait « criminel » précis il faut d'abord définir ce fait et dans ses éléments matériels et moraux en respectant la prévisibilité réclamée par le principe de légalité. Dans ce contexte nous pouvons citer l'arrêt *Sunday Times* rendu en 1979 dans lequel le juge européen a réclamé que la loi soit suffisamment « accessible » : « *le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné […] on ne peut considérer comme*

une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite … »[254].

221. Pour ce qui est du terrorisme le problème réside justement dans l'application de cette exigence mentionnée dans la décision précitée. En effet, la première difficulté est que le terrorisme n'est pas une infraction en tant que telle mais davantage une notion vaste, composée d'un ensemble d'infractions présentant un degré particulier de gravité. La deuxième est la définition même de terrorisme au niveau international au vu de l'absence de consensus au sein de la communauté internationale sur le sujet[255], même si deux grandes approches existent, L'approche inductive tend à criminaliser selon des modalités particulières, certains actes que le sens commun assimile à des actes terroristes sans pour autant proposer de définition générale du terrorisme, voir sans faire usage de la notion de « terrorisme ». De l'autre côté, il y a l'approche opposée dite déductive qui cherche à proposer une définition générale du terrorisme sous laquelle tomberaient tous les actes considérés comme « terroristes »[256].

222. Cependant, l'absence de consensus international sur une définition du terrorisme n'a pas empêché une partie de la doctrine de proposer des définitions[257], de même que la communauté internationale comme à l'occasion du Traité de Genève sur le terrorisme en 1937[258], non entré en vigueur. De nos jours on peut compter environ 212 définitions de terrorisme utilisées dans le monde, dont 90 sont officielles[259].

---

254 Frédéric SUDRE, « Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RPDP*, 2001, p. 335 et s.

255 Ludovic HENNEBEL et Gregory, LEWKOWICZ, « Le problème de la définition du terrorisme », *in Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruylant, 2009, p. 17 et s.

256 Ludovic HENNEBEL et Gregory LEWKOWICZ, idem, p. 31 et s.

257 Cf. Définition du Professeur M. C. BASSIOUNI « an ideologically motivated strategy of internationally proscribed violence designed to inspire terror within a particular segment of a given society in order to achieve a power-outcome or to propagandize a claim or grievance irrespective of whether its perpetrators are acting for and behalf of themselves or on behalf of state », A policy-Oriented inquiry into different forms and manifestations of international terrorism, in Legal responses to international terrorism : United States procedural aspects XV, XVI 1988.

258 Traité de Genève sur le terrorisme de 1937, disponible sur le site : http://legal.un.org/avl/pdf/ls/RM/LoN_Convention_on_Terrorism.pdf

259 Jeffrey D. SIMON, *The terrorist trap*, Bloomigton, Indiana University press, 1994, p. 29.

…/…

223. Cette grande diversité de définitions va pourtant à l'encontre de la volonté internationale de coopérer efficacement contre le terrorisme car elle implique des différences de classification et donc des problèmes de mise en œuvre de la double incrimination. C'est pourquoi les États ont adopté sous l'égide des Nations-Unies un groupe de conventions internationales sectorielles incriminant des infractions spécifiques toutes considérées comme des infractions terroristes.

224. Depuis les années soixante, les Nations-Unies ont adopté treize conventions et trois amendements universels pour lutter contre le terrorisme[260] dans différents secteurs : l'aviation civile, la navigation maritime, l'utilisation de matériaux nucléaires, les explosifs, la prise d'otages, le financement du terrorisme, la protection des diplomates, le détournement d'avion. Pour la communauté internationale, il est apparu que la meilleure solution pour lutter contre le terrorisme sans grands obstacles est de « punir sans réellement définir »[261]. Autrement dit, le fait de punir les auteurs d'infractions universellement reconnues s'avère être la meilleure solution pour respecter le principe d'État de droit et le principe de légalité criminelle qui est en lien direct avec la condition de double incrimination dans la mise en œuvre des mécanismes de coopération judiciaire internationale et en matière d'extradition.

225. Pour la communauté internationale et plus précisément les rédacteurs des conventions internationales, l'application de la double incrimination considérée comme une condition essentielle de la coopération judiciaire internationale, pourrait être en réalité un grand obstacle s'ils faisaient du terrorisme un crime en tant que tel. En effet l'approche sectorielle leur semble la plus efficace pour mettre en œuvre la coopération judicaire internationale.

226. Les conventions internationales relatives à la lutte contre le terrorisme ne stipulent pas explicitement la condition de double incrimination ; l'expression même de « double

---

260 Base des données des Nations Unies visées à l'action de l'ONU contre le terrorisme, disponible sur le site : http://www.un.org/fr/terrorism/instruments.shtml

261 Jean-Marc SOREL, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? », *in Le droit international face au terrorisme*, CEDIN, Pedone, 2002, pp. 35-68

…/…

incrimination » n'est d'ailleurs pas employé dans les articles traitant de l'antiterrorisme. L'absence de double incrimination surtout dans les conventions antiterroristes se justifie par les engagements internationaux des États parties d'incriminer dans leur législation interne les actes incriminés par les conventions[262]. Il convient cependant de noter que l'absence des termes ne signifie pas l'absence du contenu juridique, comme nous allons pouvoir le constater en commençant par étudier les conventions adoptées dans le domaine de l'aviation civile (A), conventions qui ont ensuite servi de modèle aux conventions adoptées dans d'autre domaines pour lutter contre le terrorisme (B)

A. La lutte contre le terrorisme aérien

227. La protection internationale dans le domaine de l'aviation civile préoccupe la communauté internationale depuis de nombreuses années, et constitue dès lors le premier pas au niveau international dans la lutte contre le terrorisme.

228. Le droit pénal international aérien[263]se concentre autour de trois conventions internationales : la Convention relative aux infractions et certains actes survenant à bord des aéronefs, adoptée à Tokyo le 4 septembre 1963 (ci-après la Convention de Tokyo) s'appliquant aux actes affectant la sécurité des aéronefs en vol[264], la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, adoptée à La Haye le 16 décembre 1970, texte international faisant suite à la multiplication des attaques contre les avions, notamment le détournement de trois aéronefs sur l'aérodrome de Zarqa en Jordanie par le F.P.L.P. de George Habach en 1970[265] (il s'agit du fait qu'une personne s'empare illicitement et par la violence ou la menace d'un aéronef en état de vol, y compris la complicité et la

262 Jean-Christophe MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, 2006, p. 159.

263 Terme utilisé par R.H. MANKIEWICZ, « La Convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile », *AFDI*, 1971, volume 17, p. 855 et s.

264 Art. 1, Convention de Tokyo 1963.

265 Kevin Constant KATOUYA, *Réflexions sur les instruments de droit pénal international et européen de lutte contre le terrorisme*, Publibook, 2013, p. 70.

…/…

tentative[266]). Et enfin la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, adoptée le 23 septembre 1971 à Montréal [267].

229. La Convention de Tokyo en tant que premier instrument formel du droit conventionnel antiterroriste, ne prévoyait rien en matière d'extradition[268]. Il en va différemment dans la Convention de La Haye dont l'article 8 prévoit que :

> « *1- l'infraction est de plein droit comprise comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États contractants. Les États contractants s'engagent à comprendre l'infraction comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux.*
>
> *2- si un État contractant qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État contractant avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a l'attitude de considérer la présente convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne l'infraction. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis* ».

Son article 10 ajoute quant à lui que :

> « *1- les États contractant s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative à l'infraction et aux autres actes visés à l'article 4. Dans tous les cas, la loi applicable pour l'exécution d'une demande d'entraide est celle de l'État requis.*
>
> *2- Toutefois, les dispositions de paragraphe 1er du présent article n'affectent pas les obligations découlant des dispositions de tout autre traité de caractère bilatérale ou multilatéral qui régit ou régira, en tout ou en partie, le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale* ».

Ces dispositions se retrouvent à l'identique dans la Convention de Montréal, également aux articles 8 et 10 de cette convention.

---

266 V. art. 1, Convention de La Haye 1970 érigeant en infraction le fait pour une personne d'accomplir illicitement et intentionnellement un acte de violence à bord d'un aéronef en vol si cet acte est de nature à compromettre la sécurité de cet aéronef; de même que le fait de détruire un aéronef en service ou de lui causer des dommages le rendant inapte au vol ou qui sont à nature à nuire à sa sécurité en vol, de placer ou de faire placer sur un aéronef en service, par quelque moyen que ce soit, un dispositif ou des substances à même de détruire ledit aéronef ou de lui causer des dommages ; comme le fait de détruire ou d'endommager des installations ou des services de navigation aérienne ; ces incriminations comprennent aussi la complicité et la tentative de tous ces actes.

267 Art. 1, Convention de Montréal 1971.

268 Ana PEYRO LLOPIS et Damien VENDERMEE*RS*CH, « L'extradition et l'entraide judiciaire », *in Juger le terrorisme dans l'État de droit*, Bruylant, 2009, p. 405 et s.

…/…

230. Sur le plan rédactionnel, la double incrimination n'est donc pas mentionnée, mais cela n'empêche pas de pouvoir affirmer que la double incrimination est bel et bien présente, bien qu'indirectement pour les deux raisons suivantes.

Premièrement, en raison du système « d'application indirecte » du droit pénal international[269], puisque les conventions mentionnées traitent certains aspects criminels en renvoyant aux lois nationales, comme le montrent les articles 8 et 10 de ces conventions[270]. En analysant l'article 8-1, on peut lire que la Convention affirme que l'infraction, de plein droit, est comprise comme un « *cas d'extradition* », ce qui signifie que les infractions figurant à l'article premier doivent être considérées comme des infractions susceptibles de faire l'objet d'une extradition. Il en résulte que pour que l'extradition puisse être accordée en raison de ces infractions, celles-ci doivent être reconnues réciproquement comme des actes criminels dans l'État requérant et l'État requis.

231. C'est ce qu'affirme le dernier paragraphe de l'article 8-2 qui précise que « *l'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis* ». Cette convention a formulé explicitement le système d'application par renvoi aux lois de l'État requis pour déterminer les conditions juridiques de l'extradition. De la sorte en droit français, on ne peut éviter l'article 696-3 du Code de procédure pénale qui dispose : « *En aucun cas l'extradition n'est accordée par le gouvernement français si le fait n'est pas puni par la loi française d'une peine criminelle ou correctionnelle* ». En appliquant cette règle aux conventions déjà mentionnées il n'y a d'autre choix que d'appliquer systématiquement la double incrimination dans les conventions relatives au terrorisme aérien.

232. Cette solution adoptée par ces conventions est affirmée aussi par les résolutions de l'Assemblé générale qui font référence aux lois nationales afin de décider d'accorder ou

---

269 M. C BASSIOUNI, op. cit.p. 169.

270 Ces conventions font référence aux lois nationales pour des aspects autres que l'extradition comme les dispositions sur la détention figurant à l'article 6 qui renvoie aux lois de l'État sur le territoire duquel l'auteur présumé se trouve.

…/…

non l'extradition ou toute autre procédure d'entraide pénale internationale pour une lutte efficace contre le terrorisme. Pour preuve la résolution 49/60 indique que : « *5- Les États doivent également … b) veiller à arrêter, traduire en justice ou extrader les autres actes de terrorisme, conformément aux dispositions pertinentes de leur droit national* »[271]. Ainsi, l'application de la double incrimination s'avère intournable dans la mise en œuvre du système de coopération judiciaire instauré dans le domaine de l'antiterrorisme.

233. Deuxièmement, en raison de lien existant entre la double incrimination et le principe de légalité criminelle[272], Le principe de légalité criminelle, en tant que principe fondamental, appartient aux principes généraux de droit en droit international et est ainsi reconnu par les nations civilisées comme source du droit international général[273]. Il convient ici de préciser que les conventions internationales ne dérogent pas aux droits fondamentaux du droit international, en particulier les Droits de l'Homme qui constituent une base essentielle de toute convention en matière pénale afin d'assurer l'État de droit pour les pays contractants à ces conventions.

234. Dès lors la double incrimination est imposée indirectement dans les conventions antiterroristes. Nous ne pouvons en effet pas écarter la double incrimination dans les conventions antiterroristes en raison de l'absence de sa mention, l'application d'un principe fondamental, en l'occurrence le principe de légalité criminelle ne nécessitant pas d'être explicitement nommé pour être appliqué. Au contraire, c'est la dérogation à la double incrimination qui doit être explicite, de par son atteinte à la stabilité juridique préétablie.

235. Quant à l'article 10 de la Convention de La Haye, il porte sur l'entraide pénale judiciaire entre les États contractants et les invite à accorder l'entraide judiciaire la plus large possible. Cet article repose sur le même modèle que celui adopté à l'article 8 en stipulant que « *dans tous les cas, la loi applicable pour l'exécution d'une demande d'entraide est*

---

271 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 49/60, 17 février 1995.

272 *cf.* introduction générale n° 32 et s.

273 Art. 38 du statut de la Cour internationale de justice.

…/…

celle de l'État requis »[274]. En droit français, il convient dès lors d'appliquer le titre X du Code de procédure pénale, intitulé, « entraide judiciaire internationale », qui comprend, on l'a vu, des dispositions générales et spéciales sur différents mécanismes procéduraux.

Or ces dispositions, comme on l'a indiqué, ne font pas de la double incrimination une condition de l'entraide judiciaire[275].

236. L'article 694-4 du Code de procédure pénale prévoit toutefois que « *Si l'exécution d'une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation, le procureur de la République saisi de cette demande ou avisé de cette demande en application du troisième alinéa de l'article 694-1 la transmet au procureur général qui détermine, s'il y a lieu, d'en saisir le ministre de la justice et donne, le cas échéant, avis de cette transmission au juge d'instruction* ». Il s'agit ici d'une règle générale selon laquelle l'entraide judiciaire internationale demandée à l'autorité française ne doit pas porter atteinte à l'ordre public français[276].

Or, certains auteurs retiennent l'article 694-4 comme un cas de refus de l'entraide judiciaire internationale si elle porte atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation, et considèrent que l'atteinte à l'ordre public est un motif utile pour pallier l'absence de condition de double incrimination[277].

237. Par ailleurs, comme le montre par exemple l'article 694-11 sur l'entraide aux fins de saisie des produits d'une infraction en vue de leur confiscation ultérieure, qui renvoie à l'article 713-37 pour déterminer les motifs de refus de l'entraide judiciaire en ce domaine. lequel prévoit que « *Sans préjudice de l'application de l'article 694-4, l'exécution de la confiscation est refusée : 1° Si les faits à l'origine de la demande ne sont pas constitutifs*

---

274 Art. 10 de la Convention de La Haye de 1970, et art. 11 de la Convention de Montréal de 1971.

275 Didier REBUT, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 2015, p. 304, n° 505.

276 Cet article est inspiré de l'article 2 de la Convention européenne du 20 avril 1959 : « *l'entraide judiciaire pourra être refusée : b- si la partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays* » V. Art. 3 de la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et les Émirats Arabes unis de 2 mai 2007.

277 Didier REBUT, op. cit. p. 305, n° 506.

d'une infraction selon la loi française », montre que la double incrimination est bel et bien exigée pour certains mécanismes d'entraide judiciaire internationale.

238. Dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale l'application de la double incrimination est néanmoins atténuée en comparaison avec ce que prévoit les procédures de l'extradition, sous condition que l'acte de l'entraide judiciaire n'ait pas un caractère coercitif.

239. Les Conventions de La Haye et de Montréal, dans leurs dispositions dédiées à l'entraide judiciaire internationale, ont affirmé que celles-ci n'affectent en rien les obligations découlant des dispositions de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou voué à régir en tout ou partie l'entraide judiciaire en matière pénale. Ainsi est donnée priorité aux traités bilatéraux ou multilatéraux et la double incrimination y sera appliquée, qu'elle y soit présente ou absente[278]. On notera enfin que le Protocole de 1988 sur la répression des actes de violence dans les aéroports internationaux d'aviation civile, complétant la Convention de Montréal, ne comporte pas de dispositions dédiées à la double incrimination.

B. La lutte contre d'autres formes de terrorisme

240. Dans le domaine maritime, c'est la Convention de 1988 sur la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime qui s'applique[279]. On y retrouve un article rédigé comme l'article 8 de la Convention de La Haye sur le fait d'intégrer les infractions mentionnées dans la Convention comme des infractions extraditionnelles, ce qui permet d'éviter tout obstacle issu de la condition de double incrimination[280]. Elle opte aussi en

---

278 La Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et la Colombie de 21 mars 1997 stipule la double incrimination si la demande d'entraide a pour objet une perquisition ou une mesure conservatoire, et elle rend le refus obligatoire en l'absence de double incrimination.

279 Cette Convention a été élaborée par un Comité *ad hoc* établi par l'Organisation maritime internationale en Novembre 1986 après la saisie d'un navire battant pavillon italien détourné par des membres du Front de libération de la Palestine le 7 octobre 1985. V. Malvina HALBERSTAM, « Terrorism on the high seas : The Achille Lauro, piracy and the IMO Convention on maritim safety », the American journal of international law, Vol. 82, No.2, april 1988, p. 269 – 310.

280 Art. 11 de la Convention sur la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime adoptée à Rome le 10 mars 1988.

…/…

son article 11-2 pour le renvoi à la loi de l'État requis pour déterminer les conditions de l'extradition.

241. Il convient toutefois de souligner une nouveauté émergeant dans la Convention sur la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, plus précisément à l'alinéa 7 de l'article 11 qui prévoit que : « *s'agissant des infractions définies dans la présente convention, les dispositions de tous les traités et accords d'extradition conclus entre États parties sont modifiées entre États parties dans la mesure où elles sont incompatibles avec la présente convention* »[281]. Il s'agit là d'une influence non négligeable sur l'interprétation de la double incrimination dans la mise en œuvre de l'extradition ou d'autres actes d'entraide judiciaire en matière pénale lorsqu'ils le nécessitent tels que certains actes d'entraide judiciaire à caractère coercitif.

242. Les dispositions de cette convention reprennent à l'article 12 le dispositif présent à l'article 10 de la Convention de La Haye ainsi qu'à l'article 11 de la Convention de Montréal sans changement, en imposant le respect de toutes les obligations conclues dans les traités ou accords entre États.

243. On notera enfin que le Protocole de 2005 relatif à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime a élargi le champ des infractions de la Convention de 1988[282], sans apporter de changement sur le traitement de la double incrimination ni à l'occasion du traitement de l'extradition ni de celui de l'entraide judiciaire en matière pénale.

244. Au début des années soixante-dix, la communauté internationale a commencé à s'inquiéter des menaces visant les diplomates et autres individus après le kidnapping et le meurtre de l'Ambassadeur Américain Cleo Noel à Khartoum en mars 1973, ce qui a incité les États-Unis à présenter à l'Assemblée générale des Nations-Unies une

---

281 Ana PEYRO et Damien VANDERMEE*RSC*H, op. cit. p. 436. Christopher C. JOYNER, « International extradition and global terrorism: bringing international criminals to justice », *Loyola of Los Angeles international and comparative Law review*, 2003, p. 493.

282 Pour une explication détaillée sur la nouveauté dans ce Protocole. V. Kevin Constant KATOUYA, op. cit. p. 72. et Christopher C. JOYNER, op. cit. p. 523.

proposition de convention internationale sur la prévention et la répression des infractions contre les diplomates.

245. Cette initiative américaine a accéléré l'adoption de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, adoptée à New York le 14 décembre 1973.

246. L'article 8-1,2 reprend des dispositions similaires à celles de l'article 8 de la Convention de La Haye en considérant les infractions figurant dans la Convention comme des infractions extraditionnelles et en prévoyant que l'extradition est subordonnée aux conditions prévues par la loi de l'État requis. La Convention internationale contre la prise d'otages adoptée à New York le 17 décembre 1979 reprend aussi dans son article 10 des dispositions identiques à celles de l'article 8 de la Convention de La Haye sur les infractions extraditionnelles et l'application des conditions de l'extradition prévues par la loi de l'État requis.

247. Concernant les dispositions sur l'entraide judiciaire internationale figurant dans les conventions antiterroristes sur la protection des personnes, rien ne les différencie de celles figurant dans la Convention de La Haye ; mais la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale ajoute un exemple de cette entraide judiciaire en stipulant : « *y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments des preuves dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure* »[283].

La Convention faisant suite à la prise d'otages du 17 décembre 1973 prévoit les mêmes dispositions sur l'entraide judiciaire internationale à l'article 11, tout en respectant les Traités et accords conclus entre États en matière d'entraide judiciaire pénale internationale.

248. Pour ce qui est du terrorisme nucléaire et du terrorisme aux moyens d'explosifs, trois conventions les abordent : en premier lieu, la Convention sur la protection physique des matières nucléaires, adoptée à Vienne le 26 octobre 1979, ensuite la Convention

[283] Art. 10-1 de la Convention sur la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale de 14 décembre 1973.

internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif adoptée à New York le 15 décembre 1997, et enfin la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire ouvert à la signature à New York le 14 septembre 2005.

249. Ces trois conventions ont pris pour modèle l'article 8 de la Convention de La Haye qui y figure à l'identique, l'article 11 de la Convention sur la protection physique des matières nucléaires, l'article 9 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes, et l'article 13 de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire reprennent en effet la même rédaction que celle de la Convention de La Haye concernant les dispositions dédiées à l'extradition. Il convient de noter que la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes a suivi la méthodologie de la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime de 1988 en ce qui concerne le rôle modifiable de cette convention sur tous les traités et accords de l'extradition entre les États parties pour qu'ils soient compatible avec cette convention.

250. On peut aussi observer des similitudes concernant les dispositions sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, malgré quelques différences dans les termes employés. L'article 13 de la Convention sur la protection physique des matières nucléaires de 1979, l'article 10 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosifs, et l'article 14 de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire de 2005 invitent les États parties à accorder l'entraide judiciaire la plus large possible en respectant les traités et les accords en la matière ainsi que les lois de l'État requis en l'absence de ces traités ou accords.

251. Enfin, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999, qui n'a pas apporté de nouveauté au niveau de la double incrimination, réaffirme le contenu des précédentes conventions en considérant les infractions visées comme des infractions extraditionnelles à l'article 11, de même que les conditions applicables à l'extradition, c'est-à-dire celles de l'État requis comme cela semble prévu par toutes les conventions antiterroristes.

252. Dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale, ladite convention n'a pas créé de nouvelles dispositions concernant le respect des traités et accords entres les États parties,

mais en l'absence de traité ou d'accord, il est indiqué de se référer aux lois des États, requérant ou requis.

253. À la lecture de ces conventions internationales contre le terrorisme il apparaît évident que la condition de double incrimination n'en est pas au cœur, notamment en raison de son absence textuelle. Une telle absence peur d'ailleurs se voir justifiée par l'obligation posée aux États de définir, incriminer, et réprimer les infractions faisant l'objet de ces conventions. En effet, ces obligations tendent à rendre la double incrimination inutile puisqu'elles imposent de faire présumer l'existence de toutes ces infractions dans les systèmes internes.

254. Parmi les conventions antiterroristes, deux d'entre elles ne définissent pas les infractions (*cf.* la Convention de Tokyo de 1963, et la Convention de marquage des explosifs de 1991). Huit conventions et deux Protocoles obligent les États à réprimer les infractions définies par leurs articles : la Convention de 1970 sur la capture illicite d'aéronefs, la Convention de 1971 sur la sécurité de l'aviation civile et son Protocole de 1988 sur la sécurité des aéroports, la Convention de 1988 sur la sécurité de la navigation maritime, la Convention de 1980 sur la protection des matières physiques nucléaires, la Convention de 1997 sur les attentats terroristes à l'explosif et la Convention de 1999 sur le financement du terrorisme.

255. Dès lors que les États parties aux conventions antiterroristes sont obligés de réprimer les faits définis ou mentionnés, ils sont devant deux solutions possibles : soit la loi nationale définit elle-même les infractions de manière autonome selon la technique dite d'« incorporation »[284] ou bien selon « le système d'application indirecte de droit pénal international »[285]en définissant l'infraction par une formule suffisamment proche de celle figurant dans les conventions antiterroristes pour que l'obligation soit remplie, soit la loi nationale renvoie à la définition de la Convention internationale en utilisant le système du renvoi ou de la référence[286].

---

284 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 3e édition, Puf, 2005, p. 135, n° 79.

285 M. C. BASSIOUNI, op cit. p. 169.

286 Jean-Christophe MARTIN, op. cit., p. 127.

256. Des divergences de définitions peuvent toutefois apparaître entre les États et peuvent susciter des problèmes de mise en œuvre de la double incrimination. Il est alors souhaitable de reprendre la terminologie employée par les conventions dans les lois nationales promulguées afin de faciliter les allers-retours entre conventions et lois nationales notamment lors de la méthode de définition par renvoi.[287]

§ 2. Les conventions internationales en matière de stupéfiants

257. La lutte contre les stupéfiants n'est devenue un objet de droit pénal international qu'au XXème siècle. Auparavant, il ne constituait pas une problématique pénale appelant une intervention internationale. Mais, sous l'impulsion de la stratégie juridique des États-Unis au sein des Nations-Unies, la question des drogues a été élevé au rang de « problème humanitaire et universel » qui a conduit à d'exporter un modèle prohibitionniste à l'ensemble de la planète[288].

258. Pour les Nations-Unies, l'ambition de faire intervenir la Communauté internationale visait d'abord l'objectif de mettre en place un régime administratif de contrôle des stupéfiants afin d'en réserver l'usage à des fins médicales et scientifiques[289]. C'est ce qui fut réalisé par la Convention unique du 30 mars 1961 sur les stupéfiants[290], et la Convention du 21 février 1971 sur les substances psychotropes. L'objectif du droit international par lesdites conventions est d'instaurer un régime de contrôle sur le marché licite des drogues pour usage médical ou scientifique seulement. Cette volonté apparait dans les préambules des deux conventions qui reconnaissent « *que l'usage médical des stupéfiantes demeure indispensable pour soulager la douleur et que les mesures voulues*

---

287 Guide législatif sur les conventions et Protocoles mondiaux contre le terrorisme, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, 2004, p. 7.

288 Renaud COLSON, « Prendre le droit international et européen de la drogue au sérieux ? Note sur la rationalité punitive du régime prohibitionniste », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, ANTHEMIS, 2013, p. 207 et s.

289 Christine GUILLAIN, « Les injonctions pénales du droit international et du droit européen en matière de drogue : un dialogue de sourds ? », *in* ibid., p. 179.

290 Il faut rappeler que la Convention du 1961 sur les stupéfiants a remplacé tous les traités antérieurs en ce domaine.

…/…

doivent être prises pour assurer que des stupéfiants soient disponibles à cette fin »[291] et qu'il est « *nécessaire de prendre des mesures rigoureuses pour limiter l'usage de ces substances à des fins légitimes* »[292].

259. Toutefois la mise en œuvre de ces conventions s'est montrée insuffisante pour empêcher le détournement de ces drogues à des fins illicites[293], ce qui a causé beaucoup de troubles au sein de la communauté internationale notamment après le constat de l'influence de ce marché sur l'économie et la santé humaine. Par conséquent les Nations-Unies ont opté pour la répression par l'adoption de la Convention du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y avait pas de mesures répressives dans les deux premières conventions en matière de drogues. Les dispositions pénales en la matière ont cependant été insérées timidement comparé aux règles administratives comme le démontre le préambule de la Convention de 1988 ainsi rédigé : « *Reconnaissant la nécessité de renforcer et de compléter les mesures prévues dans les conventions antérieures afin de réduire l'ampleur et l'étendue du trafic illicite et d'en atténuer les graves conséquences* ».

Cette différence de perspective entre les conventions explique en partie le faible agencement de la double incrimination dans la Convention unique de 1961 sur les stupéfiants, modifiée par le Protocole de 1972 et la Convention de 1971 sur les substances psychotropes.

260. Les conventions de 1961 et de 1971 ne contiennent pas dans le corps de leur texte de dispositions dédiées à l'extradition ou à l'entraide judiciaire en matière pénale. Il était assez difficile, du moins à cette époque-là, eu égard à la grande diversité des traditions morales, religieuses et culturelles, d'établir des règles internationales universellement acceptables trouvant leur application dans les systèmes pénaux nationaux en matière de

---

291 Préambule de la Convention unique du 30 mars 1961 sur le stupéfiant.

292 Préambule de la Convention du 21 février 1971 sur les substances psychotropes.

293 Christine GUILLAIN, op. cit., p. 179.

…/…

drogue.[294]. En ce sens on voit apparaître la possibilité pour les États parties de faire des réserves quant à l'usage du cannabis à des fins non médicales[295], ou de substances psychotropes pour certains groupes à l'occasion de cérémonies magiques ou religieuses[296].

261. Cependant ces difficultés n'ont pas empêché la communauté internationale d'instaurer des dispositions répressives au sein des conventions précitées. L'article 36 de la Convention de 1961 et l'article 22 de la Convention de 1971 intitulé « Dispositions pénales » ont englobés des dispositions répressives contre le détournement qui poursuivent deux objectifs : l'un concerne l'incrimination et la répression de ces comportements en droit national, et l'autre concerne la coopération internationale entre les États parties à la convention.

Or la double incrimination n'a aucune place clairement admise au sein de ces conventions, dans lesquelles les dispositions de coopération internationale sont relativement proches de celles de la Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs. Cela peut s'expliquer de plusieurs façons, dont l'ancienneté de ces conventions montrant la fiabilité du développement du droit international au sein des Nations-Unies, et la nature « non-répressive » de ces conventions expliquant de ce fait un nombre insuffisant de dispositions conventionnelles répressives.

262. Les États sont liés en la matière par le paragraphe 2 de l'article 36 de la Convention de 1961 écrit comme suit : « *sous réserve des dispositions constitutionnelles de chaque partie, de son système juridique et de sa législation nationale : b) i : chacune des infractions énumérées aux paragraphes 1 et 2, a, ii, du présent article est de plein droit comprise comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre les Parties. Les Parties s'engagent à comprendre ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre elles* ». Ce qui les oblige, en accord avec leurs

294 Commentaire sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, préparés par le Secrétaire général conformément au paragraphe 1 du dispositif de la Résolution D XXXIV du Conseil économique et social, en date de 3 août 1962.

295 Article 49 de la Convention de 1961.

296 Article 32 de la Convention de 1971.

systèmes constitutionnels et juridiques, de considérer les infractions mentionnées comme des infractions extraditionnelles. Le but est de permettre aux États de s'entraider sur des actes considérés comme des actes infractionnels au regard du paragraphe 1 et 2-a-ii de l'article 36. Il en résulte que ces comportements doivent être incriminés eu égard au paragraphe 1 et 2-a-ii, et que la condition de double incrimination sera implicitement remplie pour les infractions en question.

263. Ce paragraphe 1 de l'article 36 a énuméré les actes que les États doivent incriminer : la culture, la production, la fabrication, l'extraction, la préparation, la détention, l'offre, la mise en vente, la distribution, l'achat, la vente, la livraison, à quelque titre que ce soit, le courtage, l'envoi, l'expédition en transit, le transport, l'importation et l'exportation de stupéfiants non conforme aux dispositions de la présente convention, ainsi que « *tout autre acte qui, de l'avis de ladite partie, serait contraire aux dispositions de la présente convention ...* ». Laisser certains aspects de la répression à l'appréciation des États parties peut mener à des divergences textuelles et juridiques notamment sur les types de comportements incriminés voire à entrer en contradiction avec les dispositions de cette convention, une telle application peut également poser des conflits d'interprétation sur la notion « d'infractions extraditionnelles ».

264. La rédaction de l'article 22 paragraphe 2-b de la Convention de 1971 sur les substances psychotropes est proche de celle de l'article 36 de la Convention de 1961 sans pour autant en être la copie. L'article 22-2-b, débute ainsi : « *il est souhaitable que les infractions mentionnées ... soient considérées comme des cas d'extradition aux termes de tout traité d'extradition conclu ou à conclure entre des Parties* ». Cette introduction d'article laisse entendre un caractère facultatif ou de recommandation pour l'application de ce paragraphe. Ce qui est de nature à affaiblir la position de la double incrimination dans cette convention. Mais le paragraphe 2-b-ii, de l'article 36 de la Convention de 1961 prévoit que « *l'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de la Partie requise* », et le paragraphe 2-b, de la Convention de 1971 ajoute que : « *toutefois, l'extradition sera accordée conformément à la législation de la Partie à qui la demande d'extradition est adressée* ». Le renvoi aux législations nationales dans ces

conventions est la solution la plus efficace pour imposer l'exigence de la double incrimination en matière d'extradition entre les États parties.

Lesdites conventions ne contiennent en revanche aucune disposition consacrée à l'entraide judiciaire pénale, et ce même dans la partie réservée aux dispositions pénales.

265. Quant à la Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988, elle n'opère pas de grand changement, ni ne diffère de manière remarquable sur la situation de manière générale ou sur le traitement de la double incrimination plus particulièrement. Malgré cela, elle est considérée comme étant la première convention multilatérale dans laquelle tous les instruments de la coopération internationale en matière pénale, qu'ils soient traditionnels ou modernes ont été intégrés et reconnus[297]. Les nouveautés apportées par cette convention au niveau de l'entraide judiciaire sont le transfert des procédures répressives (article 8), l'exécution des décisions criminelles rendues par l'autorité étrangère (article 6 § 10), le transfert des personnes condamnées (article 6 § 12) le transfert et l'exécution des décisions de confiscations rendues par l'autorité étrangère (article 5 § 4).

266. Il semblerait qu'un critère de gravité soit introduit par l'article 6 intitulé « L'extradition » dont le paragraphe 1 précise que : « *le présent article s'applique aux infractions établies par les parties conformément au paragraphe 1 de l'article 3* ». En effet on peut comprendre que l'extradition pouvant être accordée par l'État requis à l'État requérant doit se limiter aux infractions relativement graves conformément à la législation sur les drogues et énumérées à l'article 3 § 1[298]. Ainsi, les dispositions relatives à l'extradition n'englobent pas le paragraphe 2 de l'article 3 concernant les actes de détention, l'achat de stupéfiants et de substances psychotropes, et la culture de stupéfiants destinés à la consommation personnelle.

267. Le paragraphe 2 de l'article 6 vise à considérer les infractions figurant au paragraphe 1 de l'article 3 comme des infractions extraditionnelles qui doivent être incluses dans tout

---

297 Julian J.E. SCHUTTE, « Extradition for drug offences : new developments under the 1988 U.N. Convention against illicit traffic in narcotic and psychotropic substances », *RIDP*, 1991, p. 135.

298 Ces infractions sont le blanchiment d'argent, la fabrication, le transport ou la distribution de matériel, d'équipement et de substances énumérées aux Tableau I et II de la Convention.

traité d'extradition en vigueur et dans tous les traités à conclure dans le futur. La Convention de 1988 suit la même méthode que les autres conventions en tenant compte du modèle « liste d'infractions » des traités d'extradition et de ce fait, comme son nom l'indique, énumère une liste exhaustive d'infractions, sur le modèle des anciens traités. Le problème dans ce contexte est que certaines infractions figurant au paragraphe 1 de l'article 3 doivent être établies sous réserve des principes constitutionnels et des concepts fondamentaux des systèmes juridiques des États parties[299]. En effet, le fait de se référer aux lois nationales est à même de produire des divergences entre les États à propos du modèle de l'intégration juridique de ces infractions ainsi que des différentes définitions de notions relatives à ces infractions comme la tentative, la conspiration ou les conseils. Ces divergences anticipées auront des effets sur la mise en œuvre de l'extradition à l'égard de l'exigence de la condition de la double incrimination en tant qu'exigence standard de la mise en œuvre de la coopération internationale en matière pénale[300]. De plus, ces infractions ont été créées pour la première fois dans cette convention en matière de stupéfiants car elles échappaient, pour la plupart, à la coopération internationale au sein des anciennes conventions[301].

268. La double incrimination n'a pas été expressément citée dans la Convention de 1988 mais le paragraphe 5 de l'article 6 rappelle que « *l'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la partie requise ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels la partie requise peut refuser l'extradition* ». La double incrimination, en tant que condition traditionnelle, demeure une condition respectée si le droit de la partie requise ou les traités d'extradition l'exigent.

269. La double incrimination joue toujours un rôle majeur dans les conventions moins développées comme celle-ci et ce malgré les innovations apportées. Si l'impact de cette

---

299 Paragraphe 1, *c*, de l'article 3 de la Convention de 1988.

300 Julian J.E. SCHUTTE, op. cit. p. 137.

301 Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes 1988, faite à Vienne le 20 décembre 1988. P. 134.

…/…

condition a été atténué par l'intégration des infractions figurant au paragraphe 1 de l'article 3, il n'en a pas pour autant été éliminé complètement[302].

270. En outre il apparaît que parmi les dispositions sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale au sein de la Convention de 1988 figurant en son article 7, plus aucune référence explicite n'est faite, ni à l'expression « double incrimination » ni à la notion ou au concept de double incrimination. Le premier paragraphe encourage les États parties à s'entraider en matière pénale pour toute enquête, poursuites pénales et toutes autres procédures judiciaires chaque fois qu'il s'agira de l'une des infractions figurant au paragraphe 1 de l'article 3. Dès lors les infractions du paragraphe 2 de l'article 3 sont également exclues du champ d'application de l'entraide judiciaire en matière pénale de cette convention.

271. Une fois l'énumération des mesures d'entraide faite (cf. paragraphe 2), le paragraphe 3 donne la possibilité aux États parties d'accorder toute autre forme d'entraide judiciaire si elle est autorisée par le droit interne de la partie requise. Cette reconnaissance des mesures d'entraide judiciaire ne figurant pas au paragraphe 2 mais en droit interne, est proche du concept dit de « l'utilisation spéciale de la double incrimination »[303].

272. Le paragraphe 6 régit le conflit éventuel qui pourrait avoir lieu entre cette convention et les traités bilatéraux ou multilatéraux en donnant la priorité aux traités bilatéraux ou multilatéraux. Que faire si les traités bilatéraux et multilatéraux exigent la double incrimination pour accorder la demande d'entraide judiciaire adressée par l'État requérant, alors que la Convention de 1988 ne fait aucune référence à la double incrimination ? Convient-il de respecter les conditions stipulées par les traités en raison de leur priorité posée par le paragraphe 6 ou bien accorder la demande d'entraide même en l'absence de double incrimination ? La réponse n'est pas claire. Si l'on se fie à une interprétation littérale ; les traités bilatéraux et multilatéraux ont la priorité s'ils exigent la double incrimination. Mais le commentaire de la Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes donne une réponse différente.

---

302 Ibid. p 139

303 Concept selon lequel l'État requis n'accorde pas l'extradition si l'État requérant se fonde sur une compétence juridictionnelle inconnue par l'État requis. V. n° 86.

Selon le commentaire, le paragraphe 6 ne donne pas à ces traités priorité générale sur les dispositions de la Convention de 1988, mais il tend plutôt à empêcher que les obligations assumées dans le cadre du traité d'entraide judiciaire de caractère général se trouvent amoindries du fait des dispositions spécifiques de la Convention. Le commentaire a mis en lien cette interprétation avec le paragraphe 1 qui assure une entraide judiciaire la plus large possible, cela signifie que lorsque la Convention exige la fourniture d'une assistance plus large (sans exigence de double incrimination) dans le contexte du trafic illicite, que celle qui est prévue par les traités bilatéraux ou multilatéraux, ce sont les dispositions de la Convention qui doivent prévaloir[304].

273. Les motifs de refus d'entraide judiciaire énoncés au paragraphe 15 pourraient cependant être interprétés comme pouvant contenir la double incrimination parmi eux. En effet, « *l'entraide judiciaire peut être refusée : b) si la partie requise estime que l'exécution de la demande peut porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels* ». Faire référence à l'ordre public national ou à d'autres intérêts essentiels peut très bien comprendre la double incrimination si l'État requis estime que la participation à une entraide judiciaire pour un fait n'ayant pas de caractère criminel porte atteinte à son ordre public[305].

274. La confiscation dans la Convention de 1988 est abordée à l'article 5 qui est subdivisé en deux parties, la première concernant la confiscation en tant que mesure prise par l'autorité nationale sans aucun élément d'extranéité (aspect national), la deuxième concernant la confiscation demandée ou rendue par une décision adressée par une autorité étrangère (aspect international). Le paragraphe 4 alinéa *c* assure quant à lui que les mesures prévues aux alinéas *a* et *b* (mesures de confiscation, gel, détection ou saisie des biens et des instruments) sont prises par la partie requise conformément à son droit interne et selon les dispositions de ce dernier. Vu que la confiscation est une mesure classée parmi les formes d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, elle est donc soumise au

---

304 Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes 1988, faite à Vienne le 20 décembre 1988 op. cit. p. 159.

305 Didier REBUT, op. cit., n° 506.

…/…

même traitement que l'entraide judiciaire dans la Convention de 1988 qui ne prévoit aucune règle spécifique sur la double incrimination.

275. En général les conventions des Nations-Unies en matière de stupéfiant ne traitent pas explicitement de la question de la double incrimination, en tant que concept[306]. Nous pouvons observer que les deux premières conventions, à savoir la Convention de 1961 et la Convention de 1971, ne sont pas des conventions répressives ce qui justifie l'absence totale de double incrimination et que la Convention de 1988 est considérée comme la première convention multilatérale répressive internationale dans laquelle tous les instruments de coopération internationale en matière pénale ont été reconnus pour la première fois.

§ 3. Les conventions internationales de lutte contre la criminalité organisée

276. Le développement international et la mondialisation ont touché différents aspects de notre vie dont l'aspect criminel. La criminalité ne cesse de se développer usant toujours plus de nouvelles technologies pour échapper à l'épée de la loi. À l'instar de ce développement, la criminalité d'aujourd'hui ne se limite pas aux frontières étatiques et bénéficie d'autant plus de moyens humains et matériels. « Les besoins se réunissent »[307], c'est pour cette raison que les criminels veillent à s'entraider établissant ainsi une réelle construction criminelle assise sur de bonnes bases et bien organisée ; d'où la dénomination d'« organisation criminelle ».

277. Une organisation criminelle est, selon certains auteurs, « *une association durable d'individus motivés par le profit, qui mènent des actions illégales coordonnées et qui ont recours à l'intimidation et à la violence* »[308]. Le crime organisé en tant que notion apparaît

306 Nous signifions, par l'emploi des termes « en tant que concept » que les conventions n'ont pas stipulé que l'extradition ou la demande d'entraide doivent être accordés pour les actes punissables tant dans la loi de l'Etat requis que celle de l'Etat requérant.

307 Adage historique Arabe.

308 Maurice CUSSON, « Brigands, trafiquants et mafieux, les organisations criminelles à la lumière de la criminologie historique ». *In La criminalité organisée*, LexisNexis, 2012, p. 7 et s.

…/…

dès la fin du XVIIIème siècle et a donné lieu au délit d'association de malfaiteurs inséré dans le Code pénal de 1810. Cependant le crime organisé en tant qu'expression est relativement récente puisque cette expression est apparue pour la première fois en 1896 au sein d'un rapport de la *New York society for the prevention of crime qui parle d'organized crim*[309].

La criminalité organisée a fait naître une série de comportements criminels comme les triades et les trafics d'êtres humains, d'œuvres d'arts, de stupéfiants, d'armes, le blanchiment du produit des crimes et d'argents, la corruption, les mafias etc.[310].

278. Aujourd'hui, le crime transnational organisé est considéré comme menaçant grandement la sécurité sociale, économique, politique et culturelle, et a amené la communauté internationale à se mobiliser collectivement sous l'égide de l'Organisation des Nations-Unies afin d'élaborer une convention internationale pour lutter contre la criminalité organisée. Cette volonté internationale s'est concrétisée avec la résolution 53/111 du 9 décembre 1998 créant un comité intergouvernemental spécial dont l'objectif ne se limitait pas à l'élaboration d'une convention internationale générale contre la criminalité transnationale organisée[311].

279. En effet, l'intention profonde des Nations-Unies dans cette convention est d'inciter les États, au moyen de Protocoles additionnels, à adhérer à cette convention puis à les obliger à incriminer les infractions mentionnées comme des infractions de droit commun dans leurs systèmes pénaux nationaux (système d'application indirecte de droit pénal international), ainsi qu'à mettre en œuvre des mécanismes solides d'entraide judiciaire internationale en matière pénale et faciliter dès que possible l'extradition entre les États parties.

V. aussi, Maria Luisa CESONI, « Incriminer les « groupes délinquants » organisés : des objectifs décalés », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Athemis, 2013, p. 149 et s.

309 Jean PRADEL, « Rapport introductif », *in La criminalité organisée*, LexisNexis, 2012, p. 1.

310 Sur la question des organisations criminelles, V. Jean-François GAYRAUD, « La mafia italo-américaine est-elle morte ? », Cahiers de la sécurité, 2009, N 9

311 https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/travaux-preparatoires.html

280. En matière de criminalité organisée, à la Convention internationale contre la criminalité transnationale organisée, signée le 12 décembre 2000 à Palerme (ci-après « Convention contre la criminalité organisée »), s'ajoutent un Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ainsi qu'un Protocole contre le trafic illicite des migrants par terre, mer et air, et un Protocole contre la fabrication et le trafic illicite d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions.

281. Nous avons mentionné au début de cette section, que nous procéderions à une approche sectorielle et respecterions toujours cette méthodologie. Cependant il convient de noter que la Convention contre la criminalité organisée ne suit pas elle-même cette approche, étant originale jusque dans sa méthode. En effet, la Convention contre la criminalité organisée présente la particularité de ne pas ressembler aux conventions antérieures des Nations-Unies car elle ne vise pas de comportement criminel déterminé[312].

282. La Convention contre la criminalité organisée contient deux aspects, le premier vise à une harmonisation des incriminations pénales des États parties d'après une liste d'infractions comprenant notamment la participation à un groupe criminel organisé (art.5), le blanchiment du produit du crime (art.6), des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent (art.7), la corruption (art.8), et l'entrave au bon fonctionnement de la justice (art.23). Le deuxième aspect vise à renforcer la coopération judiciaire pénale concernant différents concepts tels que la confiscation et la saisie des produits du crime (art.12), la coopération internationale aux fins de confiscation (art.13), l'extradition (art.16), l'entraide judiciaire internationale (art.18), l'enquête conjointe (art.19), l'utilisation de techniques d'enquête spéciales (art.20) et la coopération des services de détection et de répression (art. 26 et s.).

283. Pour aller plus avant dans notre étude, il convient d'aborder la terminologie employée à l'article 2 de cette convention. Elle joue un rôle essentiel dans l'harmonisation des termes des infractions et donc dans la transposition des dispositions de cette convention dans les droits pénaux internes des États parties. La déclaration politique de Naples et le plan

---

312 Yves GAUTIER, « La criminalité organisée saisie par le droit international », *in La criminalité organisée*, LexisNexis, 2012, p. 310.

mondial d'action contre la criminalité transnationale organisée affirment qu'une définition commune du concept de criminalité organisée doit être adoptée par la Communauté internationale « pour rendre les mesures prises au niveau national plus homogènes et la coopération internationale plus efficace »[313]. La Convention contre la criminalité organisée a défini en son article 2 les termes les plus importants pouvant présenter un obstacle à l'appréciation de la double incrimination dans l'exécution d'une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire.

284. La Convention contre la criminalité organisée a ainsi défini le « groupe criminel organisé » comme étant un groupe structuré de trois personnes ou plus, existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou établies conformément à la présente convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou matériel. Il est souhaitable que les États parties adoptent cette même terminologie afin de surmonter tout obstacle lié à l'appréciation de la double incrimination et causés par les termes employés, à l'instar des conventions internationales relatives au terrorisme.

285. En droit international et même avant l'adoption de la Convention contre la criminalité organisée, l'Association internationale de droit pénal avait organisé un congrès au sujet de la criminalité organisée : le congrès de Septembre 1999 à Budapest sur « les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé ». À cette occasion, la double incrimination était présente dans les discussions doctrinales sur la criminalité organisée. Ainsi, le Professeur Christopher BLAKESLEY a évoqué la question de la double incrimination en envisageant la notion de « *conspiracy* » établie dans le projet de la Convention contre la criminalité organisée — à cette époque là — à l'article 3 en soulignant l'approche différente des juristes représentant le système de droit de *Common Law* et le système romano-germanique. Certaines incriminations du crime organisé visent directement l'organisation criminelle, par exemple l'association de malfaiteurs ; ce crime doit consister en des actes

---

313 Déclaration politique de Naples et plan mondial d'action contre la criminalité transnationale organisée, annexés à prévention du crime et justice pénale, note du secrétaire général, U.N. doc. A/49/748 du 2 décembre 1994. V. aussi la Résolution 49/159 du 23 décembre 1994 approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies.

…/…

préparatoires nécessitant des faits matériels. Il s'est également prononcé sur le problème de la double incrimination en matière de crime organisé, en prônant d'une part l'incrimination autonome pour l'appartenance à un tel groupe, d'autre part l'incrimination de l'infraction réalisée[314].

286. Selon la résolution adoptée au XVIe congrès international de droit pénal de 1999 à Budapest, l'exigence de double incrimination, en tant que condition d'extradition, devait être maintenue. Concernant le cas d'entraide judiciaire en matière pénale, cette condition pouvait être abandonnée à condition qu'une telle assistance ne requière pas la prise de mesures coercitives ou de mesures qui pourraient conduire à une violation des Droits de l'Homme ou une restriction des libertés fondamentales[315].

La place de la double incrimination dans la Convention contre la criminalité organisée est plus claire, plus solide et plus structurée que dans les conventions internationales relatives au terrorisme.

287. Avant d'aller plus loin sur la double incrimination au sein de la Convention contre la criminalité organisée, il convient de noter que les dispositions de coopération internationale dans ladite convention sont de nature subsidiaire et s'appliquent en l'absence de traité ou de convention bilatérale ou multilatérale entre les États parties. Le paragraphe 4 de l'article 16 prévoit en effet que « *si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique* ».

288. Parmi les dispositions consacrées à la coopération internationale en matière pénale au sens général, c'est-à-dire à l'extradition et l'entraide judiciaire, la double incrimination semble une condition cardinale et essentielle aux yeux des Nations-Unies qui impose de la stipuler explicitement.

---

314 XVIe Congrès international de droit pénal, 5-11 septembre 1999 à Budapest. *RIDP*, 1999, p. 835 et s.

315 Résolution adoptée lors du XVI congrès international de droit pénal de 1999 à Budapest, *RIDP*, idem. P.884

L'article 16 de la Convention contre la criminalité organisée dédié à l'extradition est clair à ce sujet : « Le présent article s'applique aux infraction visées par la présente convention ou dans le cas où un groupe criminel organisé est impliqué dans une infraction visée à l'alinéa a ou b du paragraphe 1 de l'article 3 et que la personne faisant l'objet de la demande d'extradition se trouve sur le territoire de l'État partie requis, à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'État partie requérant et de l'État partie requis ».

289. La double incrimination en tant que condition essentielle dans les traités d'extradition ou d'entraide judiciaire internationale, prend deux formes : soit selon la méthode d'énumération, le Traité ou la Convention énumère une liste d'infractions pour lesquelles l'extradition pourrait être autorisée (généralement employée par les anciennes conventions et anciens traités d'extradition qui posaient des problèmes lors de l'identification et de la précision de l'infraction entre les États requérant et requis)[316] ; soit selon la méthode des peines minimales en faisant référence à la gravité de la peine exigée pour accorder l'extradition (méthode appliquée par la majorité des conventions d'extradition, et d'entraide judiciaire internationale pour surmonter les obstacles de l'application de la double incrimination posés par la méthode d'énumération). Or l'article 16 de la Convention contre la criminalité organisée a adopté ces deux méthodes.

290. Ce dernier a effectivement précisé les infractions susceptibles d'extradition, autrement dit les infractions extraditionnelles : « *les infractions visées par la présente convention ou dans le cas où un groupe criminel organisé est impliqué dans une infraction visée à l'alinéa a ou b du paragraphe 1 de l'article 3* ». L'obligation d'extrader s'applique en premier lieu aux infractions visées par la Convention elle-même ou aux infractions prévues aux *a* et *b* du paragraphe 1 de l'article 3, lequel prévoit que la convention s'applique : « *a) […] aux infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23, {et} b) […] infractions graves telles que définies à l'article 2 de la présente convention… Lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué* ». Et l'article 2 de la Convention contre la criminalité organisée définit

316 Cf. Convention franco-hellénique des 29 mars 11 avril 1906, citée en note de bas de page *in* Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, 1928, p. 270.

l'infraction grave comme « *un acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou une peine plus lourde* ».

291. Ainsi, selon les articles 16 et suivants, la double incrimination peut être remplie soit par la méthode d'énumération soit par celle de la peine. En tout cas cette condition est exigée et essentielle pour la mise en œuvre de l'extradition si les États parties se réfèrent à la Convention contre la criminalité organisée en tant que base juridique internationale de l'extradition.

292. Au contraire des conventions internationales en matière de terrorisme, l'article 16 de la Convention contre la criminalité organisée exige, pour satisfaire à la double incrimination, de se référer au droit interne de l'État requérant et de l'État requis. Il s'agit ici d'une garantie plus élevée afin que les États, en usant de cette convention en matière de coopération internationale, ne puissent déroger à l'exigence de double incrimination s'il n'existe pas de traité d'extradition entre eux ou s'ils n'ont pas de dispositions internes consacrées à l'extradition.

293. L'obligation d'extrader en vertu de l'article 16 ne se limite pas aux infractions de nature transnationale mais s'applique également aux cas où ces infractions impliquent un groupe criminel organisé et où la personne dont l'extradition est demandée est située sur le territoire de l'État requis, sans qu'il soit nécessaire d'établir la nature transnationale de la conduite criminelle. Dans ce cas, la double incrimination est également exigée[317].

294. L'exigence de la double incrimination est évidemment obligatoire pour accorder l'extradition en vertu de l'article 16 paragraphe 1 de la Convention contre la criminalité organisée. Mais cette exigence est réservée aux infractions figurant dans la Convention ou à toute autre « infraction grave » telle que mentionnée à l'article 2. Cela ne semble pas identique au paragraphe 2 de l'article 16 prévoyant que « *si la demande d'extradition porte sur plusieurs infractions graves distinctes, dont certaines ne sont pas visées par le présent article, l'État partie requis peut appliquer également cet article à ces dernières*

317 Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, 2012, p. 46. Disponible sur : https://www.unodc.org/documents/organizedcrime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_F.pdf

infractions ». Ce paragraphe élargit la portée de ce qui constitue une infraction extraditionnelle ; il permet par conséquent d'envisager l'extradition pour un fugitif ou un groupe de fugitifs présumés avoir commis pléthore d'infractions couvrant un large éventail de comportements criminels. Il est dès lors possible de n'adresser qu'une seule demande d'extradition pour traiter l'ensemble des comportements et faciliter ainsi les procédures[318]. On peut en outre remarquer, dans ce paragraphe, que dans la demande principale d'extradition (cf. § 1) la double incrimination est obligatoire mais que cette exigence n'est que facultative en ce qui concerne les infractions accompagnant la demande principale et qui pour certaines ne sont pas visées par l'article 16. C'est ce que l'on appelle « l'extradition accessoire »[319].

295. Le paragraphe 1 de l'article 16 fait une allusion directe à la condition de double incrimination en envisageant les infractions extraditionnelles et en exigeant une double répression par l'État requérant et l'État requis. Toutefois au vu du paragraphe 7 de l'article 16, l'on peut constater que le traitement est similaire à celui abordé dans les conventions internationales en matière de terrorisme : « *l'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État partie requis ou par les traités d'extradition applicable, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extrader et aux motifs pour lesquels l'État partie requis peut refuser l'extradition* ». Par ce système de renvoi, la convention fait dépendre des droits internes les conditions de l'extradition.

Se pose alors la question d'une contradiction éventuelle entre le paragraphe 1 qui exige la double incrimination comme condition d'extradition et le paragraphe 7 qui renvoie à la loi de l'État requis ou à la Convention ou au Traité d'extradition en vigueur, dans le cas où ce dernier ne prévoirait pas la double incrimination.

296. Pour répondre à cette question, il convient de rappeler que les paragraphes 4 et 5 de l'article 16 octroient un caractère subsidiaire à la Convention contre la criminalité

---

318 Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, idem.

319 L'extradition accessoire sera abordée dans la deuxième partie sous l'application problématique de la double incrimination. En général l'extradition accessoire est la capacité de poursuivre la personne réclamée pour des faits qui, à eux seuls, ne justifient pas une extradition à titre principal.

organisée face à un traité d'extradition qui existerait entre les États concernés. De plus, le paragraphe 7 renvoie autant au droit interne de l'État requis qu'aux traités et conventions conclus entre eux ; il s'agit donc d'un traitement général sans distinction entre la loi interne de l'État requis et les traités d'extradition. D'où le caractère subsidiaire reconnu à la Convention contre la criminalité organisée. Toutefois, cette convention n'est pas d'un caractère subsidiaire face aux lois nationales des États parties.

297. Pour une réponse plus claire et plus complète, il convient de se référer à la Convention de Vienne sur le droit des traités qui répond en son article 27 qu'« *une partie ne peut évoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité…* »[320]. Dans le même sens, la Cour Internationale de Justice a rappelé que les dispositions législatives nationales ne sauraient prévaloir sur celles d'un traité[321]. Par conséquent, les dispositions de la Convention contre la criminalité organisée prévalent sur celles de l'État requis, et la double incrimination sera alors exigée puisque cette convention est considérée comme la base légale en matière d'extradition pour les États parties.

298. Qu'en est-il maintenant des dispositions relatives à l'entraide judiciaire en matière pénale au sein de la Convention contre la criminalité organisée et présentes à l'article 18 de ladite convention ?

La Convention contre la criminalité organisée couvre un vaste champ d'application de l'entraide judiciaire dans le but de lutter contre la criminalité transnationale organisée et la freiner dès que possible. Elle se doit d'être un véritable instrument effectif et dynamique contre ce phénomène. Le paragraphe 1 de l'article 18 énonce ainsi que les États parties s'accordent mutuellement « l'entraide judiciaire la plus large possible » en ce qui concerne les enquêtes, les poursuites, et les procédures judiciaires concernant les infractions visées dans la Convention contre la criminalité organisée.

---

320 Convention de Vienne sur le Droit des traités de 23 mai 1969, disponible sur : www.traties.un.org.

321 C.P.J.I., 31 juillet 1930, avis, "Communautés" gréco-bulgares, série B n° 17, p. 32; CIJ, 26 avril 1988, avis, Obligation d'arbitrage selon l'Accord de 1947 relatif au siège de l'O.N.U., *Rec.*1988, 35. V. Stefan GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, 1970, p. 169.

299. Le paragraphe 3 de l'article 18 présente une liste des mesures d'entraide judiciaire qui peuvent être utilisée par les États parties ; il peut être question de recueillir des témoignages, signifier des actes judiciaires, effectuer des perquisitions, des saisies et des gels, examiner des objets et visiter des lieux, fournir des informations, identifier et localiser les produits des crimes, faciliter la comparution volontaire des personnes et tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État partie requis. Ces mesures susceptibles d'être utilisées comme moyen d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États sont de nature variée, certaines revêtant un caractère coercitif telles que les perquisitions et les saisies, au contraire de certaines autres, comme l'échange d'informations.

300. La double incrimination est plus solide et forte dans le domaine de l'extradition qu'en matière d'entraide judiciaire internationale au regard du caractère coercitif de l'extradition. Certains États exigent, pour accepter la demande d'entraide judiciaire, que la double incrimination soit remplie tandis que d'autres États ne l'exigent pas[322].

301. L'article 18 paragraphe 7 de la Convention a résolu l'obstacle de l'absence de base légale (nous entendons ici les cas d'absence de traité bilatéral ou multilatéral) pour accorder l'entraide : « *les paragraphes 9 à 29 du présent article sont applicables aux demandes faites conformément au présent article si les États parties en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États parties sont liés par un tel traité, les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables, à moins que les États parties ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 9 à 29 du présent article. Les États parties sont vivement encouragés à appliquer ces paragraphes s'ils facilitent la coopération* ». On peut en déduire que les dispositions d'entraide judiciaire dans la Convention ont un caractère subsidiaire et de là affirmer que le traitement de la double incrimination est un traitement subsidiaire applicable en cas d'absence de traité ou dans le cas où les États parties ont exprimé leur volonté d'appliquer les dispositions de cette convention.

---

322 Kimberly PROST, « Practical solutions to legal obstacles in mutual legal assistance », *in Denying safe haven to the corrupt and the proceeds of corruption*, A.D.B., 2006, p. 33.

302. En effet, les États parties « *peuvent invoquer l'absence de double incrimination pour refuser de donner suite à une demande d'entraide judiciaire prévue au présent article. L'État partie requis peut néanmoins, lorsqu'il le juge approprié, fournir cette assistance, dans la mesure où il le décide à son gré, indépendamment du fait que l'acte constitue ou non une infraction conformément au droit interne de l'État partie requis.* » (Article 18 § 9). Il s'agit ici de la première et dernière mention explicite de l'expression « double incrimination » dans cette convention.

303. Bien que cela puisse surprendre, c'est en cohérence parfaite avec la volonté de la Convention d'accorder l'entraide judiciaire la plus large possible. Ainsi en ne subordonnant pas l'entraide à une condition telle que celle de la double incrimination, elle simplifie les échanges inter étatiques en la matière. Le paragraphe précité insiste d'ailleurs sur le fait que les États parties « peuvent » invoquer l'absence de double incrimination, montrant dès lors que la Convention a bien atténué l'exigence de double incrimination qui était jusque-là stricte en matière d'entraide judiciaire.

304. Ce paragraphe a donné aussi la possibilité à l'État partie requérant de déroger à la double incrimination en accordant l'entraide judiciaire sans être obligé de vérifier si le fait pour lequel la demande a été adressée est aussi susceptible d'être puni selon la loi de l'État requis. Cette possibilité est conditionnée par l'appréciation de l'État partie requis s'il le juge approprié avec son droit interne.

Cependant cette place « facultative » occupée par la double incrimination ne peut reposer uniquement sur un paragraphe et est confirmée au paragraphe 21 de l'article 18 qui énumère les motifs de refus d'entraide dont les deux premiers intéressent notre étude :

> « *L'État partie requis « peut » refuser la demande d'entraide :*
>
> *Si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent article.*
>
> *Si l'État partie requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, sa sécurité, son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels.* »

305. En effet, force est de constater que la Convention rappelle qu'il ne s'agit que d'une possibilité pour l'État requis de refuser la demande d'entraide au cas où l'infraction qui en est l'objet ne constitue pas pour lui un acte criminel. La double incrimination est bel et bien un motif facultatif de refus. Concernant le –*b*-, rappelons que certains auteurs ont

estimé que l'ordre public pouvait être utilisée pour motiver un refus d'entraide judiciaire en l'absence de double incrimination[323].

306. La Convention contre la criminalité organisée se compose également de trois Protocoles additionnels portant sur les activités et manifestations spécifiques dans le domaine de la criminalité organisée. Le premier d'entre eux vise à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants[324] ; le second s'applique au trafic illicite de migrants par terre, air et mer[325] ; le troisième concerne la lutte contre la fabrication et le trafic illicite d'armes à feu, de leurs pièces, et des munitions[326].

307. Ces trois Protocoles réunis ont permis de catégoriser certains actes composant la criminalité organisée et considérés comme d'une particulière gravité aux yeux de la Communauté internationale. Or comme l'indique chaque protocole : « *les dispositions de la Convention s'appliquent mutatis mutandis au présent Protocole, sauf dispositions contraires dudit Protocole* ». Il en résulte que les infractions intégrées dans les Protocoles doivent être traitées comme celles figurant dans la Convention, y compris en matière d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale[327].

308. Par voie de conséquence, les infractions figurant dans les Protocoles additionnels sont de plein droit inclus dans tout traité d'extradition, et les conditions posée par la Convention contre la criminalité organisée sur l'extradition s'appliquent également aux infractions figurant dans les Protocoles additionnels. La condition de double incrimination s'applique donc à l'identique au sein de la Convention et des Protocoles.

309. Nous pouvons conclure de cette analyse sur les conventions internationales contre le crime organisé, que la double incrimination demeure toujours une condition facultative

---

323 Didier REBUT, op. cit. p. 305, n° 506.

324 Adopté par la Résolution 55/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, entrée en vigueur le 25 décembre 2003

325 Adopté par la Résolution 55/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, entrée en vigueur le 28 janvier 2004

326 Adoptée par la Résolution 55/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, le 31 mai 2001 et entrée en vigueur le 3 juillet 2005.

327 Charles-Éric CLESSE, « Les organisations internationales et la traite des êtres humains », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*. Anthemis, 2013, p. 95.

pour l'État requis qui n'est pas tenu de s'en servir pour refuser la demande d'entraide. Les Protocoles additionnels n'ont en effet pas apporté de nouveauté en la matière. Ce qui paraît cohérent avec l'objectif poursuivi puisque l'objet de ces Protocoles est d'élargir le champ d'application de la Convention et non de réaffirmer ou ajouter des conditions pouvant mener, au contraire, à restreindre ce champ d'application.

§ 4. La Convention internationale contre la corruption

310. « *La corruption sape la démocratie et l'état de droit, entraîne des violations des Droits de l'Homme, fausse le jeu des marchés, nuit à la qualité de la vie et crée un terrain propice à la criminalité organisée, au terrorisme et d'autres phénomènes qui menacent l'humanité* »[328].

311. La corruption est depuis assez longtemps considérée comme un phénomène ayant un impact important sur les aspects sociaux, politiques et économiques et fait trembler bon nombre de nations. Elle ralentit le développement social et économique, elle sape les institutions démocratiques et contribue à l'instabilité des nations et de leur gouvernement[329]. La corruption s'attaque également aux fondements des institutions démocratiques en faussant les élections, en corrompant l'État de droit et en créant des appareils bureaucratiques dont l'unique fonction réside dans la sollicitation de pots-de-vin. Ainsi, la Communauté internationale s'est rendu compte qu'il était nécessaire de s'entraider contre ce phénomène qui attaque tous les pays sans distinction de richesse ou de culture.

Le développement des moyens de communication, la mondialisation et la facilité de se déplacer aident les auteurs des infractions de corruption à échapper à la justice et à toute poursuite judiciaire nationale. Sans coopération internationale, toute poursuite, enquête ou sanction peut s'avérer inutile.

---

328 Kofi A. ANNAN, secrétaire général des Nations Unies.

329 Antonio ARGANDONA, « The United Nations Convention against corruption and its impact on international companies », *Journal of business ethics*, 2007, p. 481-496

…/…

312. Pour ces raisons, l'Assemblée générale des Nations-Unies a souhaité mettre en place un instrument international efficace contre la corruption, indépendamment de la Convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée[330] et a adopté la Convention approuvée par le Comité spécial contre la corruption par sa résolution 58/4 du 31 octobre 2003.

313. Concernant la double incrimination, deux points sont à noter dans la Convention internationale contre la corruption. De manière classique, cette convention fait de la double incrimination un point cardinal de la coopération internationale entre les États parties, ce qui peut se comprendre de par la place bien implantée au niveau international de cette condition (A). Mais elle innove également en prévoyant une application plus souple de cette condition afin de mieux lutter contre la corruption (B)

A. Un traitement classique de la double incrimination

314. La Convention internationale contre la corruption a conservé la double incrimination au sein de ses dispositions consacrées à l'extradition et à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

L'article 44 consacré à l'extradition stipule ainsi dans son premier paragraphe que « *le présent article s'applique aux infractions établies à la présente convention lorsque la personne faisant l'objet de la demande d'extradition se trouve sur le territoire de l'État partie requis, à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'État partie requérant et de l'État partie requis* »[331]. En cela cette convention ne diffère pas des conventions précédentes, faisant toujours prévaloir la condition de la double incrimination. D'après l'article 44-1, la double incrimination constitue même la base essentielle de toute demande d'extradition présentée par un État.

---

330 Résolution 55/61 du 4 décembre 2000.

331 Lors de la première lecture du projet, à la deuxième session du Comité spécial, certaines délégations ont pourtant estimé que la double incrimination n'était peut-être pas nécessaire dans le cadre de la future Convention s'il était dit de façon suffisamment claire à quelles infractions celle-ci s'appliquerait. V. Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

315. On peut par ailleurs établir un parallèle entre son paragraphe 3 et l'article 16-2 de la Convention internationale contre la criminalité organisée : « *si la demande d'extradition porte sur plusieurs infractions distinctes, dont au moins une donne lieu à extradition en vertu du présent article et dont certaines ne donnent pas lieu à extradition en raison de la durée de l'emprisonnement* mais *ont un lien avec des infractions établies conformément à la présente convention, l'État partie requis peut appliquer le présent article également à ces infractions* ». Ainsi l'État requis a la possibilité d'appliquer le système de l'extradition accessoire afin d'accorder l'extradition pour des infractions qui ne rempliraient pas la condition de double incrimination mais dont l'un des actes criminels la composant la remplirait[332].

Non seulement les infractions figurant dans la Convention contre la corruption sont de plein droit inclues dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États partis, mais les États s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions extraditionnelles dans tout traité ou accord qu'ils concluront entre eux par la suite[333].

316. Cependant, malgré la mention claire de la double incrimination dans la Convention internationale contre la corruption, cette dernière a opté pour la même méthode que les autres conventions internationales en appliquant le système du renvoi au droit interne ou au Traité d'extradition éventuellement conclu entre les parties concernées pour tout ce qui concerne les conditions de mise en œuvre de l'extradition. Le paragraphe 8 de l'article 44 ajoute ainsi « *y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extrader et aux motifs pour lesquels l'État partie requis peut refuser l'extradition* ». Dès lors nous pouvons déduire que la Convention, en se référant au droit interne ou au traité d'extradition entre les États parties, entend sauvegarder la condition de la double incrimination même si elle fait primer ses propres dispositions sur le droit interne.

317. En matière d'entraide judiciaire pénale, l'article 46 de la Convention internationale contre la corruption invite, et ce dès le début, les États à s'accorder une entraide mutuelle la plus

---

332 Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 2e édition révisée en 2012.

333 Article 44 § 4 de la Convention internationale contre la corruption.

large possible lors des enquêtes mais aussi des poursuites et des procédures judiciaires, autrement dit tout au long de la procédure de l'incrimination jusqu'à l'exécution de la sanction, et ce pour toutes les infractions visées par la Convention.

318. La double incrimination s'avère toutefois moins rigoureuse et stricte dans les dispositions sur l'entraide judiciaire en matière pénale du fait de la nature moins coercitive de certaines mesures d'entraide judiciaire internationale.

Le paragraphe 9-b de l'article 46 reprend ainsi l'article 18-9 de la Convention internationale contre la criminalité organisée en ce qu'il fait de la double incrimination un motif possible de refus, ni plus ni moins : « *Les États parties peuvent invoquer l'absence de double incrimination pour refuser de fournir une aide en application du présent article* ». Il convient de noter cependant que l'expression « double incrimination » est davantage employée dans la présente convention que dans les textes étudiés précédemment.

319. Pour ce qui est des motifs de refus, on trouve au paragraphe 21 de l'article 46 les mêmes que ceux figurant au sein de la Convention internationale contre la criminalité organisée, à savoir si la demande n'a pas été faite conformément aux dispositions du présent article, ou si l'État requis estime que la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité ou à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels, ce qui peut englober la double incrimination en tant que condition de l'entraide judiciaire internationale. Il s'agit d'une similitude de plus entre les deux conventions.

B. Des innovations dans le traitement de la double incrimination

320. La Convention internationale contre la corruption aborde le sujet de la double incrimination dans son Chapitre IV intitulé « Coopération internationale ». Ce chapitre, et plus précisément son article 43, pose les bases du concept de double incrimination en prévoyant qu'« *en matière de coopération internationale, chaque fois que la double incrimination est considérée comme une condition, celle-ci est réputée remplie, que la législation de l'État partie requis qualifie ou désigne ou non l'infraction de la même manière que l'État partie requérant, si l'acte constituant l'infraction pour laquelle*

l'assistance est demandée est une infraction pénale en vertu de la législation des deux États ».

321. Cet article est conforme au paragraphe 2-c de l'article 23 concernant le blanchiment du produit du crime et qui prévoit que « *aux fins de l'alinéa b ci-dessus, les infractions principales incluent les infractions commises à l'intérieur et à l'extérieur du territoire relevant de la compétence de l'État partie en question. Toutefois, une infraction commise à l'extérieur du territoire relevant de la compétence de l'État partie ne constitue une infraction principale que lorsque l'acte correspondant est une infraction pénale dans le droit interne de l'État où il a été commis et constituerait une infraction pénale dans le droit interne de l'État partie appliquant le présent article s'il avait été commis sur son territoire* ».

322. C'est l'article 43-2 qui nous indique la méthode d'interprétation de la double incrimination à laquelle il convient de se plier pour la mise en œuvre de cette convention. En fait, il s'agit d'éviter que les États procèdent à une construction *in abstracto*[334] de la double incrimination dans l'examen judiciaire ou administratif de la satisfaction de cette condition. Comparé aux autres conventions, ce paragraphe constitue une réelle nouveauté en abordant de manière précise la double incrimination et en se référant aux actes constituant l'infraction, tout en évitant une construction formelle ou linguistique de l'acte commis. Dès lors cela permet d'atteindre l'objectif fixé par la Convention en son article premier : « *La présente convention a pour objet : b) de promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoir* ».

323. Dans la partie consacrée à l'extradition, l'article 44-1, qui subordonne l'extradition à la double incrimination, innove également en atténuant la rigueur de cette condition : « *Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, un État partie dont la législation le permet peut accorder l'extradition d'une personne pour l'une quelconque*

---

334 L'appréciation *in abstracto* met l'accent sur le type d'infraction, et exige que l'infraction existe dans les deux législations des pays requis et requérant. V. Christopher L. BLAKESLEY, *Terrorisme, drugs international Law and the protection of human liberty*. Transnational Publishers, 1992, p. 224 et s. V. aussi Maurice TRAVERS, *Le droit pénal international*, Tome IV, 1921, p. 661 et s.

des infractions visées par la présente convention qui ne sont pas punissable en vertu de son droit interne ». Là encore cette conception s'avère nouvelle en la matière, en particulier par comparaison à celle de la Convention contre la criminalité organisée qui n'est pas allée très loin en termes de dérogation.

Cette dérogation, présente au paragraphe 2 de l'article 44, n'est toutefois qu'un choix facultatif pour les États selon que leur droit interne impose ou non la double incrimination. Plusieurs auteurs rejoignent cette idée selon laquelle la double incrimination n'est pas une condition relevant du droit international coutumier mais est une pure création des traités et accords[335].

324. D'autres nouveautés en matière de double incrimination sont par ailleurs présentes dans cette convention, notamment au paragraphe 9-a de l'article 46 qui prévoit que: « *lorsqu'en application du présent article il répond à une demande d'aide en l'absence de double incrimination, un État partie requis tient compte de l'objet de la présente convention tel qu'énoncé à l'article premier* ». Selon le point (a) de ce paragraphe la double incrimination n'occupe plus la même place ; cette fois la Convention internationale contre la corruption ne lui a pas octroyé de rôle obligatoire.

325. Ce qui est également nouveau et non moins important, c'est que les États parties sont tenus de fournir une aide pour toutes mesures non coercitives tant que cela reste compatible avec les lois nationales de l'État requis[336]. Ainsi l'illustre le paragraphe 9-b de l'article 46 disposant que : « *les États parties peuvent invoquer la double incrimination pour refuser de fournir une aide en application de présent article. Toutefois, un État partie requis, lorsque cela est compatible avec les concepts fondamentaux de son système juridique, accorde l'aide demandée si elle n'implique pas des mesures coercitives ...* ». Le même paragraphe est présent dans la Convention contre la criminalité organisée, plus exactement au paragraphe 9 de l'article 18. Ce dernier ne mentionne cependant pas dans quelle mesure l'État partie requis pourrait déroger à la double incrimination.

---

335 Sharon A. WILLAMS, « the double criminality rule and extradition: A comparative analysis », *Nova Law review* 15.2 (1991), p. 581- 624.

336 Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 2e édition révisée en 2012, p. 157.

326. L'article 46 (§ 9 –c-) confirme la tendance de cette Convention à accorder l'entraide judiciaire en déjouant l'obstacle de la double incrimination en prévoyant que : « *Chaque État partie peut envisager de prendre les mesures nécessaires pour lui permettre de fournir une aide plus large en application du présent article, en l'absence de double incrimination* ». Les rédacteurs de la convention ont en effet considéré que la renonciation à la double incrimination par les États parties n'était pas très fréquente, ce qui les a amené à, en quelque sorte, les encourager à prendre les mesures nécessaires garantissant l'accomplissement de la justice en cas de demande d'entraide, surtout lorsqu'il est demandé de mettre en place des mesures coercitives. Une telle proposition ne ressort pas des autres conventions où il pourrait être question de double incrimination.

327. Dans le domaine de la lutte contre la corruption, on ne peut ignorer par ailleurs la Convention relative à la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par l'Organisation de la Coopération et du Développement Économique en 1997[337] (communément appelée O.C.D.E.)[338]. L'entraide judiciaire y est régie par l'article 9 dont le paragraphe 2 est le suivant : « *Lorsqu'une Partie subordonne l'entraide judiciaire à une double incrimination, celle-ci est réputée exister si l'infraction pour laquelle l'entraide est demandée relève de la présente convention* ». La Convention vise ici le même but que celui de la Convention internationale contre la corruption c'est-à-dire éviter dès que possible les divergences dans l'interprétation de cette condition, en se référant aux infractions et à leurs éléments constitutifs précisés dans la Convention elle-même[339].

328. En conclusion, concernant la double incrimination dans la Convention des Nations-Unies contre la corruption, plusieurs points sont remarquables :

---

337 Une organisation internationale, dont les pays membres — des pays développés pour la plupart — ont en commun un système gouvernemental démocratique et une économie de marché. Elle joue un rôle essentiellement d'assemblée consultative. La France est partie à cette Convention et est un membre fondateur de l'OCDE.

338 Même si cette convention est consacrée aux pays développés.

339 Ce paragraphe se retrouve aussi dans les dispositions consacrées à l'extradition à l'article 10 de la même Convention.

La double incrimination en tant qu'expression est bien dans le corps de la Convention et non en des termes faisant référence à cette notion sans la citer.

Cette Convention représente une grande avancée et fait preuve d'audace concernant le traitement de la double incrimination, en y apportant certaines nouveautés, par rapport aux autres conventions.

Elle a également montré implicitement que la double incrimination allait à l'encontre de l'objet de la Convention figurant à l'article premier et qui est de promouvoir, appuyer et faciliter la coopération internationale ; elle a déclaré explicitement la possibilité pour les États parties de déroger à cette condition[340].

329. De la sorte, dans les conventions spéciales des Nations Unies :

La double incrimination demeure une condition cardinale et essentielle de la coopération internationale entre les États. L'Organisation des Nations-Unies n'a pas osé, à l'occasion de ses conventions de lutte contre certaines criminalités, exonérer les États de cette condition, et n'a réalisé que quelques tentatives timides d'atténuation. En sens contraire cela montre que les diversités juridiques entre les États ne rendent pas possible d'ignorer complètement cette condition lors de la mise en œuvre de la coopération internationale pénale.

330. La diversité de traitement de la double incrimination que l'on peut constater entre les Conventions internationales est liée à la diversité des méthodes juridiques, du style, du contenu et de la précision de textes confiés à des diplomates dont le champ d'expertise ne se situe pas en droit pénal international et comparé[341].

331. Le critère chronologique permet de comprendre la diversité de traitement de la double incrimination figurant dans les Conventions des Nations-Unies déjà abordées. En effet, il apparaît des écarts remarquables entre les conventions en lien avec leur date d'adoption, comme par exemple dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, avec la Convention

---

340 Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Chapitre IV, p. 353 et s.

341 M. Cherif BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, 2002, p. 13.

de La Haye de 1970 et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999. De même entre la Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 et la Convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée en 2000, ou encore la Convention des Nations-Unies contre la corruption de 2003. Nous ne pouvons pas nier les effets du temps sur le développement du droit international en général et sur celui du Droit pénal international en particulier.

332. Cette diversité est également liée à l'absence de cadre normatif, en matière de coopération internationale, ayant un caractère strict et solide et liant les États les uns aux autres, comme par exemple celui des conventions internationales d'extradition et d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ou d'autres instruments de coopération interétatique traitant des questions relatives à la coopération internationale comme la transmission des procédures pénales ou la reconnaissance des jugements étrangers. Ce manque de cadre normatif au sein des Nations-Unies a poussé l'O.N.U. à intégrer dans leurs conventions pénales des dispositions consacrées à la coopération internationale en matière pénale sans penser à une quelconque homogénéité avec les autres conventions en la matière.

333. Enfin, l'absence de politique criminelle unifiée adoptée par les Nations-Unies concernant le concept de coopération internationale et en particulier la question de la double incrimination a participé à ces variétés juridiques.

Section II.

La double incrimination dans les instruments européens spéciaux

334. À l'instar des Conventions des Nations Unies, nous distinguerons les instruments européens spéciaux selon une approche sectorielle. Nous étudierons ainsi les instruments européens de lutte contre le terrorisme (§ 1), la corruption (§ 2), la cybercriminalité (§ 3) et enfin la traite des êtres humaines (§ 4).

§ 1. Les instruments européens de lutte contre le terrorisme

335. Le continent européen est souvent concerné par les menaces et les attentats terroristes réalisés dans le monde entier. Les exemples sont malheureusement assez nombreux en ce domaine. Nous pouvons citer les attentats de Munich de 1972 réalisés par des membres de l'organisation palestinienne Septembre noir, les attentats de Madrid en 2004, et de Londres en 2005, les projets déjoués en Allemagne durant l'été 2006 ainsi qu'en Septembre 2007, et au Royaume-Uni et au Danemark à cette même date et les attentats de 2015 et 2016 en France. Le territoire européen représente ainsi une cible de choix pour les groupes liés au terrorisme mondiale et s'inspirant d'idéologie(s) extrémiste(s)[342].

336. Les actes terroristes portent atteinte aux Droits de l'Homme, à l'État de droit et à la démocratie, autant de valeurs fondamentales protégées par le Conseil de l'Europe ainsi que par l'Union Européenne. Ces actes terroristes tendent par ailleurs à se manifester dans des contextes bien plus larges que ceux d'un seul État, d'où la réaction stricte et rigoureuse des organisations européennes, Conseil de l'Europe et Union Européenne[343].

337. Le Conseil de l'Europe (A) a adopté une riche série de textes normatifs en matière de terrorisme à partir des années 1970: la Convention européenne relative à la répression du terrorisme de 1977, la Convention européenne sur la prévention du terrorisme de 16 mais 2005, et la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005 (considérée pour sa part comme la mise à jour de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990). Au niveau de l'Union Européenne (B), on notera principalement la Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme[344].

---

342 Kevin Constant KATOUYA, *Réflexions sur les instruments de droit pénal international et européen de lutte contre le terrorisme*, Publibook, 2013, p. 94.

343 Alessandro BERNARDI, « La lutte contre le terrorisme en droit international et en droit européen, fondements et objectifs des incriminations et des peines », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Athemis, 2013, p. 111.

344 JOCE. L 164 du 22.06.2002.

A. Les conventions du Conseil d'Europe

338. Avant de se pencher sur la question de la double incrimination au sein de la Convention européenne pour la répression du terrorisme (ci-après la Convention de 1977) et de son Protocole amendant la Convention de 1977, il convient de noter certains points. La Convention de 1977, d'après son titre, donne à penser que son ambition est de cibler le terrorisme dans son ensemble. Mais, en réalité, elle ne traite que du terrorisme politique dirigé contre les États, laissant ainsi de côté le terrorisme individuel dont les motivations ne sont pas politiques de même que le terrorisme pouvant être exercé par les États eux-mêmes[345]. La Convention de 1977, à l'instar de tous les traités déjà abordés en matière de terrorisme, a un effet modificateur sur tous les traités d'extradition conclus ou à conclure entre les États contractant[346]. L'article 3 de la Convention de 1977 stipule en effet que « *les dispositions de tous traités et accord d'extradition applicable entre les États contractants, y compris la Convention européenne d'extradition, sont en ce qui concerne les relations entre les États contractants modifiées dans la mesure où elles sont incompatibles avec la présente convention* ». La Convention de 1977 a par ailleurs comblé les lacunes pouvant apparaître lorsque des États contractants ne sont pas liés par un traité d'extradition, avec la création d'un Protocole qui mentionne en son article 4 qu'en pareil cas l'État contractant requis a toute latitude pour considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition, et ce pour toutes les infractions prévues aux articles 1 et 2 de ladite Convention.

339. Dans la Convention de 1977 et de son Protocole d'amendement aucune référence n'est faite à la double incrimination en tant que condition *sine qua non* de la mise en œuvre de la coopération internationale entre les États contractants (que ce soit dans le domaine de l'extradition ou de l'entraide judiciaire). Il se peut que ce soit en raison de la nature particulière de cette convention en tant qu'instrument de « dépolitisation » des infractions mentionnées aux articles 1 et 2 aux fins d'extradition[347]et surtout en raison de l'existence,

---

345 Charles VALLEE, « La Convention européenne pour la répression du terrorisme », *AFDI*, 1976, p. 756.

346 Jean-Christophe MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, 2006, p. 162.

347 Rapport explicatif de la Convention européenne pour la répression du terrorisme, STE n° 090, p. 4.

depuis 1957, de la Convention européenne d'extradition et, depuis 1959, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, lesquelles abordent la question de la double incrimination.

340. L'article 4 paragraphe 1er de la Convention de 1977 après modification prévoit que « *pour les besoins de la présente convention et pour autant qu'une des infractions visées aux articles 1er ou 2 ne figure pas sur la liste de cas d'extradition dans un traité ou une convention d'extradition en vigueur entre les États contractants, elle est considérée comme y étant comprise. Les États contractants s'engagent à considérer ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure par la suite entre eux* ». Ce paragraphe présente le rôle de cette Convention sur tous les Traités ou les Conventions d'extradition qui n'englobent pas les infractions figurant dans ladite Convention. Sont visés ici les Traités et Conventions d'extradition reposant sur le modèle « liste d'infractions » exigeant alors pour toute extradition que l'infraction en faisant l'objet, soit une infraction extradable et remplisse en quelque sorte la condition de la double incrimination.

341. La Convention de 1977 n'a pas formulé de conditions d'extradition ni de motifs de refus ; ce qui exclut toute allusion de ce fait à la double incrimination. Le deuxième paragraphe de l'article 4 n'a cependant pas précisé à quelle loi les conditions d'extradition étaient subordonnés, au contraire des Conventions des Nations-Unies en matière de terrorisme.

Selon le rapport explicatif de la Convention de 1977 élaboré par le Groupe multidisciplinaire sur l'action internationale contre le terrorisme, et qui a été soumis au Comité des ministres du Conseil de l'Europe, l'État requis contractant peut refuser l'extradition au motif de l'absence de double incrimination bien que cette condition ne soit pas spécifiquement mentionnée dans la Convention de 1977, dès lors que sa législation nationale ou les instruments internationaux qui lui sont applicables la mentionne[348].

342. À l'article 8 de la Convention de 1977 consacré à l'entraide judiciaire en matière pénale, le traitement de la double incrimination semble plus clair qu'en matière d'extradition. En

348 Ibid. p. 9.

effet, après avoir incité les États contractant à s'accorder l'entraide judiciaire la plus large possible pour les infractions mentionnées aux articles 1 et 2, cet article précise que « *dans tous les cas, la loi applicable en ce qui concerne l'assistance mutuelle en matière pénale est celle de l'État requis.* ». L'article 8 mentionnant que la loi applicable en matière de demande d'assistance mutuelle présenté par un État contractant est celle de l'État contractant requis, la place de la double incrimination en dépendra donc. Cela ne veut donc pas dire que la double incrimination est exigée en matière d'assistance mutuelle mais plutôt que la loi déterminant son exigence ou non, est celle de l'État requis.

343. La question de la double incrimination est davantage abordée dans les Conventions de Conseil de l'Europe relatives au blanchiment, au dépistage, à la saisie, à la confiscation des produits du crime (de 1990) et au financement du terrorisme (2005). Toutefois ces Conventions ne contiennent pas de dispositions consacrées à l'extradition ; elles se focalisent sur l'entraide judiciaire entre les États parties, ainsi que sur les moyens de faciliter la coopération internationale aux fins d'investigation, de dépistage, de saisie et de confiscation des produits de crimes graves[349]. Dès lors il nous faut subdiviser notre analyse en trois points:

1. La double incrimination et les principes généraux de la coopération internationale

344. La Convention de 1990 en son chapitre III, et la Convention de 2005 en son chapitre IV intitulés « *Coopération internationale* » présentent les principes généraux de mise en œuvre de la coopération internationale en vertu de ces conventions. Lesdites conventions incitent les parties à s'accorder l'entraide mutuelle la plus large possible en matière d'investigations et de procédures visant à la confiscation des instruments et des produits (ce qui revient à s'accorder, dans ce dernier cas, sur des mesures coercitives). La Convention de 2005 annonce, dès la première phrase du paragraphe 3 de l'article 15 que « *l'entraide et les mesures provisoires prévues au paragraphe 2.b sont exécutées conformément au droit interne de la partie requise.* ». Or, une telle phrase n'existe pas

[349] Laurent MOREILLON et Aline WILLI-JAYET, *Coopération judiciaire pénale dans l'Union Européenne*, éditions Helbing&Lichtenhahn / Bruylant / LGDJ, 2005, p. 354.

…/…

dans la Convention de 1990 en tant que principe général d'entraide judiciaire mais est insérée à chaque article régissant chacune des mesures d'entraide judicaire[350]. Quoi qu'il en soit, le fait de se référer à la loi nationale de l'État requis donne une chance de voir appliquée la double incrimination.

345. Le paragraphe 3 de l'article 15 de la Convention de 2005 ajoute par ailleurs que : « *lorsque la demande portant sur une de ces mesures prescrit une formalité ou une procédure donnée imposée par la législation de la partie requérante, même si la formalité ou la procédure demandée n'est pas familière à la partie requise, cette partie donne satisfaction à la demande dans la mesure où cela n'est pas contraire aux principes fondamentaux de son droit interne* ». Dans l'ensemble cette formulation est nouvelle, comparé à ce que prévoit la Convention de 1990 et vise à assurer une coopération harmonieuse afin de mener à bien les investigations et de mettre en place ensemble les mesures provisoires nécessaires à la confiscation[351]. Cette phrase est relativement proche de l'idée de l'utilisation spéciale de la double incrimination vue précédemment.

2. La double incrimination et les conditions de mise en œuvre des mesures d'entraide judiciaire

346. Les mesures d'entraide judiciaire pénale dans les Conventions de 1990 et de 2005 sont réparties au sein de trois sections : la Section 2 consacrée à l'entraide aux fins d'investigations, la Section 3 consacrée aux mesures provisoires et la Section 4 consacrée à la confiscation. L'article 17 de la Convention de 2005 intitulé « Demandes d'information sur les comptes bancaires » prévoit dans son paragraphe 4 que « *la partie requise peut subordonner l'exécution d'une telle demande aux mêmes conditions que celle qu'elle applique pour les demandes aux fins de perquisition et de saisie* ». Il est vrai que ce paragraphe n'a pas érigé explicitement la double incrimination au rang de condition susceptible d'être exigée par l'État requis, mais il a donné la possibilité à cet État d'appliquer les mêmes conditions qu'il appliquerait à la perquisition. Il convient de

350 V. les articles 9, 12, 14 de la Convention de 1990.

351 Rapport explicatif de la Convention de 2005, STCE., n° 198, p. 23.

…/…

rappeler que la perquisition se définit comme « *la recherche par un agent ou un officier de police judiciaire, dans un lieu clos, d'indices ou de pièces à conviction utiles à la manifestation de la vérité ou encore d'objet confiscable* »[352] et se trouve définie également à l'article premier de la Convention de 1990 comme étant « *une peine ou une mesure ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, peine ou mesures aboutissant à la privation permanente du bien* ». Il en résulte que la perquisition aux fins de confiscation doit être considérée comme une mesure coercitive. Il y a donc de grandes chances que l'État requis exige la double incrimination pour l'exécution d'une telle demande. De plus, ni la Convention de 1990 ni celle de 2005 ne contient de disposition dédiée expressément à la perquisition qui serait réclamée par un État, laissant ainsi la décision revenir à l'État requis.

347. La Convention de 1990 ne contient pas non plus d'article consacré aux informations bancaires. C'est son article 9 traitant de l'exécution de l'entraide judiciaire aux fins d'identification et de dépistage des instruments, produits et autres biens susceptibles de confiscation, qui prévoit que l'exécution de cette entraide doit être conforme à la loi de l'État requis.

L'article 18 de la Convention de 2005 concernant la demande d'informations sur les opérations bancaires reprend la rédaction susmentionnée en donnant le droit à l'État requis de subordonner l'exécution de ladite demande aux mêmes conditions que celles appliquées à la perquisition.

L'article 19 de la Convention de 2005 relatif à la demande de suivi des opérations bancaires diffère quelque peu au niveau de la rédaction mais ne s'écarte guère de la place donnée à la double incrimination[353]. En effet il prévoit que « *la décision relative au suivi des transactions est prise dans chaque cas individuel par les autorités compétentes de la partie requise, dans le respect de la législation nationale de cette partie* ».

348. La Section 3 de la Convention de 2005 intitulée « *Mesures provisoires* » impose aux articles 21 et 22 l'obligation d'ordonner des mesures provisoires et ses exécutions sans

---

352 Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 10e édition, 2014, p. 532, n° 625.

353 Rapport explicatif, op. cit. p. 27.

aucune référence à la double incrimination ni à la loi applicable, au contraire de la Convention de 1990 qui a précisé à l'article 12 que « *les mesures provisoires visées à l'article 11 sont exécutés conformément au droit interne de l'État partie requis et en vertu de celui-ci, et conformément aux procédures précisées dans la demande, dans la mesures où elles ne sont pas incompatibles avec ce droit interne* ». Malgré l'absence de précision quant aux conditions d'application des mesures provisoires dans la Convention de 2005, la double incrimination trouvera sa place parmi les motifs de refus comme nous le verrons plus loin au point 3.

349. La confiscation est régie par la Section 4 de ces deux Conventions, respectivement à l'article 24 pour la Convention de 2005 et 14 pour la Convention de 1990 ainsi formulés : « *les procédures permettant d'obtenir et d'exécuter la confiscation en vertu de l'article (..) sont régies par la loi de la partie requise* ». La confiscation en tant que peine est dès lors considérée comme une mesure coercitive et appelle alors à l'application de la double incrimination lorsqu'elle figure en droit interne.

350. Le deuxième paragraphe lie l'État requis à la constatation des faits dans la mesure où ceux-ci sont exposés dans le rapport de condamnation ou le cas échéant la décision judiciaire de la partie requérante.

3. La double incrimination et les motifs de refus de la coopération judiciaire internationale

351. La Convention de 1990 et celle de 2005 contiennent une Section 5 consacrée aux motifs de refus intitulé « Refus et ajournement de la coopération ». La Convention de 2005 a adopté les mêmes dispositions que celles figurant dans la Convention 1990 à quelques modifications près, mais non des moindres car certaines ont trait à la double incrimination.

352. Commençons par la Convention de 1990 avant de citer les modifications apportées par la Convention de 2005. On peut y trouver deux allusions à la double incrimination, la première d'entre elles figure, à l'article 18 § 1 *a* et *b*, qui énonce que la coopération peut être refusée si la mesure sollicitée est contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique de la partie requise et/ou si la demande risque de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la Partie

requise. Une formule que l'on trouve également dans les conventions internationales précitées telles que celles des Nations-Unies ou les Conventions européennes et que certains auteurs ont estimé comme laissant cours à une interprétation vaste permettant de considérer la double incrimination comme une condition dont l'absence pourrait porter atteinte à l'ordre public national[354].

353. La seconde référence faite à la double incrimination est davantage explicite, comme le montre le § 1-f de ce même article prévoyant que la coopération peut être refusée dans le cas où « *l'infraction à laquelle se rapporte la demande ne serait pas une infraction au regard du droit de la partie requise si elle était commise sur le territoire relevant de sa juridiction. Toutefois, ce motif de refus ne s'applique à la coopération prévue par la Section 2 que dans la mesure où l'entraide sollicitée implique des mesures coercitives* ». Cet article fait référence ici à la condition de double incrimination, tout en spécifiant qu'elle n'est pas une condition valable pour toutes les catégories d'assistance. S'agissant de l'assistance prévue par la Section 2 de la Convention de 1990 ainsi que celle de 2005, cette condition n'est valable que lorsque des mesures coercitives sont impliquées[355].

354. Le paragraphe 2 de l'article 18 de la Convention de 1990 et l'article 28 de la Convention 2005 présentent quant à elles la même rédaction en lien avec de l'utilisation spéciale de la double incrimination, concernant les mesures demandées par l'État requérant à l'État requis lorsqu'elles sont de nature coercitive. « *La coopération prévue par la Section 2, dans la mesure où l'entraide sollicitée implique des mesures coercitives, et celle prévue par la Section 3 du présent chapitre peuvent également être refusées dans les cas où les mesures sollicitées ne pourraient pas être prises en vertu du droit interne de la partie requise à des fins d'investigations ou de procédures, s'il s'agissait d'une affaire interne analogue* ». Ce paragraphe 2 s'applique seulement à des mesures provisoires ou à une entraide aux fins d'investigations ayant un caractère coercitif. Il n'est pas sans lien avec les articles 9 et 12-1 qui précisent que les demandes d'entraide doivent être exécutées

354 Didier REBUT, op. cit., p. 305, n° 506.

355 Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, S.T.E. n° 141, p. 21.

…/…

conformément aux lois internes de l'État requis. Ladite disposition a donné pour solution une « fiction », en donnant la possibilité à l'État requis de refuser la demande d'une mesure ayant une nature coercitive au cas où la même mesure n'aurait pas pu être prise selon son propre droit[356]. Cette exigence de reconnaissance mutuelle de la mesure demandée par l'État requérant trouve des similitudes avec la conception de l'utilisation spéciale de la double incrimination qui exige la reconnaissance par l'État requis du chef de compétence sur lequel l'État requérant se repose pour accepter ou refuser la demande d'extradition. Ainsi, l'exigence de reconnaissance mutuelle des mesures demandées se trouve sur le même plan que la notion de l'utilisation spéciale de la double incrimination.

355. La question posée dans ce contexte concerne la notion de « mesure coercitive ». En effet, quelle Partie est la plus apte à déterminer la nature coercitive de la mesure faisant l'objet de la demande d'entraide ? Selon nous, ce droit appartient à l'État partie requis car il est dans son intérêt que la condition de double incrimination soit maintenue[357].

356. Comme nous le mentionnions plus haut, la Convention de 2005 a apporté des modifications substantielles aux motifs de refus figurant à la Section 5 article 28. Nous ne nous intéresserons toutefois qu'aux modifications ayant trait à la double incrimination.

Le paragraphe g de l'article 28 adopte la même rédaction que l'article 18-f de la Convention de 1990 : « *lorsque la double incrimination est exigée pour la coopération en vertu du présent chapitre, cette obligation est considérée remplie, que les deux parties classent ou non l'infraction dans la même catégorie d'infraction ou qu'elles utilisent ou non la même terminologie pour la designer, dès lors que les deux parties incriminent l'acte qui est à la base de l'infraction* ». Intégrer ce type de phrase semble devenir nécessaire au vu des différentes applications possibles de la condition de double incrimination qui résultent de divergences d'interprétation (*in abstracto* ou *in concreto*). La Convention de 2005 a voulu surmonter cet obstacle en imposant l'interprétation *in abstracto* à l'instar de plusieurs conventions européennes en matière de coopération

356 Ibid. p. 22

357 Ibid. p. 22

…/…

internationale. La méthode « *in abstracto* » envisage le fait commis en lui-même : la condition de double incrimination doit être considérée remplie dès lors que le fait faisant l'objet de la demande d'entraide constitue une infraction pénale selon la loi de l'État requis[358] sans égard à la terminologie adoptée par l'État requérant. La dénomination législative officielle donnée par l'État requérant ou même la sanction que fait encourir celle-ci, ne doit ainsi pas être prise en compte. Il suffit que, dans leur contenu, les actes incriminés soient similaires et tendent à protéger les mêmes intérêts juridiques.

357. Cette interprétation diverge quelque peu lorsqu'il s'agit d'une mesure et non d'une infraction ; un État pouvant refuser la demande d'entraide malgré l'existence de la double incrimination du fait que la mesure lui soit inconnue ou qu'elle viole des principes fondamentaux en droit interne. Selon le Rapport explicatif de la Convention de 2005, dans le cas où la double incrimination est exigée en vertu des articles 16 et 22 (traitant de l'obligation d'entraide aux fins d'investigations et d'exécution des mesures provisoires), il suffit d'appliquer la double incrimination *in abstracto*[359].

358. La condition de la double incrimination s'applique dans l'hypothèse où l'infraction punissable dans l'État requérant l'est aussi dans l'État requis, et dans lequel l'auteur de cette infraction aurait alors été passible d'une sanction en vertu de la législation de ce même État. Cependant il convient d'appliquer la condition de la double incrimination avec souplesse afin de garantir que la coopération prévue par la Convention de 1990 et celle de 2005 privilégie le fond par rapport à la forme[360].

359. L'article 28 § 3 de la Convention 2005 reprend l'article 18 de la Convention de 1990 en donnant la possibilité à l'État requis de refuser la demande d'entraide judiciaire lorsque la mesure sollicitée dans la demande ne serait pas autorisée par la législation de la partie requérante, ou, en ce qui concerne les autorités compétentes de la partie requérantes, si la demande n'est autorisée ni par un juge ni par une autorité judiciaire, y compris le

---

358 V. Rapport présenté par George LEVASSEUR au Xe Congrès de l'Association internationale de droit pénal, *RIDP*, 1968, p563.

359 Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, STCE. n° 198, p. 37.

360 Ibid. p. 37.

Ministère public, ces autorités agissant en matière d'infractions pénales. Il est alors donné droit à l'État requis d'apprécier si les mesures sollicitées dans la demande d'entraide présentée par l'État requérant sont autorisées par les législations de cet État. La question posée est alors de savoir comment l'État requis a la capacité de savoir si la législation de l'État requérant autorise tel ou tel type de mesure ou non. L'article 37 de la Convention de 2005 ainsi que l'article 27 de la Convention de 1990 ajoutent que : « *1 : toute demande de coopération prévue par le présent chapitre doit préciser : D : dans la mesure où la coopération implique des mesures coercitives : i : le texte des dispositions légales ou, lorsque cela n'est pas possible, la teneur de la loi pertinente applicable ; ii : une indication selon laquelle la mesure sollicitée ou toute autre mesure ayant des effets analogues pourrait être prise sur le territoire de la partie requérante en vertu de sa propre législation* ». En vertu de l'article 37, l'État requis a la faculté d'assurer la bonne application de l'utilisation spéciale de la double incrimination en matière de mesures demandées par l'État requérant.

360. L'article 28 § 4 de la Convention de 2005 ainsi que l'article 18 de la Convention de 1990 abordent les motifs de refus pour la coopération telle qu'elle est prévue à la Section 4 pour ce qui est de la confiscation. Ces dispositions donnent elles aussi le droit à l'État requis de refuser la confiscation – soit la demande de confiscation soit la décision rendue par l'État requérant à propos de la confiscation- dans les cas où la législation de la partie requise ne prévoit pas la confiscation pour le type d'infraction sur lequel porte la demande. Ce motif de refus consiste aussi en une non-reconnaissance de cette mesure pour l'infraction faisant l'objet de la demande de coopération et relève donc également du concept de l'utilisation spéciale de la double incrimination.

361. Il est également donné au paragraphe 4 de ce même article la possibilité à l'État requis de refuser la coopération en matière de confiscation si, en vertu de sa législation, la décision de confiscation ne peut plus être prononcée ou exécutée pour cause de prescription. L'État requis peut considérer qu'il est contraire à son ordre public de contribuer à une répression qu'il estime prescrite, outre le fait qu'il estime que le fait prescrit au regard de son droit interne ne relève pas de la criminalité commune dont la lutte est le fondement de l'extradition. L'obstacle que représente la prescription peut s'apparenter à une condition

de double répression, et qui s'ajouterait à celle de la double incrimination. En effet, il ne suffit pas que le fait soit incriminé par les deux États, il doit être aussi susceptible d'être réprimé par les deux États[361].

362. L'article 32 de la Convention de 2005 intitulé « Reconnaissance des décisions étrangères » oblige l'État requis, en ses Sections 3 et 4, pour tout ce qui relève des décisions judiciaires étrangères en matière de coopération, de les reconnaître et de leur donner valeur exécutoire aux fins de leur mise en œuvre. Le même article donne aussi le droit à l'État requis de refuser la reconnaissance de la décision judiciaire étrangère si elle s'avère incompatible avec l'ordre public de la Partie requise.

363. Par conséquent nous pouvons constater que la double incrimination demeure une condition importante même si dans ces conventions européennes elle n'apparaît pas toujours clairement, voire n'est pas abordée. Toutefois elle a été abordée tant explicitement qu'implicitement dans les Conventions de 1990 et 2005, que ce soit au niveau des faits ou au niveau des mesures sollicitées, et ce sous trois angles : elle constitue un principe général dans la coopération internationale entre les États membres européens, elle constitue une condition de mise en œuvre des mesures d'entraide judiciaire, et elle constitue, enfin, un motif de refus en matière de coopération judiciaire internationale.

B. Les décisions-cadres de l'Union européenne

364. Pour ce qui est de l'Union Européenne, en matière de terrorisme nous limiterons notre analyse à trois Décisions-cadres : la Décision-cadre du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits de crime[362], la Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme[363], et la Décision-cadre du 28 novembre 2008 portant modification de la Décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme[364].

---

361 Didier REBUT, Extradition , *Rép. Internat.*, Dalloz, 2009, n° 116.

362 JOCE., L 182/1 de 5/7/2001.

363 JOCE., L 164/3 de 22/6/2002.

364 JOUE, L 330/21 de 9/12/2008.

365. Aucune de ces Décisions-cadre n'a abordé la question de la double incrimination aussi clairement que les Conventions du Conseil de l'Europe précitées. Les Décisions-cadres ont pour but de rapprocher les dispositions législatives dans un même domaine de droit pénal. Par exemple, la Décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme oblige les État à considérer comme des infractions terroristes les infractions figurant à l'article 1 établissant une liste d'infractions (cf. article 1-a à 1-i). L'article 2 donne la définition de « groupe terroriste » en précisant en son paragraphe 2 l'obligation qu'ont les États membres de punir les actes intentionnels de direction de groupe terroriste de même que l'appartenance à un tel groupe. La Décision-cadre de 2008 modifiant celle de 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, a élargi le champ des infractions terroristes en définissant ces infractions et en abolissant de ce fait l'obstacle qu'auraient pu être les divergences d'interprétation de la double incrimination entre les États membres, s'ils l'transposent à l'identique cette Décision-cadre dans leurs législations internes[365].

366. En l'occurrence, ce qui nous intéresse dans la Décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme est l'article 5 intitulé « Sanctions » qui dispose que : « c*haque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées aux articles 1er à 4 soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasive, susceptible d'entrainer l'extradition* ». Cette Décision-cadre semble un peu différente du traitement opéré par les Conventions du Conseil de l'Europe relatives au terrorisme. En effet, elle ne traite plus l'extradition en se référant au modèle « liste d'infractions », mais utilise le modèle dit du « minimum de peine ». La question est de savoir quel peut être la peine minimum pouvant donner effet à la demande d'extradition selon cette Décision-cadre. Deux solutions sont possibles : la première pourrait être une détermination unilatérale de la peine par l'État, eu égard à ses lois nationales en matière d'extradition et en tant qu'État requis, la deuxième solution serait de demander au_Secrétaire général du Conseil de l'Union-Européenne ce qu'il faut entendre par peines minimales pouvant entraîner l'extradition entre États membres.

---

365 La décision-cadre de 2008 modifiant la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme a intégré de nouvelles infractions terroristes telles que la provocation publique à commettre une infraction terroriste, le recrutement pour le terrorisme, l'entrainement pour le terrorisme et elle a élargi le champ de la tentative, de la complicité et l'incitation à commettre les infractions terroristes.

367. La Décision-cadre concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime du 26 juin 2001 ne s'éloigne pas de ces Décisions-cadres. Cette Décision-cadre est en lien avec la Convention de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime. Elle oblige les États, à l'article 2 intitulé aussi « Sanctions », de prendre les mesures nécessaires afin que les infractions visées à l'article 6 § 1 a et b de la Convention de 1990[366] soient passibles de peines privatives de liberté dont le maximum encouru ne peut être inférieur à quatre ans. La détermination d'une peine de quatre ans semble suffisante dès lors que la double répression s'ajoute à celle de double incrimination.

368. L'article 3 de ladite Décision-cadre intitulé quant à lui « Confiscation » résout la problématique de la non-reconnaissance de certaines mesures de confiscation. L'article 3 prévoit en effet que « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que sa législation et ses procédures relatives à la confiscation des produits du crime permettent aussi, au moins dans le cas où ces produits ne peuvent être appréhendés, la confiscation des biens d'une valeur correspondant à celle des produits, dans le cadre tant de procédures purement internes que de procédures engagées à la demande d'un autre État membre, y compris des demandes d'exécution d'ordres de confiscation étrangers. Les États membres peuvent cependant exclure la confiscation des biens d'une valeur correspondant aux produits du crime dans les cas où cette valeur serait inférieure à 4 000 euros* ». Invitation est faite aux États membres, qui ne connaissent pas la confiscation des biens d'une valeur correspondant à celle des produits en cause, de modifier leur législation afin que la coopération internationale entre les États membres puisse être effectuée sans l'obstacle de la non-reconnaissance des mesure parallèles dans le pays requis.

---

366 Le point a) vise : « *la conversion ou le transfert de biens dont celui qui s'y livre sait que ces biens constituent des produits, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'*infrac*tion principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes* » et le point b) : « *la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs, dont l'auteur sait que ces biens constituent des produits* ».

369. En conclusion, nous pouvons dire que la double incrimination demeure une condition jouant un rôle important dans le domaine de la coopération internationale en matière pénale, et ce même dans des instruments européens dont le champ géographique est plus étroit que celui des Conventions des Nations-Unies.

§ 2. Les instruments européens de lutte contre la corruption

370. Les valeurs fondatrices de l'Union européenne que sont la liberté, l'égalité, la démocratie, la dignité humaine et l'État de droit, ainsi que le respect des Droits de l'Homme,[367] ont mené l'Union européenne à ne pas cesser de mettre en œuvre les instruments nécessaires pour leur protection.

371. Or, la corruption est une entrave à toutes ces valeurs. En effet, elle entrave le développement économique, entame la démocratie, compromet la justice sociale et l'État de droit[368], et elle a conduit les ministres de la justice européens en 1994 à recommander que la corruption soit traitée au niveau européen car ce phénomène menace gravement la stabilité des institutions démocratiques et le fonctionnement de l'économie de marché[369].

372. Avec la création du Groupe Multidisciplinaire sur la Corruption (G.M.C.) en 1995, la lutte contre la corruption au niveau européen s'est largement imposée comme une véritable priorité du Conseil de l'Europe, au point qu'il a présenté un projet de vingt principes directeurs afin de mener la lutte contre la corruption qui fut adopté par le Comité des ministres[370]. Parmi ces principes nous retiendrons ceux en lien avec la question de la double incrimination. Le principe n° 2 prévoit qu'il faut « *assurer une incrimination coordonnée de la corruption nationale et internationale* », et le n° 20 ordonne de « *développer la coopération internationale la plus large possible dans tous les* domaine*s de la lutte contre la corruption* ». L'assurance d'une incrimination

---

367 Traité sur l'Union Européenne, version consolidée, JOUE C 326/13 de 26.10.2012.

368 Commission européenne, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, rapport anticorruption de l'U.E., Bruxelles le 3.2.2014, COM(2014) 38 final.

369 Combattre la corruption, Les instruments du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la corruption, Conseil de l'Europe, 2013, p. 3.

370 Résolution (97) 24 portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, adoptée par le comité des ministres le 6 novembre 1997, lors de la 101e session du comité des ministres, disponible sur : https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution(97)24_FR.pdf.

coordonnée de la corruption nationale et internationale participe à l'efficacité de la coopération internationale européenne entre les États en surmontant les obstacles découlant des divergences législatives notamment incarnées par la non-satisfaction de la double incrimination.

373. Les instruments principaux de lutte contre la corruption au niveau européen sont la Convention pénale sur la corruption de 1999 (ci-après Convention pénale sur la corruption)[371], et le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption de 2005 (ci-après Protocole à la Convention pénale sur la corruption)[372].

374. Dans la Convention pénale sur la corruption, la question de la double incrimination apparaît divisée en deux points principaux, l'un concerne la double incrimination au regard de la condition préalable (A), l'autre concerne la double incrimination en tant que condition de la coopération internationale (B).

A. La double incrimination et la condition préalable

375. La condition de double incrimination ne se limite pas aux faits ou aux mesures sollicitées par la coopération internationale, mais englobe aussi la condition préalable qui entre dans la construction criminelle du fait lui-même.

La condition préalable se définit comme une « *situation juridique ou matérielle préalable à l'infraction et qui rend délictueux le comportement de l'auteur* »[373].

376. La Convention pénale sur la corruption vise à incriminer plusieurs faits comme la corruption, le trafic d'influence et le blanchiment des fruits issus des délits de corruption. Mais certains faits incriminés ne peuvent être attribués à la personne accusée qu'en présence de certaines circonstances déjà établies avant ou pendant la commission des faits. La présente Convention s'applique à la corruption passive ou active d'agent public national (art. 2 et 3), la corruption de membres d'assemblées publiques nationales et

371 Convention pénale sur la corruption, de 27 janvier 1999, S.T.E. n° 173.

372 Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, de 5 mai 2003, S.T.E. n° 191.

373 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2010, p. 228.

étrangères (art.4 et 6), ainsi qu'à la corruption active et passive d'agent public étranger (art.5).

377. Le premier article présente une liste de définitions des termes utilisés dans la Convention. Ainsi le –a- définit ce qu'est un agent public national : le terme doit être interpréter en référence à la définition de fonctionnaire, officier public, Maire, Ministre ou juge selon le droit national de l'État dans lequel la personne en question exerce cette fonction et dont le droit pénal est appliqué.

378. Le –c- apporte un sens à l'extranéité : « *dans le cas de poursuites impliquant un agent public d'un autre État, l'État qui poursuit ne peut appliquer la définition d'agent public que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national* ». Ce paragraphe précise l'interprétation de la condition préalable concernant l'agent public étranger tel qu'abordé dans la Convention en termes de corruption d'agent public étranger à l'article 5. Il s'agit d'une résolution anticipée de la problématique qui résulterait des différentes interprétations possibles de l'expression « agent public étranger ». Dès lors l'État de poursuite se doit d'appliquer le droit national de l'agent puisqu'il s'agit du droit lui ayant conféré ce statut d'agent public, ou d'appliquer le droit national eu égard au lieu de poursuite. Le paragraphe –c- a en effet retenu ces deux possibilités car lorsqu'un agent public étranger est impliqué, la définition donnée par la législation nationale de l'agent public étranger n'est pas nécessairement la même selon la législation de l'État de poursuite. De ce même –c-, il découle qu'un État peut décider que les infractions de corruption impliquant des agents publics d'un autre État ne visent que les agents dont le statut est compatible avec celui des agents publics nationaux régis par la législation de l'État de poursuite[374]. Ainsi, l'État de poursuite ne pourra pas outrepasser sa loi nationale concernant la définition de l'agent public. Il ne pourrait non plus imposer sa définition de l'agent public au droit étranger dans le but d'englober la personne en cause, et ce même si les termes de sa législation sont plus vastes que ceux de l'État étranger.

379. Le Protocole de la Convention pénale sur la corruption a ajouté en outre à l'article 1 § 4 que : « *dans le cas de poursuites impliquant un arbitre ou un juré étranger, l'État qui*

[374] Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999, S.T.E. n° 173.

poursuit ne peut appliquer la définition d'arbitre ou de juré que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national ». À savoir que le contenu du –c- est applicable à ce paragraphe. Cette modification devenait nécessaire au regard de l'émergence de certaines infractions dans le Protocole telles que la corruption d'arbitre étranger ou la corruption de jurés étrangers.

B. La double incrimination et les conditions de la coopération internationale

380. La Convention pénale sur la corruption a incorporé des dispositions spéciales pour la mise en œuvre de la coopération internationale entre les États parties. Ces dispositions sont placées au sein du Chapitre IV intitulé « C*oopération internationale* »[375]. L'article 25 de la présente Convention intitulé « Principes généraux et mesures s'appliquant à la coopération internationale » nous informe sur la nature subsidiaire du système de coopération internationale tel qu'il figure dans ce chapitre, en donnant priorité aux instruments internationaux de coopération internationale afin qu'ils soient appliqués dans les relations entre les États parties ou tout arrangement établi sur la base de législations uniformes ou réciproques, ou de droits nationaux. L'article incite donc les États à développer la coopération la plus large possible.

381. Les dispositions sur la coopération internationale figurant dans le présent chapitre s'appliquent dans deux hypothèses : 1) lorsqu'aucun instrument international ou arrangement n'est en vigueur entre les États parties, 2) lorsque les articles figurant dans

375 Ce Chapitre a suscité de longues discussions lors de son élaboration concernant l'utilité d'intégrer un chapitre autonome assez détaillé recouvrant plusieurs thèmes relevant du domaine de la coopération internationale en matière pénale, ou s'il ne devrait exister que des traités bilatéraux ou multilatéraux en ce domaine. Certains pensaient que la création d'un chapitre autonome sur la coopération internationale en matière pénale susciterait la confusion chez les praticiens en multipliant les règles de coopération internationale dans les conventions qui contiennent des infractions spécifiques. D'autres pensaient que l'insertion d'un chapitre autonome sur la coopération internationale en matière pénale était justifiée par les difficultés particulières à obtenir la coopération nécessaire à la poursuite des infractions en matière de corruption et par le fait qu'il s'agit d'une Convention ouverte et que certaines parties contractantes ne seraient pas ou dans certains cas ne pourraient pas être parties aux traités du Conseil de l'Europe relatifs à la coopération internationale en matière pénale et ne seraient pas parties à des traités bilatéraux dans ce domaine avec la plupart des autres parties contractantes. Les rédacteurs de la Convention ont fini par accepter d'y insérer tel chapitre dans la Convention. V. rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, du 27 janvier 1999, S.T.E. n° 173.

le présent chapitre sont plus favorables que les dispositions figurant dans les instruments internationaux ou les arrangements en vigueur.

382. Concernant la double incrimination, elle n'a pas été érigée en principe général au début du Chapitre IV. Cependant l'article 25 nous donne une vue d'ensemble des conditions applicables en matière de coopération internationale lesquelles comprennent logiquement la condition de la double incrimination. Ainsi, la condition de double incrimination sera d'abord le « problème » des instruments ou arrangements internationaux en matière de coopération puis éventuellement de la loi nationale applicable en ce domaine. La question qui se pose alors est de savoir ce que la Convention entend par instruments internationaux en matière de coopération internationale. En réalité, la Convention vise une série d'instruments du Conseil de l'Europe tels que : la Convention d'Extradition (S.T.E. n° 24) et ses Protocoles additionnels (S.T.E. n° 86 et 98), la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale (S.T.E. n° 30) et son Protocole (S.T.E. n° 99), la Convention pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition (S.T.E. n° 51), la Convention sur les valeurs internationales des jugements répressifs (S.T.E. n° 70), la Convention sur la transmission des procédures répressives (S.T.E. n° 73), la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (S.T.E. n° 112), la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (S.T.E. n° 141). Elle vise aussi d'autres instruments internationaux, bilatéraux et multilatéraux, hors du Conseil de l'Europe.

La question de la double incrimination et sa place en matière de coopération internationale ne se limite pas aux instruments en vigueur mais vaut également pour les instruments qui seront adoptés dans le futur.

383. L'article 25 § 3 nous indique par ailleurs que « *les articles 26 à 31 du présent chapitre s'appliquent également lorsqu'ils sont plus favorables que les dispositions contenues dans les instruments internationaux ou arrangement visés au paragraphe 1 ci-dessus* ». Selon une compréhension littérale de ce texte, s'il n'y a pas d'instruments internationaux de coopération internationale en vigueur, la double incrimination ne sera pas exigée et ce pour deux raisons, la première étant que les dispositions figurant aux article 26 à 31 ne font aucune référence à la double incrimination, la deuxième étant que l'absence de

double incrimination assure une coopération internationale plus large en matière pénale. Toutefois cette interprétation ne vaut qu'en l'absence de lois nationales, lesquelles ne sont mentionnées ni au paragraphe 2 ni au paragraphe 3 de l'article 25. Par conséquent, si la double incrimination est mentionnée en droit interne, elle s'applique aux dispositions figurant au présent chapitre.

384. L'article 26 concerne quant à lui l'entraide judiciaire en matière pénale. Il prévoit que : « *l'entraide au sein du paragraphe 1 du présent article peut être refusée si la partie requise considère que le fait accéder à la demande serait de nature à porter atteinte à ses intérêts fondamentaux, à la souveraineté nationale, à la sécurité nationale, ou à l'ordre public* » (article 26 § 2). Il s'agit là d'une formule classique dans les conventions internationales comportant des dispositions spéciales dédiées à l'entraide judiciaire en matière pénale. Et comme nous l'avons déjà fait remarquer, elle pourrait, selon certains auteurs, englober la double incrimination en tant que condition si son absence est à même de porter atteinte à l'ordre public[376]. En outre, les États parties à la Convention pénale sur la corruption peuvent refuser l'entraide si l'État requérant ne remplit pas les conditions de réciprocité d'incrimination, de peine ou de mesures de confiscation[377].

385. L'extradition a aussi sa place parmi les dispositions dédiées à la coopération internationale en matière de corruption, comme le montre l'article 27 de la présente convention. Nous retrouvons ici des dispositions comparables à celles que l'on trouve dans les autres conventions relatives aux infractions : « les *infractions pénales relevant du champ d'application de la présente convention sont considérées comme inclues dans tout traité d'extradition en vigueur entre les parties en tant qu'infractions donnant lieu à l'extradition. Les parties s'engagent à inclure ces infractions dans tout traité d'extradition qu'elles concluront en tant qu'infractions donnant lieu à l'extradition* ». Ce paragraphe inclut les infractions mentionnées dans la Convention pénale sur la corruption, dans tout Traité d'extradition préexistant ou qui existera entre les État parties à la Convention, ce qui rend les infractions mentionnées de facto extradables à condition

---

376 Didier REBUT, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 2015, p. 305, n° 506.

377 Groupe d'États contre la corruption, Deuxième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation sur la France du 2 décembre 2004, Greco eval II Rep (2004) 5f, p. 5.

qu'elles soient doublement incriminées. De plus, « *les parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent les infractions établies conformément à la présente convention en tant qu'infractions donnant lieu à l'extradition* », il en résulte que même en cas d'absence de traité, les infractions de ladite Convention sont considérées comme des infractions extradables.

386. Les paragraphes 1 et 3 de l'article 27, en introduisant les infractions dans tout Traité d'extradition et en les reconnaissant comme des infractions extradables, traitent la question de la double incrimination en modèle « liste d'infractions ». Mais à l'article 19 intitulé « Sanctions et mesures » nous trouvons des obligations, posées par le paragraphe 2, demandant aux États parties de prévoir à l'égard des infractions établies dans la Convention « *des sanctions privatives de liberté pouvant donner lieu à l'extradition* ». Dès lors il s'agit d'un traitement selon le modèle de « peine minimale » voué à surmonter les obstacles du modèle « liste d'infractions » comme nous l'avons expliqué plus avant[378].

387. Une extradition sans double incrimination pourrait paraître possible et imaginable selon le paragraphe 2 qui fait de la Convention pénale sur la corruption la base légale de l'extradition pour toutes les infractions établies conformément à la présente convention, dans la mesure où la partie requise subordonne l'extradition à l'existence d'un Traité, et que ladite partie reçoive une demande d'extradition par une Partie avec laquelle elle n'a pas conclu pareil traité. Dans ce cas, et en tenant compte du fait que la Convention devient la base légale de l'extradition, cette dernière pourrait être accordée sans exigence de double incrimination puisque la double incrimination n'apparaît nulle part dans cette Convention en tant que condition, à condition toutefois que les lois nationales de la partie requise n'interdisent pas une telle extradition en l'absence de double incrimination.

388. Mais le plus important concernant la double incrimination se trouve au paragraphe 4 de l'article 27, faisant écho lui aussi à d'autres conventions internationales relatives aux infractions et comprenant des dispositions sur la coopération internationale. En effet, il est dit que « *l'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la partie*

---

378 Nous trouvons pareil traitement à l'article 6 de la décision-cadre du 29 mai 2000 visant à renforcer notamment par des sanctions pénales, la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, J.O.C.U., L 140/1 du 14.6.2000.

requise ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels la partie requise peut refuser l'extradition ». Ainsi les lois nationales ou les traités d'extradition ont toute latitude concernant l'exigence ou non de la double incrimination pour accorder la demande d'extradition présentée par l'État requérant.

389. Pour conclure sur la question de la double incrimination dans les instruments européens en matière de lutte contre la corruption, il apparait que la double incrimination n'a pas été explicitement mentionnée, que ce soit en tant qu'expression ou concept juridique. Cela nous conduit à admettre qu'elle est mal abordée malgré son importance. En effet, elle devrait avoir d'autant plus une place de choix lorsqu'il s'agit d'infractions de corruption qui, malgré leur incrimination au sein des législations des nations développées, diffèrent grandement d'un pays à l'autre dans leur construction et sont donc à même de poser un problème lors de l'application de la double incrimination. Cette problématique peut cependant être résolue pour les pays qui ne sont pas liés par des Traités d'extradition ou d'entraide judiciaire et qui considèrent la Convention pénale sur la corruption comme étant leur base légale en matière d'extradition.

§ 3. Les instruments européens de lutte contre la cybercriminalité

390. Depuis aussi longtemps que l'on puisse le constater, l'Homme a toujours voulu satisfaire ses besoins. En tant qu'animal social il a concentré ses efforts sur son premier objet « la communication humaine ». Avec la construction des États et des frontières géographiques, cette communication a été encadrée par des règles voire des interdictions, et la communication ainsi que la circulation ont été circonscrits. « Le besoin est la mère de l'innovation »[379]. La modernisation des moyens de communication et de transport ont satisfait ces besoins et ont fait de ces frontières des obstacles franchissables. La criminalité en tant que phénomène social s'est développée dans ce même temps, en prenant une nouvelle dimension et en s'adaptant au monde digital, sans frontière : la cybercriminalité est née.

379 Adage historique arabe.

La cybercriminalité est une vraie menace pour la sécurité humaine et la stabilité des sociétés en général, et en Europe particulièrement eu égard aux valeurs protégées par l'Union Européenne. Elle constitue un réel défi autant dans le présent que dans l'avenir[380].

391. La cybercriminalité qui est née avec les outils informatiques et a pris de l'ampleur au fil du développement du réseau Internet a fait l'objet de grands débats doctrinaux, et ce pour deux raisons. D'une part, il n'existe pas de définition générale de ce phénomène criminel concordant avec les différentes législations nationales ou les instruments internationaux[381], et ce malgré pourtant quelques tentatives[382]. D'autre part, sa nature infractionnelle divise la doctrine, les uns considèrent que la cybercriminalité n'est pas une nouvelle forme d'infraction mais constitue plutôt de nouveaux moyens de commission (*old wine in new bottles*)[383], tandis que les autres considèrent à contrario que la cybercriminalité constitue une infraction nouvelle car elle exige un nouvel élément constitutif ne faisant pas partie des éléments constitutifs classiques, à savoir « *l'ordre spatial* »[384]. Le champ de commission de la cybercriminalité n'est pas le même s'il s'agit d'une infraction purement territoriale ou à caractère transfrontalier. L'Europe, d'après l'avis officiel de la Commission européenne, a admis le caractère transfrontalier de la

380 Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, COM (2009) 262 final, Bruxelles le 10 juin 2009.

381 Paul DE HERT, Irènee WIECZOREK et Gertjan BOULET, « Les fondement et objectifs des politiques d'incrimination de l'Union Européenne : le cas de la cybercriminalité ». *In Fondement et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthemis, 2013, p. 273.

382 En 1982 l'Organisation pour la coopération et le développement économique a présenté une définition générale de la cybercriminalité en tant que « *délit informatique* » qui s'entend de « *tout comportement illégal ou contraire à l'éthique ou non autorisé, qui concerne un traitement informatique de données et/ou de transmission de données* ». V. H. ALTERMAN et A. BLOCH, « La fraude informatique », Paris, *Gaz. Pal*, 3 septembre 1988, p. 530.

383 Peter N. GRABOSKY, « Virtual criminality. Old wine in new bottles ? », social &legal studies, SAGE Publications, vol. 10, n° 2, 2001, p. 243-249.

384 Anmonka Jeanine-Armelle TANO-BIAN, *La répression de la cybercriminalité dans les États de l'Union Européenne et de l'Afrique de l'ouest*, Thèse soutenue à l'Université de Paris Descartes, le 28 mai 2015, p. 50.

…/…

cybercriminalité[385] surtout au regard du développement massif d'Internet, qui est par essence sans frontière[386].

392. Cet aspect « spatial » complique considérablement la question de la cybercriminalité, et tout particulièrement la coopération internationale entre les États membres. C'est notamment pour cette raison que la cybercriminalité est devenue l'une de trois priorités de la sécurité en Europe[387]. Le Conseil de l'Europe a adopté en 2001 la Convention sur la cybercriminalité[388], et son Protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques[389]. Au niveau de l'Union Européenne on trouve une Directive de 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information[390].

393. La vraie menace que représente la cybercriminalité et la complexité des infractions la composant d'une part, ainsi que la mise en œuvre d'une coopération internationale souple et accordée entre tous les États membres d'autre part, ont poussé le Conseil de l'Europe à élaborer une convention très solide, forte et flexible à la fois, adaptée à la nature complexe et rapide du monde digital. Les conséquences sur la coopération internationale ont amené certains auteurs à décrire la Convention sur la cybercriminalité comme l'instrument le plus développé jamais créé en matière de coopération internationale d'autant qu'il s'agit d'une convention spéciale, régissant des infractions spécifiques[391].

---

385 Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, le programme européen en matière de sécurité, Strasbourg le 28.4.2015, COM (2015) 185 final.

386 Paul DE HERT, Irène WIECZOREK et Gertjan BOULET, op. cit. p. 275.

387 Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, le programme européen en matière de sécurité, Strasbourg le 28.4.2015, COM (2015) 185 final op. cit. p. 14.

388 Convention sur la cybercriminalité, Budapest le 23 novembre 2001, S.T.E. n° 185.

389 Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, Strasbourg le 28 janvier 2003, S.T.E. n° 189.

390 Directive 2013/40/U.E. du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, JOUE L 218/8, du 14 aout 2013.

391 Ulrich SIEBER, International cooperation against terrorist use of Internet », *RIDP*, vol. 77, 2006, n° 3 et 4, p. 439.

394. Dans cette Convention sur la cybercriminalité un chapitre est entièrement dédié à la coopération internationale entre les États membres contractants (Chapitre III intitulé « *Coopération internationale* ») sa première Section est consacrée aux principes généraux de la coopération internationale, à savoir l'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale au sein des instruments de la coopération internationale en vigueur, et sa deuxième Section intitulée « Dispositions spéciales » est consacrée, elle, aux mesures spéciales d'entraide judiciaire en matière pénale. Suivant cette distinction, nous aborderons la double incrimination au sein des dispositions générale sur la coopération internationale (A), avant de l'envisager au sein des dispositions spéciales en ce domaine (B).

A. La double incrimination au sein des dispositions générales sur la coopération internationale

395. L'article 23 de la Convention pose les principes généraux de la coopération internationale et son champ d'application. Il incite les États à coopérer dans la mesure la plus large possible conformément aux dispositions du Chapitre III et en appliquant les instruments internationaux pertinents, ou les arrangements reposant sur des législations nationales uniformes ou réciproques. La coopération internationale selon l'article 23 vise les investigations ou les procédures concernant les infractions pénales liées à des systèmes et données informatiques, ou le recueil, sous forme électronique, de preuves d'une infraction pénale. Concernant le champ d'application de la coopération internationale, il ne s'agit pas uniquement d'infractions purement informatiques ou liées à des systèmes informatiques mais également d'infractions de droit commun dès lors que les preuves pourront ou devront être collectées ou recueillies par des moyens électroniques, comme par exemple un meurtre[392]. Ainsi, le traitement de la double incrimination s'appliquera à ce champ d'application.

396. L'article 24 intitulé « Extradition » fait de la double incrimination une condition principale en matière d'extradition : « *le présent article s'applique à l'extradition entre*

[392] Peter CSONKA, « The council of Europe's Convention on cyber-crime and other European initiatives », R.I.D.P, vol. 77, n° 3 et 4, 2006, p. 495.

les parties pour les infractions pénales définies conformément aux article 2 à 11 de la présente convention, à condition qu'elles soient punissables dans la législation de deux parties concernées par une peine privative de liberté pour une période maximale d'au moins un an, ou par une peine plus sévère » (§ 1 a). L'obligation d'extradition n'est donc envisagée que pour les infractions déterminées aux articles 2 à 11 de la convention[393] si la condition de double incrimination est remplie selon le modèle de « la peine minimale », l'article 24 exigeant un seuil minimal de peine encourue dans les législations des deux parties concernées. Les auteurs de la Convention ont décidé de prévoir une peine minimale, car en vertu de la Convention, les États parties peuvent punir certaines infractions mentionnées d'une peine maximale plus douce et plus courte. Ils ne voulaient donc pas aboutir au fait que chacune des infractions soit considérée *ipso facto* comme pouvant donner lieu à l'extradition[394].

397. En cas de divergence sur la peine minimale dans un traité bilatéral ou multilatéral ou au sein de la Convention européenne d'extradition, ou encore dans un arrangement reposant sur des législations uniformes ou réciproques, la peine figurant dans ces instruments doit s'appliquer (paragraphe 1-b de l'article 24). Cela confirme ce que prévoit l'article 23, à savoir la subsidiarité des dispositions de cette Convention sur les dispositions des instruments dédiés à la coopération internationale.

398. Le paragraphe 2 de l'article 24 surmonte l'obstacle de la double incrimination figurant au paragraphe 1-a lorsque l'un des États concernés punit les infractions concernés d'une peine maximale de moins d'un an. En effet, il prévoit que « *les infractions pénales décrites au paragraphe 1 du présent article sont considérées comme incluses en tant qu'infractions pouvant donner lieu à l'extradition dans tout traité d'extradition existant*

---

393 Ces infractions sont divisées en trois catégories, la première comprenant des infractions relatives à la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données et systèmes informatiques, les infractions informatiques qui sont la version informatique des infractions commises dans le monde physique. La deuxième comprend les infractions de contenu, relative à l'envoi et la diffusion de contenus illégaux sur Internet telle la pédopornographie, racisme, xénophobie ou les actes relatifs de la justification du génocide ou des crimes contre l'humanité. Enfin la troisième comprend les infractions portant atteinte à la propriété intellectuelle. V. Paul DE HERT, Irènee WIECZOREK et Gertjan BOULET, op. cit. p. 274.

394 Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, Budapest le 23 novembre 2001, S.T.E. n° 185, p. 49.

…/…

entre ou parmi les parties. Les parties s'engagent à inclure de telles infractions comme infractions pouvant donner lieu à l'extradition dans tout traité d'extradition pouvant être conclue entre ou parmi elles ». Cela ne veut pas dire pour autant que l'extradition doit être accordée chaque fois qu'une demande est présentée en vertu de ce paragraphe, mais plutôt qu'il est possible de faire droit à une demande d'extradition visant des personnes ayant commis ce type d'infraction[395]. En tout cas, pour ce qui est des États européens ayant ratifié et adopté le mandat d'arrêt européen, la cybercriminalité figure dans la liste des trente-deux infractions pour lesquelles la double incrimination ne s'applique pas[396].

399. La double incrimination est également sous-tendue par le paragraphe 5 de l'article 24 qui subordonne l'extradition aux conditions prévues par le droit interne de la partie requise ou par les traités d'extradition en vigueur, y compris les motifs pour lesquels la partie requise peut refuser l'extradition. On peut alors se demander pourquoi la Convention a subordonné les conditions de l'extradition aux lois internes de la partie requise alors que la question de la double incrimination a déjà été abordée au paragraphe 1 et 2 de l'article 24 ? Le premier élément de réponse est que le paragraphe 5 est assez général et ne concerne pas seulement la double incrimination mais l'ensemble des conditions relatives à l'extradition telles que, par exemple, le principe *non bis in idem* et le principe de spécialité. Le deuxième élément de réponse est que le paragraphe 4 concerne les cas d'absence de convention ou de traité d'extradition entre les États parties, et qu'en pareil cas la Convention sur la cybercriminalité pourrait être considérée comme le seul fondement juridique valable pour l'État requis afin d'accorder l'extradition à un État requérant qui ne serait pas lié avec l'État requis par un traité d'extradition. La Convention sur la cybercriminalité est alors le fondement juridique de l'extradition, et l'article 24 paragraphe 5 permet de réserver une place à la double incrimination pour la mise en œuvre de l'extradition.

400. Le paragraphe 5 affirme aussi le caractère subsidiaire des dispositions dédiées à la coopération internationale dans la Convention sur la cybercriminalité, en donnant la

---

395 Rapport explicatif, op. cit. p 50

396 V. paragraphe 2 de l'article 2 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (2002/584/JAL), JOCU L 190/1, le 18 juillet 2002.

priorité aux lois internes ou aux instruments internationaux en vigueur sur l'extradition. Il en est ainsi de la Convention européenne sur l'extradition de 1957 dans laquelle la double incrimination apparait comme une condition essentielle pour accorder l'extradition entre les États parties[397].

401. La double incrimination en matière d'entraide judiciaire pénale entre les États parties est traité de manière plus souple dans cette convention. L'article 25 relatif aux principes généraux d'entraide, incite non seulement les États à accorder l'entraide la plus large possible, mais les oblige à adopter les mesures législatives ou autres qui se révèleraient nécessaires pour s'acquitter des obligations énoncées aux articles 27 à 35[398]. L'adoption de mesures législatives conformes aux articles 27 à 35 est de nature à surmonter l'obstacle de l'utilisation spéciale de la double incrimination dans les cas où la mesure sollicitée par l'État requérant n'existe pas dans l'État requis, ou porte atteinte à son ordre public.

402. Le paragraphe 4 de l'article 25 prévoit que : « *sauf disposition contraire expressément prévue dans les articles du présent chapitre, l'entraide est soumise aux conditions fixées par le droit interne de la partie requise ou par les traités d'entraide applicables, y compris les motifs sur la base desquels la partie requise peut refuser la coopération. La partie requise ne doit pas exercer son droit de refuser l'entraide concernant les infractions visées aux articles 2 à 11 au seul motif que la demande porte sur une infraction qu'elle considère comme de nature fiscale* ». Est par la même posé un principe général selon lequel l'entraide est soumise aux conditions fixées par les lois internes ou les traités d'entraide applicables, sous réserve des dispositions du Chapitre III. Ainsi, selon les dérogations mentionnées dans ce chapitre, la double incrimination subira le traitement figurant dans la Convention et non celui des législations nationales ou des instruments internationaux en vigueur[399].

403. Le paragraphe 5 de l'article 25 est plus explicite, puisqu'il indique que : « *lorsque, conformément aux dispositions du présent chapitre, la partie requise est autorisée à*

---

397 V. article 2 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1975, S.T.E. n° 24.

398 Les articles 27 à 35 concernant les mesures d'entraide judiciaire en l'absence d'accords internationaux applicables et les mesures d'entraide judiciaire au sein des dispositions spéciales.

399 Rapport explicatif, op. cit. p. 52.

subordonner l'entraide à l'existence d'une double incrimination, cette condition sera considérée comme satisfaite si le comportement constituant l'infraction, pour laquelle l'entraide est requise, est qualifié d'infraction pénale par son droit interne, que le droit interne classe ou non l'infraction dans la même catégorie d'infraction ou qu'il la désigne ou non par la même terminologie que le droit de la partie requérante ». La Convention autorise ainsi l'État requis à subordonner la demande d'entraide présentée par l'État requérant à la validation de la condition de double incrimination. Cette permission donnée à la partie requise de subordonner l'entraide à la double incrimination est générale, sans exception ni dérogation, et pourrait donc être appliquée même aux dérogations de l'article 25 § 4 de la Convention sur la cybercriminalité ; à condition toutefois que l'État requis ait formulé une réserve conformément à l'article 40 concernant la suppression de la double incrimination à l'article 29 concernant la conservation rapide de données informatiques stockées, comme nous le verrons au sein des dispositions spéciales sur la coopération internationale.

Le reste du paragraphe revêt un caractère interprétatif et prévoit une interprétation *in abstracto* de la double incrimination. Cette disposition a été jugée nécessaire afin de garantir que les parties requises ne recourent pas à un critère trop rigide lorsqu'elles appliquent la double incrimination[400], d'autant plus ici compte tenu des différences entre les ordres juridiques, et des terminologies variées usitées par les États membres concernant les actes infractionnels figurant dans la Convention.

404. La Convention sur la cybercriminalité comprend des dispositions spéciales sur l'entraide judiciaire en matière pénale applicables en l'absence d'accords internationaux en vigueur. Cette particularité représente une nouveauté dans l'univers des conventions européennes visant à lutter contre de telles infractions. En effet, il ne s'agit pas d'une convention d'entraide judiciaire en matière pénale mais plutôt d'une convention pénale concernant l'incrimination de certains actes, dans laquelle figurent des dispositions concernant l'entraide judiciaire en l'absence d'accord international applicable. L'article 27 intitulé « procédures relatives aux demandes d'entraide en l'absence

400 Ibid.

d'accords internationaux applicables » n'instaure cependant pas de régime général en matière d'entraide judiciaire pénale, qui se substituerait à celui des autres instruments et arrangements applicables. Dès lors, les spécialistes et praticiens ne peuvent confondre entre le régime spécial de cette convention et celui des instruments ou arrangements internationaux tels que la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 (S.T.E. n° 30) et ses protocoles additionnels (S.T.E. n° 99)[401].

405. Ce même article 27 comble cette absence de traité ou d'arrangement en appliquant les dispositions des paragraphes 2 à 9 à la demande d'entraide, substituant alors aux droits internes les questions posées par l'entraide telles que la création d'une autorité centrale, l'imposition de conditions, les motifs et procédures en cas d'ajournement ou de refus, la confidentialité des requêtes et les communications directes. Toutefois ce texte peut porter à confusion sur la question de la double incrimination si l'on admet que la question de la double incrimination trouve sa réponse à l'article 27 en l'absence d'instrument international d'entraide judiciaire, surtout au regard de l'article 25 § 4 qui subordonne les conditions de l'entraide judiciaire aux conditions fixées par le droit interne de l'État requis.

406. Cette confusion pourrait néanmoins être dissipée par l'article 27 § 4 qui indique que : « *outre les conditions ou les motifs de refus prévus à l'article 25 paragraphe 4, l'entraide peut être refusée par la partie requise* ». Ce paragraphe affirme que les conditions d'application ou les motifs de refus sont ceux fixés par le droit interne de la partie requise, ce qui englobe aussi la question de la double incrimination. Ainsi, en cas de dispositions sur la double incrimination dans le droit interne de la partie requise, et en l'absence d'accord ou d'arrangement international en matière d'entraide judiciaire pénale, elle sera appliquée.

407. Il importe que les mesures d'entraide sollicitées par l'État requérant soient exécutées selon les modalités présentées par cet État, tout en respectant la notion de l'utilisation spéciale de la double incrimination. Ces mesures doivent être connues dans le système juridique de l'État requis ou au moins ne pas être incompatibles avec celui-ci. Ainsi le

401 Ibid. p. 53.

paragraphe 3 prévoit que « *les demandes d'entraide sous le présent article sont exécutées conformément à la procédure spécifiée par la partie requérante, sauf lorsqu'elle est incompatible avec la législation de la partie requise* ». L'État requis veille ainsi à assurer le respect des dispositions de son droit interne surtout concernant l'admissibilité des preuves, ce qui lui permet d'utiliser lesdites preuves en justice. Pour qu'il puisse donner suite à ces règles de preuve, le paragraphe 3 affirme que la demande d'entraide sollicitée par l'État requérant ne doit pas être incompatible avec sa législation interne ou susceptible de porter atteinte à son ordre public. Par exemple, l'État requérant ne pourra pas solliciter de demande de perquisition ou de saisie à l'État requis si ladite mesure n'est pas conforme aux règles juridiques fondamentales appliquées par la partie requise à ce type d'opération[402]. Le respect à la lettre du paragraphe 3 et des principes généraux d'entraide judiciaire implique que le motif de refus de la demande se limite aux mesures incompatibles avec les législations de la partie requise et ne s'étendent pas aux mesures étrangères.

408. Le paragraphe 4-b de l'article 27 reprend l'atteinte à la souveraineté nationale, à la sécurité de l'État requis ou à son ordre public comme étant un motif de refus de la demande d'entraide présentée par l'État requérant, l'atteinte à l'Ordre public pouvant englober la question de la double incrimination si elle n'est pas remplie[403].

409. Ainsi, au sein des dispositions générales du Chapitre III de la Convention sur la cybercriminalité, la double incrimination est bien présente tant selon du modèle de la peine minimale que celui de liste d'infractions. Pour l'entraide judiciaire en matière pénale, il s'avère qu'elle n'est pas été mentionnée comme étant une condition essentielle favorisant l'entraide judiciaire la plus large possible. Cela ne veut pas dire pour autant qu'elle en est totalement absente. En effet, les auteurs de la Convention ont octroyé aux États une marge d'application concernant la double incrimination. Au niveau politique, la présence de la double incrimination assure une marge de sécurité pour les États du fait du manque de confiance mutuelle. Ils incitent donc les États à adhérer à cette Convention

402 Ibid, p. 55.

403 Didier REBUT, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 2015, p. 305, n° 506.

en leurs donnant un espace de liberté plus grand sur les motifs de refus. Sur le plan juridique, la double incrimination protège par ailleurs la souveraineté pénale de l'État requis, ainsi que son ordre public et juridique.

B. La double incrimination au sein des dispositions spéciales

410. La Convention sur la cybercriminalité a intégré une Section particulière dédiée aux dispositions spéciales au sein de Chapitre III sur la coopération internationale et intitulée « Dispositions spécifiques ». Ces dispositions ont pour objet d'instituer des mécanismes spécifiques d'entraide internationale en matière pénale dédiées aux infractions ayant des liens avec le système informatique ou la collecte de preuves. Cette spécificité paraît nécessaire au vu de la nature de ces infractions, reposant sur la vitesse et le support informatique. Cette Section contient trois titres distincts, le premier concerne l'entraide en matière de mesures provisoire et comprend la conservation rapide de données informatiques stockées et la divulgation de cette conservation, le deuxième concerne les pouvoirs d'investigation, et le troisième concerne le réseau 24/7 d'assistance immédiate.

411. Avant d'aller plus sur la question de la double incrimination prévue à l'article 29 sur la conservation rapide de données informatique stockées, il convient de clarifier ce concept de « conservation rapide de données informatiques stockées ». Il s'entend « *d'une mesure limitée de caractère provisoire destinée à intervenir de façon beaucoup plus rapide que l'exécution d'une requête d'entraide classique* »[404]. La stipulation d'une conservation rapide de données informatiques stockées est une étape très importante et efficace lors de la mise en œuvre d'une mesure d'entraide judiciaire dans ce domaine. Elle est nécessaire afin que les données ne soient ni modifiées, ni enlevées ni effacées durant la période séparant la préparation et la transmission de l'exécution d'une demande d'entraide afin d'obtenir les données stockées. La conservation rapide des données informatiques stockées n'est pas l'objet final de l'entraide judiciaire mais une phase préparatoire à la mesure visée qu'est l'obtention ou la divulgation des données. Le mécanisme de conservation rapide des données stockées concerne donc les données qui ne sont stockées que pour de brèves périodes avant d'être effacées. Ainsi ce mécanisme

404 Rapport explicatif, ibid, p. 58.

garantit la disponibilité de ces données pour une période plus longue afin d'exécuter la requête d'entraide judiciaire.

412. Le paragraphe 3 de l'article 29 prévoit dans sa dernière phrase que « *pour pouvoir répondre à une telle demande, la double incrimination n'est pas requise comme condition préalable à la conservation* ». Afin de justifier cette suppression de la double incrimination pour la conservation rapide des données stockées, il convient d'analyser la nature de cette mesure. La conservation de données ne doit pas être interprétée comme une mesure coercitive car il ne s'agit pas d'obtenir la possession de données auprès de leur gardien, mais plutôt de faire en sorte que le gardien[405] n'efface pas les données en attendant la demande officielle d'entraide judiciaire concernant l'obtention ou la transformation des données par exemple. De plus, les données ne seront divulguées ou examinées par le responsable de l'État requis qu'après réception de la demande officielle d'entraide judiciaire. Il s'agit donc bien d'une mesure provisoire et non coercitive.

413. Dans la pratique il faut parfois beaucoup de temps pour établir la double incrimination de manière irréfutable or, plus le temps passe, plus les données stockées peuvent être effacées, enlevées ou modifiées[406].Imposer une telle condition aurait donc été néfaste à la lutte contre la cybercriminalité,

414. Toutefois, le paragraphe 4 prévoit que, «*une partie qui exige la double incrimination comme condition pour répondre à une demande d'entraide visant la perquisition ou l'accès similaire, la saisie ou l'obtention par un moyen similaire ou la divulgation des données stockées peut, pour des infractions autre que celles établies conformément aux articles 2 à 11 de la présente convention, se réserver le droit de refuser la demande de conservation au titre du présent article dans le cas où elle a des raisons de penser que, au moment de la divulgation, la condition de double incrimination ne pourra pas être remplie* ». Mais, ce paragraphe ne s'applique pas aux infractions figurant aux articles 2 à 11 de la convention car selon les auteurs de la Convention, la condition de double

405 Le gardien est souvent le fournisseur de services ou une tierce partie.

406 Rapport explicatif, ibid. p. 59.

…/…

incrimination est automatiquement remplie en matière d'entraide judiciaire pénale, sauf pour ce qui est des dispositions faisant l'objet de réserves par les États parties. Ces derniers ne peuvent ainsi imposer la condition de double incrimination que pour les infractions autres que celles qui sont définies dans la Convention[407]. Ce traitement de la double incrimination se rapproche alors de celui prévu par le mandat d'arrêt européen dans lequel la double incrimination a été supprimée pour une liste d'infractions.

415. L'article 29 § 5 ajoute des motifs supplémentaires de refus de conservation rapide des données, dont fait classiquement partie l'atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à l'ordre public de la partie requise. Nous avons déjà souligné que ce motif de refus pouvait inclure la double incrimination selon certains auteurs. Mais ce n'est pas le cas dans cette Convention pour deux raisons. D'une part, la Convention sur la cybercriminalité aborde la question de la double incrimination en détails dans cet article 29 concernant la conservation rapide des données, et elle l'aborde tant au niveau de sa satisfaction automatique que de son exonération. D'autre part, la Convention octroie un droit de réserve au sein de son article 42 sur la question de maintien de la double incrimination conformément au paragraphe 4 de l'article 29, ce qui interdit aux États de refuser une demande de conservation concernant la double incrimination en vertu du paragraphe 5 de l'article 29.

416. L'article 30 sur la divulgation rapide des données conservées ne contient pas de conditions particulières de double incrimination, ce qui aboutit à l'application des conditions générales de mise en œuvre de la demande d'entraide telle que présentée à l'article 25 et qui précise que, sauf dispositions contraires (*cf*. Chapitre III), les conditions d'entraide judiciaire en matière pénale sont celle prévues dans le droit interne de l'État requis.

417. La Convention sur la cybercriminalité a aussi prévu le problème de la source des communications en se fiant aux enregistrements des transmissions antérieures car les données relatives au trafic peuvent avoir été automatiquement effacées par un fournisseur de services avant de pouvoir être transmises. C'est pour cette raison que les auteurs de la

407 Ibid.

Convention ont tenu à mentionner une mesure d'entraide qui donne aux enquêteurs la possibilité de se procurer en temps réel des données relatives au trafic telles que les communications transmises par un système informatique. L'article 33 intitulé « Entraide dans la collecte en temps réel de données relatives au trafic » aborde cette question. Ce qui nous intéresse dans cette mesure d'entraide est que « *Chaque partie accorde cette entraide au moins à l'égard des infractions pénales pour lesquelles la collecte en temps réel de données concernant le trafic serait disponible dans une affaire analogue au niveau interne* ». Les auteurs de cette convention ont considéré, par l'utilisation de l'expression « au moins », que la collecte en temps réel de données relatives au trafic pourrait être parfois le seul moyen d'identifier l'auteur de l'infraction, puisque la collecte en temps réel de données relatives au trafic n'est pas une mesure intrusive, ce qui encourage les États à s'accorder l'entraide la plus large possible même en l'absence de double incrimination[408].

418. La mise en œuvre de la Convention sur la cybercriminalité n'est pas suffisante pour lutter efficacement et dissuasivement contre les cyber-crimes, surtout au vu des lacunes législatives, des vides juridiques et des différences considérables entre les États membres en la matière, qui sont autant de freins à la lutte contre la cybercriminalité et les infractions liées telles que le terrorisme et la criminalité organisée. Cette diversité juridique a participé aussi à la complexification de la coopération internationale entre les autorités policières et judiciaires à cause du manque de cohésion des législations sur les règles de droit pénal relatives aux attaques contre les systèmes d'information.

419. C'est pourquoi l'Union Européenne à adopter la décision-cadre du Conseil relative aux attaques visant les systèmes d'information[409], et dont l'objet est d'améliorer et de renforcer la coopération entre les autorités judiciaires et les autres autorités compétentes, ainsi que de rapprocher les législations pénales dans le domaine des infractions informatiques.

---

408 Rapport explicatif, op. cit. p. 61

409 Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information. JOUE, du 16.3.2005, L 69/67.

…/…

420. Cette décision-cadre a été remplacée par une directive de 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information[410]. Celle-ci a pour objectif de rapprocher les droits pénaux des États membres dans le domaine des infractions contre les systèmes d'information en trois étapes : 1) en précisant des définitions communes dans le domaine des infractions informatiques qui peuvent garantir une approche cohérente des États membres dans l'application de cette directive et de la Convention sur la cybercriminalité[411], 2) en adoptant des concepts communs concernant les éléments constitutifs des infractions pénales en la matière[412], 3) en établissant des peines minimales communes pour les infractions déterminées[413].

Ces trois éléments de rapprochement sont indirectement liés à la question de la double incrimination. Les intentions européennes d'accorder la coopération internationale la plus large possible ont abouti à la création du mandat d'arrêt européen dans lequel la double incrimination est exonérée pour une liste de trente- deux infractions parmi lesquelles nous trouvons la cybercriminalité. Mais cette exonération de la double incrimination pour la cybercriminalité n'est pas simple à mettre en œuvre surtout pour des faits qui ne constitue pas un seul et même acte infractionnel bien défini mais plutôt une notion englobant plusieurs actes. C'est sans doute pourquoi nous ne sommes pas encore parvenus à nous accorder sur une définition précise de la cybercriminalité.

421. Cette exonération de la double incrimination peut poser un problème si l'acte commis sous la notion de cybercriminalité n'est pas une « infraction pénale » dans l'État requis mais en est une dans l'État requérant et puni d'une peine ou d'une mesure de sûreté

---

410 Directive 2013/40/U.E. du Parlement Européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI. JOUE, L 218/8, le 14.8.2013.

411 La directive présente une liste des définitions en son article 2 concernant certains termes juridiques utilisés dans la directive comme : système d'information, donnée informatique, personne morale et sans droit.

412 La directive adopte une série d'infractions sur plusieurs thèmes comme l'accès illégal à des systèmes d'information, l'atteinte illégale à l'intégrité d'un système et des données, l'interception illégale, les outils utilisés pour commettre les infractions et l'incitation, participation, complicité et la tentative.

413 L'article 9 intitulé « Sanction » donne des concepts cohérents sur le rapprochement des peines à l'égard des infractions figurants dans les articles 3-8

…/…

privative de liberté d'un maximum d'au moins trois ans[414]. L'absence de véritable rapprochement européen en matière d'infractions informatiques tant au niveau des actes qu'au niveau des sanctions pose de toute façon un problème lors de l'exécution des demandes d'entraide judiciaire ou d'extradition ou d'un mandat d'arrêt européen. C'est en cela que la directive de 2013 résout indirectement la question de la double incrimination au niveau européen.

422. Les divergences entre les législations et les procédures pénales nationales peuvent donner lieu à des différences au moments de l'enquête ou des poursuites pénales, si bien que le traitement réservé à ces infractions peut ne pas être uniforme[415]. Cela ne fait alors aucun doute que la double incrimination sans harmonisation ni rapprochement législatif dans le domaine de la cybercriminalité représente un obstacle à la coopération internationale entre les États européens, d'autant plus avec ce type d'infraction transfrontalière grave. Dès lors, la doctrine et la Commission européenne elle-même ont affirmé que l'harmonisation des infractions de cybercriminalité faciliterait les réponses à apporter en matière de double incrimination dans le cadre des instruments de coopération internationale[416]. Pourtant, pour ce qui est des définitions, nous pouvons dire que l'harmonisation n'est pas la seule solution au problème de la double incrimination. En effet, la nécessité de définir clairement n'implique pas automatiquement la nécessité d'une définition harmonisée tant que la définition claire ne se heurte pas à l'obstacle de

---

414 Paul DE HERT, Gloria GONZALEZ FUSTER et Bert-Jaap KOOPS, « Fighting cybercrime in the two Europs. The added value of the EU framework decision and the Council of Europe Convention », *RIDP*, vol. 77, n° 3 et 4, 2006, p. 506. V. aussi, Fr. CALDERONI, « The European legal framework on cybercrime: striving for an effective implementation », *in crime Law and social change*, 2010, n° 54(5), p. 342.

415 Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative aux attaques visant les systèmes d'information et abrogeant la Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, Bruxelles le 30.9.2010, COM (2010) 517 final. 2010/0273 (COD).

416 Paul DE HERT, Irènee WIECZOREK et Gertjan BOULET, op. cit. p. 277 et s. V. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité économique et social et au Comité de région, pour créer une société de l'information plus sûre en renforçant la sécurité des infrastructures de l'information et en luttant contre la cybercriminalité, Bruxelles 26 janvier 2001, COM (2000) 890 final.

…/…

double incrimination[417]. En attendant, les divergences lexicales ne font qu'accroître la complexité des relations au sein de l'espace judiciaire européen[418].

423. Il apparaît ainsi que la double incrimination n'a pas été imposée, ni même traitée directement dans la directive de 2013. Mais nous ne pouvons pas nier qu'elle joue un rôle important dans la souplesse de cette condition ainsi que dans sa satisfaction lors de demandes de coopération internationale à l'égard de son rôle dans l'harmonisation et le rapprochement des législations des États membres.

424. Pour conclure en ce qui concerne ces instruments de lutte contre la cybercriminalité nous pouvons faire deux constats. Le premier est que par comparaison avec les autres instruments européens dédiés à des infractions, la Convention sur la cybercriminalité est plus riche et plus détaillée sur la question de la double incrimination, en particulier sur les questions relatives à son interprétation et à son exonération lors de certaines mesures d'entraide judiciaire. Le deuxième est que par comparaison avec les autres instruments européens de coopération judiciaire la Convention sur la cybercriminalité ne prend pas clairement position sur la double incrimination[419] y compris lorsque la double incrimination est écartée, comme c'est le cas du mandat d'arrêt européen, le mandat européen d'obtention de preuves[420] et la décision-cadre sur l'exécution des décisions de gel de bien ou des preuves[421]. La Convention sur la cybercriminalité subordonne l'entraide judiciaire aux lois nationales de l'État requis dont notamment les motifs de refus, puis écarte la double incrimination pour certaines mesures d'entraide comme la conservation rapide de données stockées tout en octroyant alors un droit de réserve aux États parties.

---

417 Paul DE HERT, Irènee WIECZOREK et Gertjan BOULET, op. cit. p. 279.

418 Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénale européen et révélateur de ses tensions*, édition de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 168.

419 Paul DE HERT, Irènee WIECZOREK et Gertjan BOULET, op. cit. p. 279.

420 Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen sur l'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, JOUE, L 350/72, 30 décembre 2008.

421 Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, JOUE, L 196/45, du 2 août 2003

…/…

Malgré ces critiques sur la Convention précitée, nous sommes d'accord avec une partie de la doctrine qui considère qu'elle constitue la convention spéciale la plus développée en matière de coopération internationale[422].

§ 4. Les instruments européens de lutte contre la traite des êtres humains

425. La traite des êtres humains constitue une violation grave des Droits fondamentaux de l'Homme que les Chartes fondamentales des Droits de l'Homme n'ont pas hésité à interdire explicitement[423]. Il s'agit d'une violation grave de la liberté et de la dignité des personnes prenant la forme d'une criminalité de grande envergure, ce qui n'est pas sans incidence sur la stabilité et la sécurité de toutes les nations.

426. La traite des êtres humains est considérée par le monde civilisé comme une infraction grave et complexe qui prend racine dans la vulnérabilité des individus face à la pauvreté et à d'autres facteurs sociaux, culturels et sexuels[424]. Elle est souvent commise dans la cadre de la criminalité organisée[425]. La Cour Européenne de Droits de l'Homme a affirmé qu'il « *ne peut y avoir aucun doute quant au fait que la traite porte atteinte à la dignité humaine et aux libertés fondamentales de ses victimes et qu'elle ne peut être considérée comme compatible avec une société démocratique ni avec les valeurs consacrées dans la Convention* »[426].

427. La répression de la traite des êtres humains est apparue au niveau international au sein des Nations-Unis, comme nous l'avons vu, sous la forme d'un Protocole additionnel dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée. L'expérience a prouvé que la mise en

---

422 Ulrich SIEBER, « International cooperation against terrorist use of Internet », *RIDP*, vol. 77, 2006, n° 3 et 4, p. 439.

423 Chartes des Droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01, du 18.12.2000

424 Communication de la commission au Parlement Européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, La stratégie de l'Union Européenne en vue de l'éradication de la traite des êtres humains pour la période 2012-2016, COM (2012) 286 final, Bruxelles le 19.6.2012.

425 Chloé BRIERE et Anne WEYEMBERGH, « L'Union européenne et la traite des êtres humains », *in Fondement et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthemis, p. 70.

426 Cour européenne des Droits de l'Homme, 7 janvier 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, requête n° 25965/04.

…/…

œuvre des efforts collectifs au niveau régional renforçait les actions prises au niveau mondial. C'est pour cela que les efforts au niveau européen n'ont pas cessé, afin de lutter contre ce phénomène grave qui porte atteinte directement aux intérêts protégés et aux valeurs sur lesquelles l'Union européenne est fondée. Il est dès lors logique de trouver des instruments européens sur la lutte contre la traite des êtres humains que ce soit au niveau du Conseil de l'Europe ou au niveau de l'Union européenne, à savoir au sein du Conseil de l'Europe, la Convention relative à la lutte contre la traite des êtres humains[427], et au sein de l'Union Européenne la Directive du 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains[428].

428. La Convention relative à la lutte contre la traite des êtres humains contient dix chapitres distincts faisant apparaitre une construction textuelle cohérente servant la lutte contre ce phénomène[429]. Malgré l'existence d'un Chapitre entier consacré à la coopération internationale (*cf.* Chapitre VI), il n'est fait aucune référence à la double incrimination en tant que condition de mise en œuvre de la coopération internationale en matière de lutte contre la traite des êtres humains. Cela signifie-t-il que la double incrimination est supprimée ou écartée dans cette Convention afin de lutter contre ce phénomène ? La réponse ne semble pas affirmative.

429. L'article 32 intitulé « Principes généraux et mesures de coopération internationale » prévoit en effet que « *les parties coopèrent, conformément aux dispositions de la présente convention, en application des instruments internationaux et régionaux pertinent applicables, des arrangements reposant sur des législations uniformes ou réciproques et de leur droit interne, dans la mesure la plus large possible aux fins : de prévenir et de combattre la traite des êtres humains, de protéger et d'assister les victimes et de mener*

427 Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains de 16 mai 2005, STCE. n° 197.

428 Directive 2011/36/U.E. du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, remplaçant la Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JOUE L101/1, le 15 avril 2011.

429 Ces chapitres portant sur l'objet et le champ d'application de cette Convention, la prévention et la coopération, les mesures visant à protéger les droits des victimes, le droit pénale matériel, les enquêtes et poursuites, la coopération internationale, le mécanisme de suivi, la relation avec d'autres instruments internationaux, les amendements à la Convention et clauses finales.

des investigations ou des procédures concernant les infractions pénales établies conformément à la présente convention ». Cet article doit être interprété comme donnant la priorité aux instruments internationaux, arrangements réciproques et lois internes en matière de traite des êtres humains. Il en résulte que les dispositions figurant dans le chapitre consacré à la coopération internationale n'annulent ni ne remplacent les dispositions des instruments internationaux, des arrangements réciproques ou des lois internes.

430. Ce même article oblige les États à coopérer aux fins d'investigations et de procédures pour tout ce qui concerne les infractions établies dans cette convention, à savoir les infractions établies aux articles 18, 20 et 21[430] et éventuellement les infractions présentes à l'article 19 incriminant l'utilisation des services d'une victime, pour lesquelles la double incrimination ne peut alors avoir lieu qu'entre les parties ayant incriminé dans leur droit interne les faits visés[431]. Ce traitement ainsi que les limites posées à la double incrimination nous amènent à nous demander si cela signifie que la double incrimination est exigée pour les infractions définies aux articles 18, 20 et 21, et à s'interroger sur cette différence de traitement entre les infractions prévues par ces articles et celles envisagées à l'article 19. Pour ce qui est de la première question, nous ne pouvons pas admettre que la double incrimination soit écartée pour les infractions définies aux articles 18, 20 et 21 car la Convention elle-même subordonne les conditions de la coopération internationale aux instruments internationaux applicables dans le domaine de la coopération internationale, aux arrangements réciproques, et aux lois internes ; ainsi, la double incrimination est déterminée selon ces dispositions en cas d'absence d'exonération explicite de double incrimination.

431. Pour ce qui est de la seconde question, tenant à la différence faite entre les infractions de l'article 19 et celles des articles 18, 20 et 21 la réponse se trouve dans la rédaction de ces articles. Ces derniers débutent tous par « *chaque partie adopte les mesures législatives et*

---

430 L'article 18 incrimine la traite des êtres humains, l'article 20 incrimine les actes relatifs aux documents de voyage ou d'identité et l'article 21 incrimine la complicité et la tentative.

431 Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE. n° 197, p. 57.

autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale ... », tandis que l'article 19 commence par « *chaque partie envisage d'adopter les mesures législatives* ... ». Il apparaît alors moins contraignant amenant de ce fait le rapport explicatif de la convention à affirmer la nécessité de satisfaire la double incrimination pour ce type d'infraction.

432. Le Chapitre VI dédié à la coopération internationale ne contient quant à lui aucune disposition spécifique consacrée à l'extradition ni à l'entraide judiciaire ou à des mesures particulières participant à l'entraide. On peut donc voir que les propos sur la double incrimination ne sont pas riches dans cette Convention.

433. L'absence de traitement de la double incrimination dans cette Convention ne reflète cependant pas nécessairement un désavantage ou une critique, les rédacteurs ne voulant pas reprendre dans cette Convention des dispositions similaires à celles des instruments transversaux tels que la Convention européenne d'extradition et la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. Ils ont estimé que ces instruments transversaux étaient plus adaptés à une harmonisation des normes et qu'il était possible d'améliorer la coopération entre les parties. C'est pour cela que les rédacteurs n'ont pas voulu créer de régime général d'entraide distinct qui se substituerait aux autres instruments et arrangements applicables, estimant qu'il serait plus facile et efficace de s'en remettre aux régimes fixés par les Traités d'extradition et d'entraide en vigueur[432]. Une autre raison à cette absence est liée au chapitre IV de cette convention intitulé « Droit pénal matériel » et qui est présenté comme l'un des buts généraux visés par cette convention à savoir l'harmonisation des législations nationales, afin de faciliter la lutte contre la traite des êtres humains tant au niveau national qu'international. Elle la facilite en effet sous plusieurs aspects. L'harmonisation évite que des actes illicites soient commis de préférence dans un État qui applique une norme moins stricte. Elle stimule également l'échange de données et d'expériences. Enfin, la coopération internationale comme l'extradition et l'entraide judiciaire se voient facilitées par la double

[432] Rapport explicatif, op. cit. p. 78.

…/…

incrimination[433]. Il est indéniable que le rapprochement des législations est nécessaire au bon fonctionnement des mécanismes de coopération judiciaire eux-mêmes, et que le lien entre le mécanisme de coopération d'une part, et le rapprochement du droit pénal matériel d'autre part, est clairement établi étant donné l'exigence de double incrimination qui caractérise les mécanismes classiques de coopération[434].

434. L'article 39 de la Convention précise par ailleurs que la présente Convention ne porte pas atteinte aux droits et obligations découlant des dispositions du Protocole additionnel à la Convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée. Ainsi, la question de la double incrimination pourrait être traitée de la même manière que dans la Convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée en application du système par renvoi.

435. Au niveau de l'Union Européenne le sujet de la traite des êtres humains a été abordé dans la directive de 2011 dont c'est l'objet et qui a remplacé la Décision-cadre 2002/629/JAI.

La directive de 2011 vise principalement à rapprocher les législations des États membres en ce qui concerne le droit pénal matériel, et plus précisément la définition des infractions pénales, les sanctions, et la responsabilité des personnes morales[435]. Sans la mise en place d'un tel rapprochement, les auteurs d'infractions seraient et sont à même de choisir l'État membre au régime de sanction le plus clément en fonction du type d'infraction qu'ils comptent commettre[436].

436. La directive ne contient pas de dispositions consacrées à la coopération internationale entre les États membres, ni en matière d'extradition, ni en matière d'entraide judiciaire pénale. Par conséquent, la double incrimination n'a pas été abordée dans cette directive. Il convient cependant de souligner que la directive de 2011 dans son objectif de rapprocher les législations pénales et les sanctions applicables, a participé au

---

433 Rapport explicatif, op. cit. p. 59.

434 Anne WEYEMBERGH, « Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales « introduction » », *RIDP*, vol. 77, 2006, p. 190.

435 V. les articles 2,3,4 et 5 de la directive. V. Chloé BRIERE et Anne WEYEMBERGH, op. cit. 73.

436 Commission Européenne, Communication vers une politique pénale de l'Union Européenne : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE. au moyen du droit pénal, 20 septembre 2011, COM (2011) 573 final, p. 5.

contournement de l'obstacle que représente la double incrimination. En effet, les États membres en s'accordant sur les éléments constitutifs des infractions ainsi que leurs définitions, satisfassent ainsi à la condition de double incrimination. Le rapprochement des sanctions figurant à l'article 4 en instaurant un seuil de peine minimale assez élevé (au minimum cinq ans d'emprisonnement) rend plus facile l'extradition que ce soit en vertu d'un mandat d'arrêt européen ou de la Convention européenne d'extradition.

437. Pour conclure sur ce point, la question de la double incrimination n'est pas explicite au sein des instruments européens de lutte contre la traite des êtres humains, voire assez pauvres en la matière. On peut trouver justification à ce manque du fait de la volonté européenne de ne pas compliquer la réponse pénale européenne en multipliant les sources de droit la régissant. Cela pourrait se comprendre aussi si d'autres instruments européens de lutte contre la criminalité grave avaient déjà traité la question de la double incrimination. Mais ce n'est pas le cas.

Il apparait ainsi qu'en matière de double incrimination l'approche européenne n'est pas identique à celle des Nations-Unies tout en ayant néanmoins quelques points communs. Les instruments européens de lutte contre certains types d'infractions possèdent des contenus très variés quant au traitement de la double incrimination, certains l'envisageant comme les instruments de la lutte contre la cybercriminalité, tandis que d'autres restent muets à ce sujet, tels que les instruments de lutte contre la traite des êtres humains.

438. Cette diversité de traitement peut s'expliquer de plusieurs façons. Tout d'abord, le continent européen, au contraire des Nations-Unies, possède un cadre normatif solide et bien construit, ainsi que des instruments dédiés à la coopération pénale internationale entre États européens, au sein desquels la double incrimination est présente. Lesdits textes sont univoques et font office de référence juridique en matière de coopération européenne. Ensuite, la volonté européenne de ne pas compliquer davantage la réponse pénale du fait de la double incrimination a évidemment joué un rôle. En effet, spécialistes et praticiens ont opté de concert pour une vision claire et unifiée de la double incrimination autant dans sa délimitation que de sa mise en œuvre et ont ainsi accordé la coopération internationale pénale la plus large possible.

439. Par ailleurs, l'émergence d'un nouvel instrument tel que celui-ci pour lutter contre un phénomène criminel sortant de l'ordinaire (la cybercriminalité comparée aux infractions classiques), a nécessité l'intégration d'un régime spécifique détaillé au sein des conventions et autres textes normatifs dédiés à la coopération pénale internationale. Ce qui est justifié par la nouveauté de ce type d'incrimination qui n'est donc que peu connue et reconnue par les systèmes juridiques du monde entier.

440. Malgré le fait que la coopération pénale internationale ne soit pas l'objet premier de ces instruments, la double incrimination ne cesse d'y être présente, explicitement ou implicitement, dans la majorité d'entre eux. Elle demeure une condition récurrente en matière de coopération pénale internationale et plus particulièrement européenne.

Conclusion du Titre I

441. La coopération pénale internationale est un domaine complexe dans lequel le traitement de la double incrimination ne s'avère pas vraiment unifié, et ce pour plusieurs raisons, tant instrumentales que chronologiques.

442. Cette absence d'unification est dûe, avant tout, à la multiplication des instruments applicables en la matière, comme les conventions bilatérales et multilatérales qui régissent de manières différentes la double incrimination. Des différences qui peuvent s'expliquer par le nombre de parties signataires des accords ; ce nombre pouvant conduire au maintien de la double incrimination en raison de la variété des systèmes pénaux. Elles peuvent également être liées au manque de confiance mutuelle qui fait du maintien de la double incrimination une démonstration d'une certaine défiance entre lesdits États.

La confiance, dans ce contexte, « *repose en particulier sur le socle commun que constitue l'attachement aux principes de liberté, de démocratie et de respect des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ainsi que de l'État de droit* »[437].

443. Par ailleurs, sur le plan interne, on trouve des dispositions organisent les procédures à mettre en œuvre en l'absence de traité conclu entre l'État requis et l'État requérant. Il est à noter qu'en général la loi interne s'avère plus claire que l'ensemble des conventions internationales en matière de coopération pénale internationale, instrument unilatéral en la matière, elle permet alors d'unifier le traitement de la double incrimination.

444. L'objet du texte a aussi son importance. En effet, les traités et les conventions d'extradition, qu'ils soient multilatéraux ou simplement bilatéraux, ne surmontent quasiment jamais l'obstacle que constitue la double incrimination, eu égard à la nature coercitive de l'extradition qui porte directement atteinte à la liberté individuelle. En revanche, au sein des instruments dédiés à l'entraide judiciaire en matière pénale, la double incrimination s'avère moins stricte sous réserve toutefois de quelques exceptions

---

437 Daniel FLORE, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, I.E.E., 2001, p. 67.

en ce qui concerne les mesures coercitives qui donnent la possibilité aux États d'exiger la double incrimination en complément.

445. La volonté internationale des États de lutter contre la criminalité se heurte bien souvent à la notion de souveraineté nationale ; bien qu'unanimes quant au but poursuivi, les États se refusent la plupart du temps à engager des poursuites pour un fait qui ne constitue pas une infraction sur leur territoire. Cela peut représenter pour eux une atteinte à l'ordre public, et engendrer des coûts et une lourdeur procédurale alors injustifiés.

446. La chronologie des instruments européens et internationaux montre que le temps a également joué un rôle, en particulier en ce qui concerne les instruments des Nations-Unies (du fait notamment de l'absence de cadre normatif en matière de coopération pénale au niveau des Nations-Unies). Le traitement de la double incrimination s'est ainsi amélioré au fil du temps, étant « mal » abordée au sein des textes les plus anciens pour être aujourd'hui plus présente et mieux appréhendée.

447. On a pu être observé également que les États, après stipulation de la double incrimination dans les instruments internationaux de coopération pénale internationale, se sont rendu compte des lacunes issues des divergences d'interprétation de cette condition, ce qui les a amenés à apporter des précisions pour unifier cette condition.

448. Au niveau européen, la situation est en revanche différente, grâce au rapprochement législatif entre les États européens et à la présence d'un système institutionnel commun incarné par le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne. L'existence d'un cadre normatif consacré à la coopération pénale internationale a ainsi contribué de manière non négligeable à une vision plus claire et stable de la double incrimination. Les rédacteurs des Traités et des Conventions européennes se sont dès lors référés à ce cadre au lieu de se disperser dans divers textes de nature distincte et apporter ainsi de la confusion. Toutefois cette pratique n'a pas empêché d'intégrer la double incrimination dans certains instruments européens. En effet, non seulement certaines conventions ont pour objet un fait criminel spécifique, telle la cybercriminalité, rendant nécessaire la condition de double incrimination, mais certains États parties à ce type de conventions peuvent ne pas avoir signé la Convention européenne d'extradition ou d'entraide judiciaire en matière

pénale, nécessitant ainsi également la mention de la condition de double incrimination à défaut de pouvoir se référer aux normes communes de coopération judiciaire.

449. Il est donc indéniable que la double incrimination demeure une condition essentielle en matière de coopération pénale internationale. Elle reste présente dans les relations interétatiques, et ce malgré de multiples tentatives de suppression totale ou partielle en Europe, en particulière via le mandat d'arrêt européen. Les États ne semblent donc pas encore prêts à renoncer complètement à cette condition qui reste aujourd'hui encore incontournable.

Titre II.

Double incrimination et compétences extraterritoriales

450. « L'État », en tant que phénomène politico-social, est le fondement du droit international public. En effet, ce dernier met en scène l'État afin de l'organiser aux côtés d'autres entités politiques similaires en vue d'un droit internationalement reconnu par ces entités, leur confiant ainsi des pouvoirs, des compétences et des limites.

451. Le droit international public est caractérisé par un ensemble de règles applicables à la Communauté internationale[438] et est le seul droit qui régit les relations internationales[439], organise internationalement la construction juridique des États en prenant en compte leurs éléments constitutifs tripartites, à savoir la population, le territoire, et la puissance publique ou le gouvernement.

452. En reconnaissant que l'État est un sujet de droit international public, ce dernier reconnaît à l'État une souveraineté que nul autre sujet de droit international ne possède. La souveraineté d'État signifie alors que l'on ne trouve au-dessus de lui aucune autorité dotée d'une puissance légale. La souveraineté internationale peut se définir négativement comme la non-soumission à une autorité supérieure, c'est-à-dire n'être le sujet d'aucun autre sujet. Dire d'un État qu'il est internationalement souverain, c'est reconnaître ses droits, ses pouvoirs, et ses compétences en excluant toute attribution à un tiers d'un titre quelconque exerçant sur lui une puissance légale[440].

453. De cet attachement découlent non seulement des droits mais également des obligations. À cet égard, l'État se voit obliger de respecter la souveraineté des États étrangers autant qu'ils sont obligés de respecter la sienne. En outre, il dispose de pouvoirs et de compétences d'ordre international, dictés par le droit international, qui fonde les compétences de l'État, les détermine et les ordonnance, en même temps qu'il en conditionne l'exercice[441].

Ce qui nous amène à nous interroger sur la notion de compétence. Et sa signification juridique.

---

438 Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, Tome I, Dalloz 1970, p. 13.

439 Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 10e édition, Lextenso édition, 2012, p. 1.

440 Jean COMBACAU et Serge SUR, idem, p. 236.

441 Dominique CARREAU et Fabrizio MERRELLA, *Droit international*, 11e édition, Pedone, 2012, p. 369.

454. Le terme de « compétence » apparaît au XIIIe, et vient du latin *competens[entia],* qui est un participe présent signifiant « qui convient ». Parfois employé pour désigner le « juge compétent », ce mot est également employé pour désigner l'autorité ou la personne à qui il revient ou appartient de faire un acte, le plus souvent dans le cadre d'une instance judiciaire, ou désigne de manière plus générale, toute personne ayant une connaissance approfondie d'une matière quelconque lui conférant la capacité d'en bien juger[442].

455. Ce terme, aujourd'hui, souffre de quelques nuances selon le domaine juridique dans lequel il est employé. En droit public, par exemple, il s'entend d'un « *ensemble de pouvoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction* »[443]. Cette définition est aussi retenue par les auteurs de droit privé qui réservent toutefois son emploi à l'activité juridictionnelle[444]. En droit international enfin, le terme « compétence » se comprend comme « *l'ensemble des pouvoirs reconnus ou conférés par le droit international à un sujet de droit ou à une institution ou un organe, les rendant aptes à remplir des fonctions déterminées et à accomplir les actes juridiques qui en découlent* »[445], ou également comme la capacité au nom de laquelle « *cet État peut exercer ses diverses fonctions, […] légiférer, rendre la justice, faire la police, administrer, exercer la protection diplomatique, faire fonctionner les différents services publics* »[446]. La compétence de l'État peut être aussi « *le pouvoir juridique de connaître une affaire, de faire un acte, d'accomplir une action »*[447].

456. Selon certains internationalistes, il convient de faire une distinction entre deux sens de la notion. Au sens matériel, il s'agira de l'ensemble des compétences de l'État, tant internes (à savoir la capacité de l'État à adopter tous les actes qu'il estime légitimes sur son territoire et de gérer ses pouvoirs politiques et son organisation constitutionnelle),

---

442 Gérard CAHIN, Les compétences de l'État en Droit international, Colloque de Rennes, Pedone, 2006, p. 9.

443 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2007, p. 189.

444 Gérard CAHIN, op. cit. p. 12.

445 Jean SALMON, *Dictionnaire de Droit international public*, Bruylant, 2001, p. 210.

446 Jules BASDEVANT, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936, p. 591.

447 Jules BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, Sirey, 1960.

…/…

qu'externes (à savoir toutes les compétences que l'État peut exercer en tant que membre de la Communauté internationale). Au sens formel, la notion de compétence signifie alors « *le pouvoir de l'État d'édicter une règle de droit et également d'en assurer l'exécution, y compris bien entendu par le biais de ses tribunaux* »[448].

Pour étudier la double incrimination au regard des compétences extraterritoriales, nous nous intéresserons essentiellement à ce dernier aspect de la notion de compétence, autrement dit le sens formel, juridictionnel.

457. Afin de construire une analyse pertinente, en particulier sur le rôle et la place tenus par la double incrimination dans les compétences extraterritoriales, il apparaît indispensable de déterminer, au préalable, ce qu'est une « compétence extraterritoriale » et s'il en existe différents types parmi lesquels il conviendrait de faire une distinction, avant de voir la marge de manœuvre de l'État dans l'établissement de ses compétences extraterritoriales eu égard aux règles et limites posées par le droit international.

458. Concernant les compétences extraterritoriales, il convient de distinguer l'imputation extraterritoriale, c'est-à-dire lorsque l'État se contente de prendre en compte des éléments extérieurs à son territoire pour en tirer des conséquences sur son propre territoire[449], cas qui n'entre pas dans notre champ de recherches, de l'application *stricto sensu* des lois nationales à des « *situations dans lesquelles un État prétend appréhender, à travers son ordre juridique des éléments situés en dehors de son territoire* ». Il s'agit dans ce cas de différentes situations où l'État lui-même cherche à étendre son ordre juridique au-delà de ses frontières, ce qui est appelé parfois à ce titre l'application extraterritoriale directe du pourvoir normateur[450].

459. Il convient également de préciser le contenu des règles régissant les compétences internationales des États et en particulier les compétences extraterritoriales. En effet, une

---

448 Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, op. cit., p. 369.

449 Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, p. 11.

450 Brigitte STERN, « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *RQDI*, 1987, p. 60.

…/…

distinction essentielle dans ce domaine est nécessaire entre la compétence normative contenant « *le pouvoir […] d'édicter des règles générales ou individuelles, à travers ses organes législatifs, exécutifs ou juridictionnels* », et la compétence d'exécution se référant au « *pouvoir que possède un État de mettre en œuvre une règle générale ou une décision individuelle par des actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre de la contrainte étatique* »[451]. Nous limiterons ici notre analyse à la compétence extraterritoriale normative, ce qui concerne aussi l'application des règles nées de solutions juridiques individuelles telles que les décisions administratives ou les jugements[452].

460. La notion de compétence en droit international et ses divers concepts étant définis, il convient enfin de noter la liberté donnée en général aux États dans la détermination de leurs propres compétences, et plus particulièrement en matière de compétences extraterritoriales.

461. La question de l'influence et des limites du droit international dans ce processus a été posée par le Gouvernement français dans l'affaire du *Lotus*[453] qui s'interrogeait sur l'existence au sein des principes du droit international, de règles de compétence en application desquelles l'État pouvait légitimement agir en dehors de son territoire. À cette question, la Cour a répondu que :

> « *La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure […] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon, en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer dans son propre territoire sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, de manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à*

451 Brigitte STERN, « Quelques observations… », op. cit., p. 11.

452 Raphaëlle RIVIER, *Droit international public*, 2e édition, Puf, 2013, p. 397.

453 Cour permanente de Justice internationale, Affaire dite du « *Lotus* » entre la France et la Turquie, arrêt n° 9, Série A n° 10, 7 septembre 1927. En l'espèce il s'agissait d'un abordage s'étant produit entre un paquebot français le « Lotus » et un vapeur turc « Boz-Kourt" en haute mer ; le vapeur turc a été coupé et huit ressortissants turcs se trouvant à son bord ont péri. Le capitaine français a été poursuivi, accusé par les autorités turques d'homicide par imprudence. La Turquie a fondé ses poursuites sur la compétence personnelle passive figurant dans son Code pénal. La saisine de la Cour visait à trancher la question de savoir si les principes de Droit international s'opposent à ceux de la Turquie, en vertu de sa législation.

la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or tel n'est certainement pas l'état du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. »

462. Selon la Cour, l'État possède deux compétences, l'une étant la compétence d'exécution — qui ne concerne pas notre point —, et l'autre étant la compétence normative qui peut être extraterritoriale et atteindre alors des personnes, des biens et des situations à l'étranger, sauf dans les cas où cet exercice est interdit par le droit international.

463. La Cour n'a ainsi pas tranché la question de la compatibilité de la compétence personnelle passive turque avec le droit international, mais s'est prononcée sur la présence de principes en droit international prohibant ou non la mise en œuvre de cette compétence. Et sa réponse a été négative. Elle a admis la liberté de l'État dans l'établissement de ses compétences à condition que celles-ci ne violent pas le droit international. Cet arrêt a été un tournant important en ce qui concerne la liberté pour l'État de légiférer sur ses propres compétences juridictionnelles. Toutefois certains auteurs ont mis en exergue les limites logiques apportées par le droit international à cette liberté. Nous pouvons citer sur ce point le Professeur Pierre MAYER qui a effectué une distinction entre la compétence d'exercice et la compétence normative, lui permettant ainsi d'affirmer que s'il n'y a pas de limite spatiale à la compétence normative de l'État, ce dernier devant cependant respecter le domaine spatial qui lui a été assigné par le droit international[454]. Il s'agit là du lien de rattachement existant entre l'État et le sujet de droit. Dès lors, comme l'a expliqué M. Jimenez DE ARECHAGE, « *un État ne peut exercer sa compétence à l'égard […] de personnes ou de biens avec lesquels il n'a aucun rapport* »[455]. Cependant, il convient de s'interroger sur la nature des liens de rattachement reconnus par le droit international justifiant ainsi les compétences normatives de l'État ? Et si elles sont

454 Pierre MAYER, « Droit international privé et Droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. Crit. DIP.*, 1979 II, p. 355.

455 *RCADI*, 1970 -I- 129, p. 159, cité dans : Brigitte STERN, « Quelques observations … », op. cit., p. 20.

transposées en droit pénal, se demander dans quelles mesures l'ordre juridique répressif interne est compétent ?

464. Les liens de rattachement reconnus par l'ordre international sont déterminés en principe par les éléments constitutifs de l'État concerné ; chacun de ces éléments justifiant l'établissement d'une compétence qui le sert et le protège. Il existe en général trois catégories de rattachement. La première est le rattachement territorial (compétence territoriale) qui est applicable à l'ensemble du territoire et donc à tous les actes passés sur celui-ci. La seconde est le rattachement personnel (compétence personnelle) applicable aux individus ressortissants de l'État concerné. La troisième et dernière se trouve être le rattachement matériel (compétence réelle) donnant lieu à une compétence fonctionnelle chaque fois que l'État exerce ses pouvoirs pour protéger les intérêts de la nation, et ce au nom du principe de protection[456]. Le droit international reconnaît également à l'État une compétence particulière sans aucun lien avec les éléments constitutif de l'État mais concernant plutôt l'ordre et les intérêts de la Communauté internationale en confiant aux États la possibilité d'incriminer et de réprimer, dans leur droit interne, les infractions attentatoires à l'ordre public international telles que la piraterie, le génocide, le crime de guerre… etc. : il s'agit de la compétence universelle.

465. Le développement des sociétés a produit au fil du temps un nouveau type de criminalité, comportant un élément d'extranéité et étant la résultante de l'évolution considérable des moyens de communication, des modes de transport, et par conséquent du tourisme international, des activités intellectuelles et professionnelles ainsi que des relations en tous genres entre les nations. Une criminalité dite transfrontalière.

Le développement de cette criminalité a poussé les États à renoncer à la stricte territorialité de leur loi pénale, et à admettre que l'abstention totale d'un ordre répressif face à cette criminalité transfrontalière aurait pour effet de « *désarmer la répression en présence d'une criminalité internationale* »[457].

---

456 Raphaëlle RIVIER, op. cit., p. 400 et s. v. Didier Rebut, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 2015, p. 68, n° 104.

457 Marc PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, n° 418, p. 145.

466. Ce développement et le passage de la criminalité « classique » vers une criminalité « moderne » extraterritoriale a donc entraîné une évolution de la réponse pénale et de ses solutions. Corrélativement se posent alors trois questions essentielles : a) celle du règlement des conflits de lois et de juridictions pénales dans l'espace, allant de pair avec la question des chefs de compétence extraterritoriale, b) celle de la coopération pénale internationale et c) celle de l'émergence d'un véritable droit international pénal et d'une juridiction pénale internationale[458].

467. Il convient de noter que les agissements illicites extraterritoriaux, en droit international comme dans les droits internes, nécessitent une répression solide et bien construite que ce soit au niveau de l'incrimination ou au niveau de la peine. En outre, le droit international oblige l'État au respect de ses engagements internationaux tels qu'ils lui ont été conférés[459]. Par conséquent l'État peut être conduit, le cas échéant, à abroger certaines normes internes qui entreraient en contradiction avec ses obligations internationales, ou à en adopter de nouvelles[460]. Peuvent ainsi se produire trois situations : l'existence de règles qui reconnaissent aux États parties la faculté d'établir leur compétence sur certains critères définis, de règles obligeant les États parties à légiférer sur leur compétence répressive en respectant certains critères, et de règles qui les obligent à exercer leur compétence répressive, bien que de manière circonstanciée[461].

468. Tant que le droit pénal international demeure encadré par les principes du droit international public (régissant les relations entre États souverains), ce dernier impose aux États de respecter les souverainetés étatiques lors de la mise en œuvre de leur pouvoir répressif. Ce pouvoir répressif constituant l'un des attributs les plus importants de la

---

458 Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, 7e , Cujas, 1997, n° 286, p. 385.

459 Angelos YOKARIS, « Les critères de compétence des juridictions nationales », *in Droit international pénal*, 2e édition, Pedone, 2012, p. 999.

460 Isabelle FICHET-BOYLE et Marc MOSSE, « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et la répression des infractions », *in Droit international pénal*, idem, p. 1056

461 Paola GAETA, « Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux », *in Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY, Puf, 2002, pp. 191-213.

…/…

souveraineté, il s'agit donc d'en concilier l'exercice avec le principe de souveraineté des États, et respecter ainsi les principes directeurs du droit international public[462].

469. Nous avons pu remarquer quelques divergences doctrinales au sujet du fondement de la compétence juridictionnelle étatique. En effet, les pénalistes la fondent sur le principe de souveraineté[463], tandis que les internationalistes la trouvent justifiée par les règles posées par le droit international public et le pouvoir que ce dernier confère à l'État[464].

470. Nous pouvons déduire de ces rapports entre le droit international public et le droit pénal international que l'établissement d'une compétence extraterritoriale par une loi pénale interne s'avère être un mécanisme complexe, devant prendre en compte le principe de liberté de l'État en tant qu'entité internationale souveraine et pouvant ainsi légiférer à sa guise tout en respectant les limites posées par le droit international public et contenues au sein des principes généraux, de sa jurisprudence, et de sa doctrine.

471. Tous ces éléments vont avoir des conséquences sur le traitement de la double incrimination dans les compétences extraterritoriales. Une condition dont la place pourra différer selon que la compétence extraterritoriale trouve son origine dans une norme internationale (**Chapitre I**) ou dans la loi interne (**Chapitre II**).

---

462 Henri Donnedieu de Vabres, *Introduction au droit pénal international*, Sirey, 1922, p. 4.

463 Wilfrid JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 2e édition, Montchrestien, 1991, n° 149. Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, 7e , Cujas, 1997, n° 287. Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 1979, n° 12.

464 Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, op. cit., p. 379.

Chapitre I.

La double incrimination au sein des dispositions internationales sur les compétences extraterritoriales

472. Les engagements internationaux d'un État dans la lutte contre la criminalité transfrontalière sont considérés, à l'instar de tous les engagements internationaux, comme devant être strictement respecté, et ce en vertu du principe *pacta sunt servanda.* Ce dernier est un principe coutumier qui a été intégré au droit écrit, plus précisément à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités[465] prévoyant que « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* » ; cet adage laissant le soin à chaque État de fixer les éventuelles modalités d'application desdits traités dans son ordre juridique interne[466]. La Cour permanente de Justice internationale s'est d'ailleurs ainsi exprimée : « *un État qui a valablement contracté des obligations internationales, est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris* »[467].

473. La mise en œuvre de ces principes juridiques internationaux en droit pénal international relève des États parties à un traité ou à une convention et fait appel à leur responsabilité internationale, des États qui doivent donc modifier si besoin leur droit interne pour parachever leurs obligations.

474. Le développement des crimes comportant un élément d'extranéité et leur particulière gravité aux yeux des Nations, a accru la crainte de flagrante impunité du fait de l'insuffisance de chefs de compétence extraterritoriale. Une impunité qui pourrait résulter

---

465 Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969, disponible sur : https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf

466 Jean COMBACAU et Serge SUR, op. cit., p. 80.

467 Cour permanente de Justice internationale, Avis du 21 février 1925, Échange des populations turques et grecques, série B, n° 10, p. 20, cité par Isabelle FICHET-BOYLE et Marc MOSSE, op. cit.

…/…

de conflits négatifs de compétence mais aussi de certains principes du droit pénal interne comme la non-extradition des nationaux. Cette crainte a entraîné la mise en œuvre, via les instruments internationaux de droit pénal, de certains principes ayant pour effet de réduire au minimum le fléau que représente l'impunité en droit pénal international, comme le principe « *aut dedere, aut punire* »[468], et une extension des chefs de compétences figurant dans les conventions internationales de lutte contre la criminalité reposant sur un système « d'application indirecte » par les États qui y ont volontairement souscrit en adhérant à un traité[469].

475. Pour traiter de la place de la double incrimination dans les dispositions internationales en matière de compétences extraterritoriales, il convient d'opter pour une distinction d'ordre géographique, étant précisé que, nous ne trouvons pas d'instruments dédiés à l'établissement de chefs de compétence extraterritoriale mais plutôt des dispositions figurant dans les instruments internationaux dédiées à la lutte contre certaines criminalité, interne ou transfrontalière, qui traitent de la question des compétences de l'État contractant. Au vu de cette distinction, nous traiterons d'abord de la double incrimination au sein des conventions internationales consacrées à la lutte contre certains types de criminalité (**Section I**), puis au sein des instruments européens en ce domaine (**Section II**).

Section I.

La double incrimination dans les conventions internationales relatives à la lutte contre certains types de criminalité

476. Les Conventions internationales relatives à la lutte contre certains types de criminalité, et en particulier les conventions adoptées et élaborées par les Nations Unies, n'ont pas

468 Delphine BRACH-THIEL, « Vers la fin des conflits négatifs de compétence en droit pénal international ? » *in Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélange en l'honneur du professeur Alain FOURNIER*, PUN, 2013, p. 41

469 M. Cherif BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, 2002, p. 169 et s.

…/…

uniquement pour but d'obliger les États à incriminer tel ou tel comportement, mais vise à mettre en place tout un régime juridique couvrant l'incrimination, les circonstances aggravantes et atténuantes, les règles de responsabilité pénale, de prescription, une panoplie de sanctions, les règles de compétence des juridictions nationales, l'extradition et la coopération pénale internationale[470].

477. Comme en matière de coopération internationale[471], nous opterons pour une approche thématique en distinguant ici les conventions internationales de lutte contre le terrorisme (§ 1), en matière de stupéfiants (§ 2), en matière de criminalité organisée (§ 3) et de la lutte contre la corruption (§ 4).

§ 1. Les conventions internationales de lutte contre le terrorisme

478. Les Nations Unies ont élaboré 19 instruments juridiques dans la lutte contre les actes de terrorisme concernant notamment : l'aviation civile, la protection du personnel recruté sur le plan international, la prise d'otages, les matières nucléaires, la navigation maritime, les matériaux explosifs, les attentats terroristes à l'explosif, le financement du terrorisme, et le terrorisme nucléaire[472]. Nous distinguerons ici le domaine de l'aviation civile (A) des autres domaines (B).

A. Les conventions internationales dans le domaine de l'aviation civile

479. Aux termes des trois principales conventions en matière de terrorisme aérien abordées dans notre premier Titre (la Convention de Tokyo de 1963, la Convention de La Haye de 1970 et la Convention de Montréal de 1971), les États sont tenus d'établir leur compétence juridictionnelle afin de poursuivre et punir les actes faisant l'objet desdites conventions.

---

470 Isabelle FICHET-BOYLE et Marc MOSSE, op. cit., p. 1060.

471 V. supra n° 218 et s.

472 Base de données des Nations-Unies disponible sur : http://www.un.org/fr/counterterrorism/legal-instruments.shtml.

480. La Convention de Tokyo de 1963 comprend ainsi en son Titre II un article 3 intitulé « compétence » prévoyant que :

> « *1 : l'État d'immatriculation d'aéronef est compétent pour connaître des infractions commises et actes accomplis à bord.*
>
> *2 : tout État contractant prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence, en sa qualité d'État d'immatriculation, aux fins de connaître des infractions commises à bord des aéronefs inscrits sur son registre d'immatriculation.*
>
> *3 : la présente convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales.* »

481. Conformément à l'article 4 de cette convention un État contractant qui n'est pas l'État d'immatriculation ne peut exercer sa compétence pour une infraction commise à bord de l'aéronef que dans les cas suivants :

> « *1 : cette infraction a produit effet sur le territoire dudit État*
>
> *2 : cette infraction a été commise par ou contre un ressortissant dudit État ou une personne y ayant sa résidence permanent.*
>
> *3 : cette infraction compromet la sécurité dudit État.*
>
> *4 : cette infraction constitue une violation des règles ou règlements relatif au vol ou à la manœuvre des aéronefs en vigueur dans ledit État.*
>
> *5 : l'exercice de cette compétence est nécessaire pour assurer le respect d'une obligation qui incombe audit État en vertu d'un accord international multilatéral* ».

482. La Convention de Tokyo ne fait aucune référence à la double incrimination comme condition à l'exercice par l'État contractant de sa compétence juridictionnelle. Et il en est de même de la Convention de La Haye de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, et de la Convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile.

483. L'article 4 de la Convention de La Haye, dont la rédaction ressemble fort à celle de l'article 5 de la Convention de Montréal, prévoit en effet que :

> « *1 : Tout État contractant prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de l'infraction, ainsi que de tout autre acte de violence dirigé contre les passagers ou l'équipage et commis par l'auteur présumé de l'infraction en relation directe avec celle-ci dans les cas suivants :*
>
> *A : si elle est commise à bord d'un aéronef immatriculé dans cet État*

B : si l'aéronef à bord duquel l'infraction est commise atterrit sur son territoire avec l'auteur présumé de l'infraction se trouve encore à bord.

C : si l'infraction est commise à bord d'un aéronef donné en location sans équipage à une personne qui a le siège principal de son exploitation ou, à défaut, sa résidence permanente dans ledit État.

2 : Tout État contractant prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de l'infraction dans le cas où l'auteur présumé de celle-ci se trouve sur son territoire où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article […] vers l'un des États visés au paragraphe 1 er du présent article.

3 : La présente convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales. »

484. L'établissement des chefs de compétence qu'elles prévoient s'avère nécessaire dans ces conventions considérées comme les premières conventions internationales complètes en matière de terrorisme. Il est important de noter la période d'adoption de ces conventions pour comprendre l'absence de la double incrimination qui était totalement absente dans ces conventions même dans leurs dispositions sur la coopération pénale internationale.

485. L'absence de double incrimination dans les Conventions sur le terrorisme aérien pourrait être justifiée par la volonté de leurs auteurs d'internationaliser les infractions en faisant l'objet[473]. D'ailleurs, les États parties sont obligés d'incriminer les actes figurant dans les conventions dans leur loi pénale interne, ce qui fait de la stipulation de la double incrimination un obstacle à la répression de ces actes de terrorisme international.

486. Cette absence pourrait être justifiée également par l'apparition d'un chef de compétence extraordinaire dans les conventions sur le terrorisme aérien : la compétence universelle. En effet, chaque État partie doit « soumettre » l'affaire « *sans aucune exception à ses autorités compétentes pour exercer l'action publique* », sachant que ces autorités « *prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction à caractère grave conformément aux lois de cet État* »[474].

---

473 R.H. MANKIEWICZ, « La Convention de Montréal de 1971 pour la répression des actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile », *AFDI*, 1971, volume 17, p. 868.

474 Jean-Christophe MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, 2006, p. 142.

487. Il n'est cependant pas sûr que la volonté exprimée dans ces conventions ait été de surmonter intentionnellement la condition de double incrimination, puisqu'il s'agit de conventions relativement anciennes et comportant des lacunes comblées progressivement par de multiples Protocoles additionnels et autres conventions « spéciales ». À cet égard on peut citer par exemple :

1) Le Protocole de 1988 pour la répression des actes de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complétant ainsi la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile.

2) La Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, faite à Beijing le 10 septembre 2010, modernisant la Convention de Montréal de 1971.

3) Le Protocole additionnel à la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, fait à Beijing le 10 septembre 2010 qui complète la Convention de La Haye,

4) Le Protocole portant amendement de la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, fait à Montréal le 4 avril 2014[475].

B. Les autres conventions internationales en matière de terrorisme

488. La Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale reprend en son article 3 des dispositions quasi similaires à celles de l'article 4 de la Convention de La Haye pour l'établissement des compétences de l'État contractant. En effet, elle oblige ce dernier à organiser tous les chefs de compétence nécessaires à la lutte contre ces infractions, sans aucune mention de la double incrimination en tant que condition de mise en œuvre des compétences extraterritoriales.

489. Cette convention se différencie toute fois des conventions précitées en matière d'aviation civile en ce qu'elle comprend un article 1 contenant des définitions, et un article 2 sur les faits intentionnels et le principe de participation criminelle. L'obligation pour les États

475 Base de données ONU disponible sur : http://www.un.org/fr/counterterrorism/legal-instruments.shtml.

contractant d'incriminer ceux-ci est vouée à faciliter l'examen judiciaire de l'infraction si la loi de transposition interne stipule la double incrimination pour la mise en œuvre de la compétence extraterritoriale.

490. La Convention internationale adoptée en réponse à la prise d'otage de 1979 adopte la même position que les conventions précédentes concernant l'établissement des chefs de compétence de l'État contractant sans aucune référence à la double incrimination. Il en est de même de la Convention sur la protection physique des matières nucléaires de 1979 (article8), et de la Convention de 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (article 6) et rien n'a été changé avec ses Protocoles additionnels de 1988 et 2005.

La Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif contient elle aussi des dispositions comparables, à l'article 6, toujours sans aucune référence à la double incrimination, de même que la Convention internationale sur la répression des actes de terrorisme nucléaire de 2005, en son article 9.

Enfin, la Convention internationale relative à la répression du financement du terrorisme de 1999 ne fait pas exception puisqu'elle reprend en son article 7 des dispositions comparables sur l'établissement des compétences territoriale, personnelle active et passive, réelle et universelle, sans référence à la double incrimination pour leur mise en œuvre.

491. L'absence de double incrimination dans les textes précités n'implique pas toutefois de *facto* son absence dans le guide législatif sur les conventions et les protocoles mondiaux contre le terrorisme. Celui-ci est adressé aux États qui ont ratifié ces conventions et adopté les lois de transposition aux fins de leur mise en œuvre en leur imposant dès lors les définitions qui y sont insérées, et ce afin d'éviter toute contradiction ou divergence d'interprétation qui ajouteraient des complications à la condition de double incrimination[476].

---

476 Guide législatif sur les Conventions et Protocoles mondiaux contre le terrorisme, Office des Nations-Unies contre la drogue et le crime, 2004, p. 8.

Dès lors, on peut s'interroger sur les raisons de l'absence de la double incrimination dans l'établissement des compétences pénales effectuées en vertu des conventions internationales en matière de terrorisme.

492. En premier lieu il convient de comprendre que ces conventions internationales suivent un mécanisme dit « d'application indirecte » comme vu précédemment. Ce mécanisme de droit international général confie aux États une certaine marge de manœuvre dans la transposition interne des normes internationales. Toutefois ils ne souffrent d'aucune liberté pour des normes telles que celles portant sur l'établissement des compétences pénales et l'incrimination des actes faisant l'objet de ces conventions. Ainsi la double incrimination entre dans le domaine de liberté de l'État, le droit international mettant surtout l'accent sur le respect des engagements internationaux tels que les droits de l'Homme.

493. Ensuite, il apparaît que les rédacteurs avaient l'intention d'internationaliser les actes faisant l'objet de ces conventions et d'« universaliser » la réponse pénale en ce domaine. Prenons à titre d'exemple les actes faisant l'objet de ces conventions qui ne peuvent avoir de justifications de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou d'autres motifs analogues[477]. De même avec l'utilisation du « présent » dans les dispositions de ces Conventions tant pour l'incrimination que pour la poursuite : « *chaque État adopte les mesures nécessaires* », « *commet une infraction tout…* », « *chaque État prend les mesures nécessaires* ». Il est net selon nous que la politique criminelle des Nations-Unies vise l'élimination de tous les obstacles à la bonne répression pénale des actes de terrorisme[478].

494. Ces multiples arguments pouvant justifier l'absence de double incrimination au sein des conventions internationales en matière de terrorisme ne nous semblent cependant pas suffisants. En effet, il n'existe pas de construction criminelle solide et unifiée concernant

---

477 V. l'article 6 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 5 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroriste à l'explosif, et art. 6 de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire.

478 V. Résolution adoptée par l'Assemblée générale sur le rapport de la sixième Commission (A/49/743) 49/60, concernant les mesures visant à éliminer le terrorisme international.

les notions juridiques telles que le principe de participation au crime, ou celui de complicité, et qui pourraient être à l'origine de violations du principe de légalité en cas de commission extraterritoriale. La double incrimination s'avère donc nécessaire en cas de défaillance de l'État dans la construction de la répression.

§ 2. Les conventions internationales en matière de stupéfiants

495. En matière de stupéfiants le droit pénal international comprend trois principales conventions déjà abordées au Titre 1 de la présente étude. Il s'agit de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 telle que modifiée par le Protocole de 1971, la Convention de 1971 sur les substances psychotropes et la Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988.

496. Parmi les conventions internationales précitées, celles de 1961 et de 1971 sont des conventions davantage administratives que répressives, formulant « un régime d'économie dirigée »[479] et organisant l'utilisation licite de ces substances sur le plan international afin d'instaurer un régime de contrôle sur le marché licite des drogues et substances psychotropes. Cela ne signifie pas pour autant l'absence totale de régime répressif puisqu'elles contiennent des dispositions consacrées aux incriminations et poursuites pénales. Toutefois elles ne sont pas suffisantes sur ce point, à la différence de celles de la Convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

497. En matière de compétences extraterritoriales, la question de la double incrimination, dépend de la Convention étudiée. Les Conventions de 1961 et de 1971, bien que ne se présentant pas comme des textes répressifs, contiennent des dispositions pénales figurant notamment aux articles 35 et 36 de la Convention de 1961, et aux articles 22 et 23 de la Convention de 1971. Ces deux Conventions ne traitent pas de la compétence pénale de l'État contractant mais instaurent diverses obligations aux fins d'incrimination et de coopération pénale internationale entre les États contractants. Elles obligent ainsi les États

479 Mario BETTATI, *Le contrôle international des stupéfiants*, RGDI Publication, 1974, p. 23.

à poursuivre les auteurs d'infractions commises sur leur territoire (principe de territorialité) ou ceux-ci s'ils se trouvent sur leur territoire en cas de refus d'extradition (*aut dedere aut judicare*), et ce sans aucune référence faite à la double incrimination.

498. La Convention de 1988, quant à elle, comporte un objet strictement répressif puisqu'elle vise à lutter contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes. En effet, elle incrimine une série d'actes relatifs aux drogues et substances psychotropes et contient une disposition régissant l'établissement des compétences pénales de l'État contractant. Plus précisément, l'article 4 de ladite convention, intitulé « Compétence », oblige les États à établir leur compétence territoriale et universelle pour les infractions visées à l'article 3 paragraphe 1, et donne aux États la possibilité et la capacité d'appliquer leur compétence personnelle pour leurs ressortissants ou les personnes résidant habituellement sur leur territoire, et ce toujours sans aucune référence à la double incrimination.

499. Cependant, cette absence de double incrimination n'est peut-être pas absolue. Les Conventions de 1961 et 1971 donnent en effet aux États contractants la capacité d'émettre une réserve concernant l'utilisation limitée de certaines drogues ou substances psychotropes. Par exemple, l'article 49 de la Convention de 1961 donne au paragraphe 1 le droit aux États d'émettre une réserve quant à l'usage de l'opium à fumer, la mastication de la feuille de coca, et l'usage de cannabis à des fins non médicales. Cette réserve ne pourrait être accordée que dans la mesure où ces drogues sont traditionnellement autorisées. La Convention de 1971 donne cette même faculté aux États concernant quelques substances psychotropes utilisées par certains groupes bien déterminés à l'occasion de cérémonies magiques. L'analyse des réserves émises en matière de compétence extraterritoriale au sein de la Convention de 1988, fait apparaitre une certaine contradiction. En effet, ce peut être le cas si l'on imagine qu'un État « A » puisse exercer des poursuites contre un individu « X » (en considérant ce dernier comme résidant habituellement sur son territoire ou bien ressortissant de cet État), qui appartient à groupe utilisant des substances psychotropes sur le territoire d'un État « B » ayant émis une réserve en vertu de la Convention de 1971 et sans respect de double incrimination.

Dans cette hypothèse, la poursuite exercée en l'absence de double incrimination reviendra à une violation du droit international qui permet d'effectuer certains actes dans certaines conditions pratiquées dans certains États, et qui permet dans ce même temps à d'autres États de poursuivre et de réprimer ces actes permis par le droit international lui-même.

500. Finalement, la double incrimination ne trouve aucune place dans les conventions internationales sur les stupéfiants, y compris parmi les dispositions concernant l'établissement des compétences extraterritoriales. Cette absence intentionnelle ou non-intentionnelle ne correspond pourtant pas aux principes généraux du droit international dans les cas où l'État contractant exerce sa compétence extraterritoriale pour un fait permis par les conventions susmentionnées.

§ 3. Les conventions internationales de lutte contre la criminalité organisée

501. La particularité de la criminalité organisée réside dans sa délimitation. Ce sont dans les instruments internationaux sur la lutte contre ce type de criminalité que nous trouvons l'ensemble des faits caractérisant la notion de criminalité organisée. La corruption, le blanchiment des produits du crime, la participation à un groupe criminel et l'entrave au bon fonctionnement de la justice constituent ainsi des crimes organisés tels que prévus dans la Convention internationale contre la criminalité transnationale organisée. Mais d'autres faits sont prévus par les Protocoles additionnels à la Convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée[480], à savoir celui sur la lutte contre le trafic illicite des migrants par terre, mer et air[481], ainsi que le Protocole contre la fabrication et le trafic illicite d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions[482].

502. Avant d'aborder la question de la double incrimination et des compétences extraterritoriales dans la Convention des Nations unies contre la criminalité organisée, il

---

480 Adopté par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale des Nations-Unies, entrée en vigueur le 25 décembre 2003

481 Adopté par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale des Nations-Unies, entrée en vigueur le 28 janvier 2004

482 Adopté par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale des Nations-Unies, le 31 mai 2001 et entrée en vigueur le 3 juillet 2005.

convient de noter que l'article 3 de ladite Convention en délimite son champ d'application en prévoyant que :

> « *La présente convention s'applique, sauf dispositions contraires, à la prévention, aux enquêtes, et aux poursuites concernant :*
>
> *A : les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente convention.*
>
> *B : les infractions graves telles que définies à l'article 2 de la présente convention.*
>
> *Lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué* ».

Le fait d'exiger que l'infraction soit de nature transnationale montre bien la particularité de cette infraction, c'est-à-dire sa dimension internationale, et que cette nature est exigée pour toute poursuite, prévention ou enquête la concernant.

503. Pour ce qui est de la double incrimination, elle relève généralement de deux contextes : le premier étant l'extraterritorialité, et le deuxième la coopération internationale en matière pénale.

La nature transnationale exigée par la Convention incite directement à imposer la double incrimination en tant que condition essentielle dans son application en raison de la pluralité d'États impliqués dans le traitement desdites infractions.

504. L'analyse des dispositions générales dédiées à l'établissement des compétences des États contractants, présentes à l'article 15 de la Convention, montre que la double incrimination n'est une condition d'application ni obligatoire ni facultative de ces compétences (compétence personnelle active et passive (§ 2) et compétence universelle (§ 3)).

Cette position de la Convention apparaît illogique eu égard aux caractéristiques de la criminalité transnationale organisée. Les infractions qui la composent sont en effet de nature complexe, à l'instar du blanchiment d'argent. Par exemple, nous imaginons mal que des poursuites soient engagées par un État « A » contre un individu « X » pour blanchiment de produits du crime sur la base d'un fait commis dans un État « B » si celui-ci n'incrimine pas les faits principaux de blanchiment d'argent. Ce dernier exige une infraction sous-jacente devant aussi être punie par l'État « B ». Il est possible de donner

suite à cette hypothèse, en supposant que « X » s'associe sur le territoire de l'État « A » dans le but de commettre une infraction sur le territoire « B » ou encore assurer un soutien logistique en tant que membre d'une organisation criminelle sur le territoire de l'État « A » pour soutenir la commission d'une infraction sur le territoire « B »[483].

505. C'est pourquoi la Convention sur la criminalité organisée a résolu le problème en stipulant l'exigence de double incrimination pour l'infraction principale lorsqu'elle est commise à l'extérieure de l'État de poursuite. Cela apparaît clairement dans la rédaction des alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 6 intitulé « Incrimination du blanchiment du produit du crime » prévoyant que :

> « *b: Chaque État partie inclue dans les infractions principales toutes les infractions graves telles que définies à l'article 2 de la présente convention et les infractions établies conformément à ses articles 5, 8 et 23. S'agissant des États parties dont la législation contient une liste d'infractions principales spécifique, ceux-ci incluent dans cette liste, au minimum, un éventail complète d'infractions liées à des groupes criminels organisés.*
>
> *c: aux fins de l'alinéa b, les infractions principales incluent les infractions commises à l'intérieur et à l'extérieur du territoire relevant de la compétence de l'État partie en question. Toutefois, une infraction commise à l'extérieur relevant de la compétence d'un État partie ne constitue une infraction principale que lorsque l'acte correspondant est une infraction pénale en vertu du droit interne de l'État où il a été commis et constituerait une infraction pénale en vertu du droit interne de l'État partie appliquant le présent article s'il avait commis sur son territoire* ».

506. Par ces dispositions, la Convention oblige d'abord les États à intégrer les infractions, considérées par elle comme graves, dans leur système pénal interne, en tant qu'infractions principales. Le but est d'aller vers une application simple et « rapide » de la compétence extraterritoriale passant outre l'obstacle que peut représenter la double incrimination. Ces dispositions sont d'autant plus utiles que le blanchiment d'argent et des produits de crimes sont des infractions complexes constituées d'une infraction sous-jacente jouant le rôle d'élément constitutif. La règle de la double incrimination est ici explicitement posée par l'alinéa *c* dans lequel la Convention ne permet à l'État d'exercer ses compétences pénales extraterritoriales figurant à l'article 15 (compétences personnelle et universelle) que lorsque le fait principal constitue une infraction à part entière sur le territoire du lieu de commission.

---

483 Christine VAN DEN WYNGAERT, « Les transformations du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée, rapport général », *RIDP*, 1999, p. 67.

La stipulation de la double incrimination semble alors logique, voire nécessaire pour le respect du principe de légalité. En effet, l'un des éléments constitutifs du blanchiment des capitaux est l'origine criminelle des fonds blanchis. Si les faits qui sont à l'origine des fonds visés ne constituent pas une infraction selon la loi pénale du pays d'origine — pays de la commission de l'infraction principale —, le blanchiment ne sera alors pas considéré comme une infraction, quel que soit le pays[484].

507. Concernant l'article 5 intitulé « Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé », rien n'a été prévu quant à l'établissement de la double incrimination comme condition de mise en œuvre de la compétence extraterritoriale. Cependant, son absence est-elle aussi logique à l'échelle internationale ?

508. L'exigence de double incrimination pour la participation à un groupe criminel peut produire des conséquences économiques. Par exemple, en matière d'utilisation d'hormones dans l'élevage des bovins, certains États interdisent l'usage d'hormones et considèrent dès lors les associations de personnes usant de telles pratiques, comme des organisations criminelles à part entière. La Belgique est l'un d'entre eux. Ainsi, serait-il souhaitable d'un point de vue économique, dans cet exemple, que la Belgique applique sa législation aux activités logistiques (infraction de participation à un groupe criminel) liées à un comportement économique pouvant être légal par exemple aux États-Unis [485] ?

509. En outre, le fait de voir préciser à l'article 2 de la Convention le champ d'application des infractions transnationales, rend l'absence de double incrimination incohérente eu égard à la position de cette Convention sur l'exclusion de la double incrimination, même pour la participation à un groupe criminel. En effet, la double incrimination ne représente pas un obstacle pour la plupart des infractions principales ; les auteurs ayant eu sans doute à l'esprit le meurtre, la fraude grave, l'escroquerie et le trafic de stupéfiants. Cette liste n'est cependant pas exhaustive et il est donc tout à fait possible d'être face à des faits « *importants* » dans un pays, n'ayant pas de caractère criminel dans un autre pays.

---

484 Guy STESSENS, « Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, la coopération internationale (compétence extraterritoriale, l'exécution de saisies et de confiscations, droit à un procès équitable) », *RIDP*, 1999, p. 396.

485 Christine VAN DEN WYNGAERT, op. cit. p. 69.

510. Par ailleurs, a aussi été intégrée à la Convention, en son article 8, la corruption. Afin de bien comprendre l'importance en la matière de l'exigence de double incrimination, prenons l'exemple d'un fonctionnaire d'État « A » qui a été corrompu par un individu « X » sur le territoire d'un État « B ». Supposons que ce dernier ne reconnaisse que la corruption de l'agent public national au regard de son droit interne. Alors la condition de double incrimination est remplie pour ce qui est de l'élément matériel de la corruption (c'est-à-dire donner, offrir, promettre, recevoir…etc) mais elle ne l'est pas pour ce qui est de la condition préalable (c'est-à-dire être fonctionnaire public) puisque l'accusé n'est pas considéré comme un fonctionnaire « public » sur le territoire de l'État B.

511. Par conséquent, suivant cette hypothèse, on peut alors observer que la Convention sur la criminalité organisée incite les États à intégrer dans leurs systèmes pénaux l'incrimination de corruption d'agent public étranger, ainsi que le paragraphe 2 de l'article 8 le prévoit :

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

Dès lors on comprend que cette disposition rend la stipulation formelle de la double incrimination facultative, ne s'avérant plus nécessaire car automatiquement remplie lorsque les États suivent l'intégration juridique prescrite. Il s'agit de la démarche inverse en matière de blanchiment d'argent qui, comme nous l'avons vu précédemment, rendait la stipulation de double incrimination nécessaire compte tenu de l'absence de liste précise et exhaustive d'infractions imposant les infractions principales sous-jacentes du blanchiment d'argent.

512. Pour ce qui est des Protocoles additionnels à la Convention sur la criminalité organisée, la double incrimination n'y est pas davantage présente. Aucune référence explicite à cette condition n'y figure, excepté au sein du Protocole additionnel contre la fabrication et le trafic illicite d'armes à feu, de leurs pièces, de leurs éléments et des munitions qui, à l'article 3 intitulé « Terminologie », définit le trafic illicite d'armes en prévoyant que :

> « *Désigne l'importation, l'exportation, l'acquisition, la vente, la livraison, le transport ou le transfert, d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munition à partir du territoire d'un État partie*

ou à travers ce dernier vers le territoire d'un autre État partie si l'un des États parties concernés ne l'autorise pas conformément aux dispositions du présent Protocole ou si les armes à feu ne sont pas marquées conformément à l'article 8 du présent Protocole ».

Dès lors, d'après cette définition du trafic d'armes à feu, on peut déduire que le fait qu'un État partie ayant vu passer sur son territoire des armes, autorise cet acte, impose indirectement la double incrimination conformément audit Protocole ; et ce même si l'autre État comptait poursuivre les protagonistes.

513. Ainsi l'application de la double incrimination dans le domaine de la criminalité organisée est différente lorsque certaines infractions relatives à la criminalité organisée ne sont connues et reconnues que par un seul des systèmes pénaux concernés. C'est le cas de « *The U.S. Racketeer influenced corrupt act (RICO)* » et « *The continuing criminal Enterprises Act (C.C.E.)* ». En l'espèce, si l'État de poursuite n'avait pas été les États-Unis, la double incrimination aurait été un véritable obstacle à l'application extraterritoriale de ses compétences personnelles. Prenons l'exemple du blanchiment d'argent. L'infraction sous-jacente aurait été RICO ou CCE tant qu'elle n'aurait pas été reconnue par l'État de poursuite. Dans ce genre d'hypothèses, la doctrine a tendance à trancher en faveur d'une interprétation *in abstracto* de la double incrimination, ce qui élargit l'espace d'examen aux juridictions nationales et de pouvoir retenir des infractions distinctes caractérisant RICO et C.C.E. pour qu'elles puissent satisfaire l'exigence de double incrimination dans les crimes organisés transnationaux [486].

514. Pour conclure sur le traitement de la double incrimination au sein de la Convention sur la criminalité organisée et ses Protocoles, il convient de noter que cette Convention a innové en ce qui concerne la place de la double incrimination dans l'application des compétences extraterritoriales, contrairement aux autres conventions internationales précitées en matière de stupéfiants et de terrorisme. Au vu de la complexité des actes composant la criminalité organisée ainsi que leur chevauchement, la Convention a opté pour le respect des divergences juridico-culturelles entre les États parties, à l'instar de l'utilisation et l'échange de certaines drogues, l'utilisation d'hormones pour l'élevage bovin, comme

[486] Bruce ZAGARIS, « U.S. International cooperation against transnational organized crime », *RIDP*, 1999, p. 513.

aux États-Unis. Elle a en outre décidé de conserver cette condition pour certaines infractions telles que le blanchiment d'argent en incitant les États à adopter certaines notions juridiques en droit interne (*ex :* la corruption d'agent public étranger) afin de surmonter l'obstacle de la double incrimination et respecter ainsi le principe de légalité criminelle.

§ 4. La Convention internationale contre la corruption

515. Le seul et unique instrument de l'ONU en matière de lutte contre la corruption est la Convention internationale contre la corruption du 31 octobre 2003, adoptée par la résolution 58/4.

La Convention sur la corruption comprend, comme la plupart des conventions précitées, une disposition consacrée à l'établissement des compétences pénales de l'État partie. Il s'agit de l'article 42 de la Convention prévoyant que l'État doit établir sa compétence territoriale et a la faculté d'établir des compétences extraterritoriales pour les infractions faisant l'objet de la présente Convention.

516. Là encore, la double incrimination n'a pas été prévue en tant que condition d'application des compétences pénales extraterritoriales. Cette absence ne surprend plus tant elle est récurrente dans toutes les conventions internationales de lutte contre la criminalité.

517. Toutefois il ne s'agit pas d'une absence totale de référence faite à la double incrimination, comme l'indique l'article 23 intitulé « Blanchiment du produit du crime » rédigé comme le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention sur la criminalité organisée et qui prévoit que :

> « *c : aux fins de l'alinéa b ci-dessus, les infractions principales incluent les infractions commises à l'intérieur et à l'extérieur du territoire relevant de la compétence de l'État partie en question. Toutefois, une infraction commise à l'extérieur du territoire relevant de la compétence d'un État partie ne constitue une infraction principale que lorsque l'acte correspondant est une infraction pénale dans le droit interne de l'État où il a été commis et constituerait une infraction pénale dans le droit interne de l'État partie appliquant le présent article s'il avait été commis sur son territoire* ».

Ce paragraphe affirme la nécessité de la double incrimination en matière de blanchiment d'argent, notamment en raison de la complexité de cette infraction et de la diversité voire des divergences des systèmes juridiques. Elle incite donc au respect de la légalité

criminelle et de la liberté individuelle. Il convient de relever que de nombreux États incriminent le blanchiment d'argent mais sans définition homogène de cette infraction ; certains se limitant au trafic de drogue et d'autres allant jusqu'à établir une liste exhaustive d'infractions le caractérisant, sans parler d'autres encore qui se contentent d'une définition générale de sorte qu'il comprenne toutes les infractions ou toutes les infractions graves[487].

518. Pour ce qui est des autres infractions prévues par la Convention internationale sur la corruption, la double incrimination n'est pas « mentionnée ». Toutefois nous ne pouvons affirmer qu'elle n'est pas « exigée » pour plusieurs raisons :

Le fait que la double incrimination ne soit pas exigée signifierait dans ce contexte qu'elle est exclue. Or ce n'est pas le cas.

La Convention sur la lutte contre la corruption a veillé à ce que les États créent une liste d'actes criminels condamnés par leur droit interne. Il s'agit alors pour les États tant d'incriminer et de poursuivre les actes tel que le blanchiment d'argent (art.23), la corruption d'agent public national (art.15) ou étranger (art.16), l'entrave au bon fonctionnement de la justice (art.25), que d'incriminer certains actes comme l'enrichissement illicite (art. 20), l'abus de confiance (art. 19), ou le trafic d'influence (art.18).

L'harmonisation des législations via une liste de définitions précises (art.2) telle que celle d'agent public national et étranger, permet de passer outre la double incrimination en tant que condition préalable dans la corruption d'agent public national ressortissant d'un État corrompu à l'étranger.

Ces trois raisons tendent à justifier l'absence de double incrimination pour les infractions précitées. De plus, les infractions mentionnées, à l'exception du blanchiment d'argent,

487 Le terme de « infraction grave » est défini par la Convention sur la criminalité organisée comme « un acte passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde » art. 2 alinéa b.

…/…

n'exige pas d'infraction sous-jacente, a contrario du blanchiment d'argent qui nécessite la stipulation de la double incrimination eu égard à sa complexité[488].

519. En conclusion, la double incrimination demeure, comme c'est le cas dans la Convention sur la criminalité organisée, une condition posée par le droit international conventionnel, pour des infractions complexes comme le blanchiment d'argent. Cela incite les États à respecter les divergences existantes entre eux afin qu'ils ne violent pas le principe de légalité et de liberté individuelle. Cette dernière étant un droit fondamental permettant aux individus de pouvoir agir librement tant que cela est licite.

Section II.

La double incrimination dans les instruments européens de lutte contre certains types de criminalité

520. Les instruments européens de lutte contre certains types de criminalité possèdent une particularité par rapport à d'autres instruments des Nations-Unies, notamment due aux proximités géopolitiques et juridiques. Mais qu'en est-il de la double incrimination dans ces instruments européens adoptés en matière de terrorisme (§ 1), de corruption (§ 2), de cybercriminalité (§ 3), et de criminalité organisée (§ 4) ?

§ 1. Les instruments européens de lutte contre le terrorisme

521. Le traitement de la double incrimination dans les instruments européens de lutte contre le terrorisme ne se différencie pas de celui adopté par les instruments onusiens sous réserve de quelques fines nuances.

522. Au niveau européen, il convient d'analyser les instruments tant du Conseil de l'Europe que ceux de l'Union Européenne. Concernant le premier, il s'agit de la Convention

488 Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations-Unies contre la corruption, 2e édition révisée 2012, n° 246, p. 79.

…/…

européenne pour la répression du terrorisme de 1977[489], de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme de 2005[490] et la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme de 2005[491] qui s'ajoute à la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990. Concernant l'Union-Européenne, on trouve la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme[492] et la décision-cadre de 2008 modifiant la Décision-cadre de 2002 relative à la lutte contre le terrorisme[493].

523. La Convention de 1977 a été adoptée dans deux principaux buts : la « dépolitisation » des infractions terroristes au niveau européen, et le renfort de la coopération pénale internationale entre les États membres européens. Ces deux objectifs expliquent l'absence de disposition solide et indépendante sur l'établissement de la compétence pénale des États contractants.

524. En effet, l'absence de double incrimination en matière de coopération pénale internationale (à savoir en matière d'extradition et d'entraide judiciaire) dans cette convention pourrait être justifiée par l'existence, au niveau européen, d'un cadre normatif de coopération pénale internationale incarné par la Convention européenne sur l'extradition, ainsi que celle sur l'entraide judiciaire européenne. Pourtant, bien que justifiée, cette absence n'englobe pas la question des compétences extraterritoriale, qui échappe au domaine de la coopération pénale internationale et qui est généralement réservé aux engagements internationaux.

---

489 Convention européenne pour la répression du terrorisme, Strasbourg, du 27 janvier 1977, STE n° 90.

490 Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, Varsovie, du 16 mai 2005, STCE n° 196.

491 Convention du conseil d'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, Varsovie, du 16 mai 2005, STCE n° 198.

492 Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JOCU, 22 juin 2002, L 164/3.

493 Décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, JOCU, 9 décembre 2008, L 330/21.

C'est pour cette raison que la question de la double incrimination devrait bénéficier d'un traitement particulier lorsqu'il s'agit de la compétence extraterritoriale. Ainsi l'article 6 de la Convention de 1977 prévoit que :

> «*1 : Tout État contractant prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'une infraction visée à l'article 1er dans le cas où l'auteur soupçonné de l'infraction se trouve sur son territoire et où l'État ne l'extrade pas après avoir reçu une demande d'extradition d'un État contractant dont la compétence de poursuivre est fondée sur une règle de compétence existant également dans la législation de l'État requis.* »

Ce paragraphe vise une lutte efficace contre les infractions terroristes en évitant le risque de lacunes qui seraient favorables à leurs auteurs. D'où l'imposition de la règle « *aut dedere aut judicare* » selon laquelle l'État requis doit mettre en œuvre l'action publique s'il refuse la demande d'extradition, et ce quelle qu'en soit la raison. En outre la possibilité de poursuite est soumise, par ledit article, à la reconnaissance par l'État requis, du chef de compétence motivant la demande d'extradition conformément au concept d'utilisation spéciale de la double incrimination. Il s'agit donc d'une reconnaissance *ad hoc* d'un principe de compétence connu et reconnu par l'État de poursuite et l'État requérant[494].

Par ailleurs nous pouvons observer ici une exigence implicite de double incrimination du fait de son utilisation spéciale. Dès lors n'est pas exigée l'existence d'incrimination mutuelle entre le pays de poursuite et le lieu de commission mais plutôt une correspondance de compétences.

525. Toutefois l'article 6 précité, issu de la Convention de 1977, doit être lu en corrélation avec l'article 7 prévoyant que :

> « *Un État contractant sur le territoire duquel l'auteur soupçonné d'une infraction visée à l'article 1er est découvert et qui a reçu une demande d'extradition dans les conditions mentionnées au paragraphe 1er de l'article 6, soumet, s'il n'extrade pas l'auteur soupçonné de l'infraction, l'affaire sans aucune exception et sans retard injustifié, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action publique. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de caractère grave conformément aux lois de cet État* ».

526. En effet, la Convention de 1977 soumet l'engagement de l'action publique aux mêmes conditions que toute infraction grave de droit commun. Se pose alors la question de

494 Maria LUDWICZAK, *La délégation internationale de la compétence pénale*, LGDJ., 2013, n° 271, p. 86.

l'opportunité des poursuites ou de la légalité des poursuites. S'agissant de l'opportunité, il appartient à l'autorité compétente d'apprécier si des poursuites leur apparaissent légales et opportunes[495]. Du point de vue de la légalité, l'autorité compétente doit s'assurer que tous les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis[496], ce qui devra inclure, selon nous, la constatation d'une double incrimination exceptées les infractions de terrorisme qui peuvent en être exclues selon le droit interne concerné.

527. La lecture de la Convention de 1977, montre que, malgré des dispositions consacrées à la coopération pénale internationale, aucune indication sur la double incrimination n'y figure. Selon le rapport explicatif de la Convention, il semble que les rédacteurs de la convention n'aient pas mentionnée la double incrimination, estimant qu'elle était une condition logique et donc évidemment envisageable par les États contractants. En effet, ledit rapport prévoit que :

> « *De même, la Convention ne devrait pas être considérée comme limitant l'application des motifs de refus d'extradition contenus dans la Convention européenne d'extradition, à l'exception de l'article 3 relatif aux infraction politiques. En conséquence, les autres motifs, comme l'exigence de double incrimination, continuent de s'appliquer* »[497].

528. Il convient de constater que la Convention de 1977 se réfère au système de renvoi pour ce qui est de déterminer les conditions applicables à la mise en œuvre de l'action publique, au lieu d'en préciser les termes dans le corps du texte. Ce qui inclut la double incrimination qui est absente du texte. Le Protocole amendant la Convention européenne sur la répression du terrorisme[498] n'a pas apporté de changement ni de nouveauté concernant la double incrimination en matière de compétence extraterritoriale.

529. Dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme de 2005 la situation ne diffère pas de celle de la Convention de 1977 sur la double incrimination. La Convention sur la prévention du terrorisme possède des dispositions consacrées

---

495 Art. 40 alinéa 1 du code de procédure pénale français : « *Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie les suites à leur donner* ».

496 Charles VALLEE, « La convention européenne pour la répression du terrorisme », *AFDI*, 1976, p. 779.

497 Rapport explicatif de la Convention européenne pour la répression du terrorisme, disponible sur : http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/090

498 Protocole portant amendement à la Convention européenne pour la répression du terrorisme, Strasbourg, du 15 mai 2003, STE n° 190.

exclusivement à l'établissement des compétences pénales de l'État contractant (cf. Article 14 intitulé « Compétence »). Mais il s'agit de dispositions communes, figurant dans la plupart des conventions internationales en matière de lutte contre le terrorisme.

Le paragraphe 3 dudit article reprend ainsi la rédaction de l'article 6 de la Convention de 1977 et exige l'utilisation spéciale de la double incrimination lorsque l'État requis refuse la demande d'extradition présentée par l'État requérant.

530. Cette absence de double incrimination pourrait dès lors être interprétée de deux manières : soit les rédacteurs avaient pour intention d'abolir la double incrimination eu égard à la gravité des actes terroristes et à la sensibilité du sujet, soit ils comptaient laisser le soin aux États contractants de répondre à cette question, en conformité avec leurs principes fondamentaux. Toutefois ces deux interprétations n'apparaissent pas concevables au vu du rapport explicatif de la Convention pour la prévention du terrorisme. Comme le montre l'explication des conditions relatives à la mise en œuvre de la compétence personnelle figurent au paragraphe 1 alinéa *c* de l'article 14, qui est rédigé comme suit :

> « *Le paragraphe 1.c repose sur le principe de nationalité. La théorie de la nationalité est le plus souvent invoquée par les États de traditions civiliste. Elle considère que les ressortissants d'un État sont tenus de se conformer au droit interne, même lorsqu'ils se trouvent en dehors de son territoire. En vertu de cette disposition, si un ressortissant commet une infraction à l'étranger, la partie est tenue d'avoir la possibilité d'engager les poursuites correspondantes si l'acte est également punissable en vertu du droit de la partie dans laquelle elle a été commis ou si l'acte ne relève de la compétence territoriale d'aucune partie* »[499].

531. Le rapport explicatif de la Convention apparaît ainsi plus clair concernant l'application logique et automatique de la double incrimination en matière de compétence personnelle active. En effet, lorsque l'État contractant engage des poursuites pénales contre l'un de ses ressortissants, cette condition s'applique logiquement en vertu des principes juridiques fondamentaux européens, à l'instar du principe de légalité.

532. La Convention sur la prévention du terrorisme a par ailleurs ajouté de nouvelles infractions terroristes à celles visées par les conventions internationales préexistantes. Ces nouvelles infractions sont la provocation publique à commettre une infraction

499 Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, disponible sur : http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/196.

terroriste (art.5), le recrutement aux fins de terrorisme (art.6), et l'entraînement pour le terrorisme (art.7). Ces trois infractions comportent des éléments constitutifs clairs, ce qui permet de surmonter l'obstacle de la double incrimination.

533. À contrario des textes précités, la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie, et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme de 2005 apparaît davantage sur la réserve quant à la question de la double incrimination. En effet, si la Convention relative au financement du terrorisme de 2005 a abordé explicitement la double incrimination en tant que condition de la coopération pénale internationale, comme cela a été abordé au sein du Titre I de la présente étude, il en va différemment en matière de compétence pénale extraterritoriale.

Effectivement, la Convention de 2005 ne contient pas de disposition consacrée à l'établissement des compétences pénales de l'État contractant. Toutefois l'article 9 intitulé « Infractions de blanchiment » oblige les États contractants à adopter les mesures, notamment législatives, qui seraient nécessaires à la caractérisation de l'infraction pénale sur la base d'une série d'actes commis intentionnellement et constituant un blanchiment des produits du crime.

534. Puisque l'infraction de blanchiment d'argent ou des produits du crime est une infraction complexe, cela nous amène à la question de la double incrimination pour l'infraction principale (celle-ci étant un élément préalable à l'infraction de blanchiment d'argent). Le paragraphe 7 de l'article 9 prévoit à ce titre que :

> « *Chaque partie s'assure que les infractions principales du blanchiment couvrent les actes commis dans un autre État, qui constituent une infraction dans cet État, et qui auraient constitué une infraction principale s'ils avaient été commis sur le territoire nationale. Chaque partie peut prévoir que la seule condition requise est que les actes auraient été qualifiés d'infractions principales s'ils avaient été commis sur le territoire national* »

Ce texte veille à ce que les actes constituant l'infraction principale sur le territoire de commission soient également punissables sur le territoire de poursuite afin que la condition de double incrimination soit remplie. Chaque partie conserve cependant la possibilité, dans ce cas, de préciser que les faits correspondent à une infraction principale du blanchiment en application de son droit national sans référence au droit du lieu de la commission.

535. Du fait de l'évolution des techniques aussi bien financières qu'électroniques, le blanchiment d'argent a pris une dimension internationale. Une somme d'argent peut être virée d'une partie du monde à une autre en quelques secondes. Il est alors imaginable que dans le cadre d'un crime organisé, des sommes d'argent provenant du crime ne soient finalement jamais blanchies dans le pays d'origine *(*cf. pays où l'infraction principale a été commise) ou du moins pas entièrement, et que le ou les auteur(s) de l'infraction principale ne commette donc pas d'infraction supplémentaire en blanchissant les produits du crime[500]. En outre, les pays où ces sommes d'argent sont blanchies se trouvent confrontés à une situation où des avantages patrimoniaux résultant d'une infraction étrangère passent voire restent sur leur territoire. Seulement ils ne peuvent agir eu égard à l'absence de compétence *ratione loci* vis-à-vis de l'infraction principale[501]. Pour ces raisons, la Convention de 2005 prévoit en son article 9 § 2.a que :

> « *Le fait que l'infraction principale soit ou non de la compétence des juridictions pénales de la partie n'entre pas en ligne de compte* ».

536. Il ne faut toutefois pas en déduire que la Convention de 2005 a repris la rédaction de la Convention de 1990 en n'exigeant pas la double incrimination pour l'infraction principale[502]. En fait, la répression du blanchiment des avantages patrimoniaux ne devra pas dépendre d'une initiative (sous forme de requête d'entraide judiciaire) de l'État du lieu de commission[503]. Il convient donc de s'interroger sur quoi nous exigeons la double incrimination dans ce contexte : sur le blanchiment d'argent ou sur l'infraction principale ? Rappelons que l'infraction de blanchiment se rattache aux faits qui constituent le blanchiment et pas à l'infraction principale ; l'application de cette incrimination ne requiert pas par conséquent de compétence extraterritoriale et ne doit dès lors pas être soumise à d'autres conditions « supplémentaires ». Néanmoins,

---

500 Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, disponible sur : http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/198

501 Guy STESSENS, op. cit., p. 392.

502 V. en ce sens, le guide législatif pour l'application de la Convention des Nations-Unies contre la corruption, op. cit., p. 79.

503 Guy STESSENS, op. cit., p. 393

…/…

poursuivre pour blanchiment de capitaux présuppose que les faits dont sont issus les avantages patrimoniaux, autrement dit ceux constituant l'infraction principale, soient punissables dans le pays de commission. Or, cette exigence ne doit pas être considérée comme une condition préalable à l'exercice de la compétence extraterritoriale, mais découle du principe de légalité[504].

537. La non-exigence de la compétence de l'État partie afin de poursuivre l'infraction principale semble logique au regard de la possibilité que cette infraction soit commise dans son entier dans un État tiers et que ce dernier soit le seul compétent à poursuivre en vertu de la compétence territoriale. Dans un tel cas de figure, l'État où le blanchiment a eu lieu peut n'avoir aucun lien de rattachement avec l'infraction principale pour qu'il la juge ou qu'elle échappe à tout chef de compétence dans cet État.

538. En ce sens, la décision-cadre de 2002 relative à la lutte contre le terrorisme élargit le champ de compétence de l'État partie et l'autorise à poursuivre les auteurs des infractions terroristes figurant en son article premier. De plus, elle reconnaît à l'article 9 intitulé « Compétence et poursuites » tous les chefs de compétence pénale (territoriale, personnelle, réelle, et universelle) sans référence faite à la double incrimination, qu'elle soit obligatoire ou facultative.

539. La liste des infractions présentées audit article 1er témoigne de la gravité de ces actes tant à l'échelle individuelle que collective. D'ailleurs dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, on peut trouver le terrorisme parmi les infractions pour lesquelles ne s'applique pas le contrôle de double incrimination. Ce qui explique l'absence de double incrimination dans la mise en œuvre des poursuites pénales par l'État partie pour des faits commis à l'étranger. En outre, la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme a défini précisément et explicitement les infractions terroristes de sorte à obliger les États à prendre les mesures nécessaires afin de caractériser ces actes de criminels. Cette méthode de définition et d'obligation d'incrimination aboutit à une sorte d'harmonisation juridique des lois anti-terroristes entre les États de l'Union Européenne, ce qui facilite la poursuite pénale par un État membre ainsi que la mise en œuvre de ses

504 Guy STESSENS, op. cit., p. 394.

compétences extraterritoriales, sans qu'il se heurte à la condition de double incrimination : les législations des États membres étant identiques en la matière, et la double incrimination n'ayant pas de nécessité pratique ni juridique.

Il est à noter enfin que la décision-cadre de 2008 modifiant la décision-cadre de 2002 en matière de terrorisme n'a rien apporté sur la question de la double incrimination.

540. En conclusion, au niveau européen, il apparait que les instruments pénaux répressifs anti-terroristes du Conseil de l'Europe sont plus riches sur la question de la double incrimination que ceux de l'Union Européenne. La double incrimination demeure par ailleurs une condition difficile à appliquer aux infractions complexes telles que le blanchiment d'argent en matière de financement du terrorisme. Enfin, bien que la position du Conseil de l'Europe n'ait pas été plus claire sur la place que doit occuper ou occupe la double incrimination dans les compétences extraterritoriales, et que les instruments ne la stipulent pas dans le corps de leur texte, on notera que les rapports explicatifs s'en chargent et l'imposent comme une condition classique voire habituelle en la matière.

§ 2. Les instruments européens de lutte contre la corruption

541. La préoccupation européenne pour la lutte contre la corruption s'est manifestée par l'adoption d'une série d'instruments répressifs afin de protéger la stabilité des sociétés européennes ainsi que leurs institutions démocratiques ; le but étant de lutter contre toute entrave à la confiance des citoyens en la probité et l'impartialité de l'administration.

542. Au niveau européen, les instruments répressifs de lutte contre la corruption ont suivi un long chemin de négociation et d'élaboration. La Convention pénale sur la corruption est l'instrument principal en ce domaine[505], avec son Protocole additionnel de 2005[506]. Il faut cependant y ajouter la Convention de l'Union Européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union Européenne datant du 26 mai 1997.

---

505 Convention pénale sur la corruption, de 27 janvier 1999, STE n° 173.

506 Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, de 5 mai 2003, STE n° 191.

543. On remarquera, au préalable, que la Convention pénale sur la corruption est proche des autres instruments européens et internationaux sur la question de la double incrimination en matière de compétence pénale extraterritoriale. Son article 17 intitulé « Compétence » donne ainsi aux États contractant la possibilité de poursuivre les auteurs selon le principe de territorialité mais aussi sur le fondement de la compétences personnelle et réelle, sans aucune mention de la double incrimination en tant que condition de mise en œuvre des compétences extraterritoriales.

544. Toutefois, après avoir mentionné les compétences personnelles active (paragraphe 1.b) et passive (paragraphe 1.c) l'article 17 ajoute en son paragraphe 2 que :

> « *Chaque État peut, au moment de la signature au du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, dans une déclaration adressée au secrétaire général du Conseil de l'Europe, préciser qu'il se réserve le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques, les règles de compétence définies aux paragraphes 1 b et c de présent article ou une partie quelconque de ces paragraphes* »[507].

Ainsi le paragraphe 2 a donné la possibilité aux États contractants d'émettre une réserve sur l'application des compétences pénales extraterritoriales pour ce qui est de toutes les infractions mentionnées dans la Convention. Cette possibilité peut conduire à une exclusion complète des compétences pénales extraterritoriales ou, pour le moins, à une mise sous conditions de ces compétences pour l'État qui la stipulerait. La généralité de ce paragraphe montre l'absence de limite à la nature desdites conditions. Dès lors rien n'empêche que la double incrimination soit l'une d'elles et que l'État concerné exerce sa compétence pénale extraterritoriale que sous cette condition.

545. En outre, la complexité due à la poursuite pénale d'une infraction de corruption réside dans la définition de l'agent public, condition préalable lorsqu'il s'agit de corruption d'agent public. Ici, la Convention oblige les États contractants à incriminer en droit interne la corruption active et passive d'agent public national (art. 2,3 et 4), d'agent public étranger et de membre d'assemblée public étranger (art. 5 et 6). C'est donc bien la définition d'agent public qui peut faire naître des difficultés à la mise en œuvre de l'action

---

507 Cette possibilité donnée aux États a été présentée par l'acte du Conseil européen de 27 septembre 1996 établissant un Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes à l'article 6, JOCE, le 23 octobre 1996, n° C 313/1.

publique, surtout lorsqu'il s'agit de corruption d'agent public étranger devant les juridictions nationales.

C'est pourquoi l'article 1-c intitulé « Terminologie » prévoit que :

> « *Dans le cas de poursuites impliquant un agent public d'un autre État, l'État qui poursuit ne peut appliquer la définition de l'agent public que dans la mesure que cette définition est compatible avec son droit national* »[508].

546. On comprend alors que lorsque l'agent public d'un autre État est impliqué, la définition donnée par la législation de cet État n'est pas nécessairement déterminante si la personne concernée n'a pas le statut d'agent public selon la législation de l'État de poursuite. En effet, l'État de poursuite peut décider que l'infraction de corruption d'agent public étranger ne vise que les agents dont le statut est compatible avec celui d'agent public national régi par la législation de l'État de poursuite[509]. Dès lors la double incrimination pourra être une condition préalable à la poursuite d'actes de corruption si l'État en décide ainsi.

547. Par ailleurs, incriminer la corruption d'agents publics étrangers a également des effets sur la capacité de l'État à poursuivre ses ressortissants qui auraient ou ont été corrompus à l'étranger. Il en est ainsi si l'État de commission de l'infraction n'incrimine pas la corruption d'agent public étranger. Par exemple, il est possible que le ressortissant de l'État A ait été corrompu dans l'État B où la corruption d'agent public étranger n'est pas incriminée mais qu'elle l'est dans l'État A. Alors au moment du retour du ressortissant dans son pays (État A), ce dernier ne pourra le poursuivre. Prenons un autre exemple : l'État A pourrait refuser l'extradition d'un ressortissant de l'État B si celui-ci avait déjà demandé l'extradition de son ressortissant de l'État A, alors que l'État B n'incrimine pas

---

508 Cette précision avait déjà été abordé par l'acte du Conseil européen de 27 septembre 1996 établissant un Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes au paragraphe c : *« Néanmoins, lorsqu'il s'agit de poursuites impliquant un fonctionnaire d'un État membre et engagées par un autre État membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition de « fonctionnaire nationale » que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national ».*

509 Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, disponible sur : http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/173.

…/…

la corruption d'agent public étranger, car son ressortissant lorsqu'il se trouve sur le territoire de l'État A est considéré comme un agent public étranger.

Il s'agit ici d'une appréciation *in concreto* de la double incrimination qui requiert non seulement que le fait constitue une infraction dans l'État de commission mais également que l'auteur y soit punissable[510]. À contrario, si l'État de poursuite procède à une interprétation *in abstracto*, il peut se contenter de vérifier que le fait commis à l'étranger corresponde bien à une qualification prévue en droit interne, sans aller plus loin, à l'instar de l'appréciation *in concreto*.

548. Le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption[511], quant à lui, a surtout ajouté une série d'infractions ayant un lien d'extranéité, telles que la corruption d'un arbitre ou d'un juré, national ou étranger.

549. Ces obligations posées par la Convention sur la corruption ainsi que par ledit protocole, ont permis de combler des lacunes et d'éviter l'impunité de certains agissements en rapport avec la corruption commise à l'étranger. C'est pourquoi ces instruments ne mentionnent pas la condition de double incrimination, car par la ratification de la Convention et du Protocole, les États membres affirment incriminer tous les actes de corruption visés tant au niveau national qu'à l'étranger.

De plus, afin de compléter cette lutte contre la corruption extraterritoriale, la Convention a prévu une série d'infractions relatives à la corruption de fonctionnaires internationaux (art.9), à la corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales (art.10) et à la corruption de juges et d'agents de cours internationales (art.11).

550. Par ailleurs, l'article 13 de la Convention intitulé « Blanchiment du produit des délits de la corruption » doit être lié avec la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime de 1990

---

510 Daniel FLORE, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union-Européenne*, édition de l'Université de Bruxelles, IEE, p. 70.

511 Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, Strasbourg, le 15 mai 2003, STE n° 191.

et la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme de 2005. Il prévoit en effet que :

> « *Chaque partie adopte les mesures législatives et autre qui se révèlent nécessaire pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés dans la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141), à l'article 6, paragraphe 1 et 2 dans les conditions y prévues, lorsque l'infraction principale est constituée par l'une des infractions établies en vertu des article 2 à 12 de la présente convention, dans la mesure où la partie n'a pas formulé de réserve ou de déclaration à l'égard de ces infractions ou ne considère pas ces infractions comme des infractions graves au regard de la législation relative au blanchiment d'argent* ».

Il apparaît logique que l'article 13 ne renvoie pas à la Convention de 2005 sur le blanchiment et le financement de terrorisme car la Convention pénale sur la corruption a été adoptée en 1999, bien avant l'adoption de la Convention de 2005. La Convention pénale sur la corruption résout partiellement, avec cet article, la problématique de l'infraction principale dans les infractions complexe comme le blanchiment d'argent, en incriminant les actes de corruption par les États membres. Cela permet en outre que la double incrimination ne soit pas un obstacle aux poursuites pénales engagées par l'État membre en vertu de sa compétence extraterritoriale (notamment sa compétence personnelle passive).

551. Il convient de noter que la Convention de 1999 ne pose aucune obligation directe et explicite aux États membres de stipuler et/ou d'exiger la double incrimination en tant que condition de mise en œuvre de la compétence extraterritoriale. Cependant cela ne signifie pas pour autant l'absence totale de cette condition puisque certains aspects sont laissés aux États, eu égard à leur droit d'exercer leur liberté selon leur politique criminelle et leurs principes fondamentaux.

552. Quoi qu'il en soit, la complexité de la corruption vient en grande partie de ses relations avec d'autres crimes internationaux ou nationaux tels que le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme, et la criminalité organisée en général. Par conséquent la double incrimination joue un rôle essentiel, d'autant plus lorsqu'existent des divergences de politiques criminelles d'un pays à l'autre ; cela rend donc son absence des textes, assez illogique en raison de son rôle au sein de la coopération pénale internationale.

§ 3. Les instruments européens de lutte contre la cybercriminalité

553. Il est bien reconnu par la doctrine que la spécificité et la particularité des cyber-crimes exigent un traitement juridique particulier tant à l'échelle nationale qu'internationale[512]. En effet, la rapidité, l'intangibilité et la nature extraterritoriale qui les caractérisent, donnent l'avantage aux criminels et leur permettent d'échapper aux poursuites pénales tant que les États se reposent sur le « *old-fashioned tools* »[513].

La criminalité du monde numérique n'exige pas nécessairement une présence matérielle de l'auteur sur le lieu de crime, l'hypothèse étant que l'auteur ayant la nationalité de l'État A pourrait commettre une infraction numérique contre une victime physiquement située sur l'État B sans pour autant qu'il se déplace.

554. En 2000, le virus « *Love bug* » a envahi le monde entier en seulement deux heures en attaquant quarante-cinq millions d'utilisateurs, entraînant des dommages estimés entre deux et trois milliards de dollars. Son créateur a été identifié par le F.B.I. en collaboration avec le bureau d'investigation des Philippines (le protagoniste étant Philippin et ayant agi depuis les Philippines) ; il s'agissait de « Onel de Guzman ». Les autorités philippines ne pouvaient ni engager de poursuites, ni l'extrader vers un autre État du fait qu'au moment de la commission, la dissémination d'un virus numérique n'était pas une infraction selon les lois pénales des Philippines[514]. Il en aurait été de même si l'auteur avait commis ces infractions en dehors de son pays d'origine en s'y réfugiant ensuite, dans ce cas le pays de refuge étant le pays de l'auteur, il n'aurait pu engager de poursuites puisque les faits concernés ne constituaient pas une infraction selon son propre droit interne.

---

512 Sur la question de la cybercriminalité, V. La cybercriminalité, *RIDP*, 3e/4e trimestres 2006.

513 Peter CSONKA, « The council of Europe's convention on cyber-crime and other european initiative », *RIDP*, op.cit, p. 478.

514 Susan BRENNER et Bert-Jaap KOOPS, « Approches to cybercrime jurisdiction », *Journal of hight technology Law*, 2004, Vol. IV n° 1, p. 7.

…/…

C'est ainsi que le Conseil de l'Europe, comme évoqué au sein du Titre I, a décidé d'adopter la Convention sur la Cybercriminalité de 2001[515], dans laquelle les infractions numériques ont bien été stipulées et détaillées.

555. Avant d'aborder la question de la double incrimination concernant les infractions figurant dans cette Convention, il convient de remarquer quelques nouveautés apportées par cette Convention en matière de compétence pénale de l'État contractant.

556. La Convention sur la cybercriminalité comprend des dispositions consacrées à l'établissement des compétences pénales de l'État, à l'instar de toutes les conventions en matière de criminalité, certaines prenant en compte la particularité de cette criminalité qui ne peut être connue et reconnue de la même manière par tous les États.

L'article 22 de la Section 3 de la Convention intitulée « Compétence » prévoit ainsi que :

> « *Chaque partie adopte les mesures législatives et autre qui se révèlent nécessaire pour établir sa compétence à l'égard de toute infraction pénale établie conformément aux articles 2 à 11 de la présente convention, lorsque l'infraction est commise : d) par un de ses ressortissants, si l'infraction est punissable pénalement là où elle a été commise ou si l'infraction ne révèle de la compétence territoriale d'aucun État* ».

Ce paragraphe contient la seule stipulation explicite et directe de la double incrimination au sein de toutes les conventions européennes en matière de lutte contre la criminalité. Il est en effet nécessaire de comprendre que la forme rédactionnelle dudit paragraphe implique une obligation et non une faculté laissée aux États. Dans le cas envisagé les poursuites pénales sont obligatoirement soumises à la condition de double incrimination. Cela peut être interprété aussi comme une obligation posée par le droit international aux États contractant de contourner la mise en œuvre de la compétence personnelle active par l'exigence d'une criminalité commune entre l'État de poursuite et celui de la commission.

Ainsi l'exigence de double incrimination dans la Convention sur la cybercriminalité comprend deux points essentiels: d'une part les divergences de politiques criminelles entre les États contractants doivent prendre en compte le fait qu'un État veuille engager des poursuites pénales contre l'un de ses ressortissants en vertu de sa compétence personnelle active, d'autre part la Convention prend en compte la complexité de la

---

515 La Convention sur la cybercriminalité, Budapest, 23 novembre 2001, STE n° 185.

cybercriminalité pouvant occasionner des divergences de techniques d'incrimination d'un État à l'autre, d'autant plus avec la possibilité donnée aux États d'émettre des réserves.

557. En effet, le paragraphe 2 du même article prévoit que :

> « *Chaque partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou des conditions spécifiques, les règles de compétence définies aux paragraphe 1.b à 1.d du présent article ou dans une partie quelconque de ces paragraphes* ».

Pour ce qui est de la forme, le paragraphe précité demeure général et n'apporte donc de précision sur aucun aspect en particulier, y compris sur la condition de la double incrimination sur laquelle le texte reste muet. Ainsi il est laissé libre à l'État qui veut poursuivre l'un de ses ressortissants de ne pas appliquer la double incrimination si sa politique criminelle interne le permet. En cela ce paragraphe est similaire à l'article 17 de la Convention sur la corruption qui donne la possibilité aux États d'émettre une réserve sur les règles de compétence. Seulement, dans le cadre de la Convention sur la cybercriminalité, toute réserve a pour effet de supprimer la double incrimination ; ce qui est le contraire dans la Convention sur la corruption.

La capacité donnée aux État d'émettre une réserve sur la condition de double incrimination sera ainsi liée à la volonté de cet État de surmonter l'impunité liée à la cybercriminalité dans les pays dits « *Cybercrime freehaven* » (le paradis de la cybercriminalité) pouvant causer un conflit négatif de juridictions pénales[516].

558. Les objectifs principaux de la Convention sur la cybercriminalité est de donner des définitions claires des crimes concernés afin d'harmoniser les législations nationales en la matière, ainsi que des règles communes d'investigation appropriés aux infractions numériques, sans oublier la détermination de méthodes de coopération pénale internationale, à la fois traditionnelles et nouvelles. La première partie (Chapitre I et II) de la Convention consiste en une liste de définitions communes d'infractions permettant dès lors d'éliminer l'obstacle de double incrimination[517].

---

516 Susan BRENNER et Bert-Jaap KOOPS, op. cit., p. 40.

517 Peter CSONKA, op. cit. p. 483.

559. L'incrimination d'une série d'actes effectués par et dans le monde numérique n'est toutefois pas si stricte puisque la Convention a donné une certaine marge de liberté aux État contractants concernant l'exigence de circonstances particulières pour que le fait reproché soit punissable. En effet, l'article 4 prévoit que :

> «*1 : Chaque partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaire pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, le fait, intentionnel et sans droit, d'endommager, d'effacer, de détériorer, d'alerter ou de supprimer des données informatiques.*
>
> *2 : une partie peut se réserver le droit d'exiger que le comportement décrit au paragraphe 1 entraîne des dommages sérieux ».*

La technique d'incrimination joue ici un rôle sur la place possible de la double incrimination dans la mise en œuvre de la compétence personnelle active. Un État ne peut pas, par exemple, engager des poursuites contre l'un de ses ressortissants s'il exige que la suppression de données informatiques entraîne des dommages sérieux lorsque l'État où le fait a été commis ne stipule pas cette exigence.

560. Cette possibilité donnée aux États a été reprise à l'article 7 concernant la falsification informatique. Cependant, celui-ci ne concerne que le dol spécial et non l'acte matériel en prévoyant que :

> « *Une partie peut exiger une intention frauduleuse ou une intention délictueuse similaire pour que la responsabilité pénale soit engagée* ».

Ainsi apparaît une autre modification du rôle de la double incrimination puisque l'État de poursuite vérifie que cette intention délictueuse n'a pas été remplie lorsque l'acte a été commis.

561. La consultation de la loi étrangère par le juge national ne se limite pas seulement au fait principal pour assurer que la double incrimination soit remplie, mais comprend également des questions préalables à l'instar de l'article 9 intitulé « Infractions se rapportant à la pornographie enfantine » incriminant une série d'actes liés à la pornographie des mineurs tels que la production et la diffusion de la pornographie enfantine par le biais d'un système informatique, ou le fait de se procurer ou de procurer à autrui de la pornographie enfantine. Le terme « enfantine » désigne les mineurs selon le paragraphe 2 de l'article 9. Le mineur en question est défini au paragraphe 3 tel que :

> « *Aux fins du paragraphe 2 ci-dessus, le terme « mineur » désigne toute personne âgée de moins de 18 ans. Une partie peut toutefois exiger une limite d'âge inferieur, qui doit être au minimum de 16 ans* ».

En effet, l'auteur d'une infraction de diffusion de pornographie enfantine (par exemple ressortissant d'un État A) sur le territoire d'un État B, ne peut être poursuivi si la victime est âgée de moins de 18 ans au moment de la commission mais qu'elle est considérée comme majeure selon la loi dont elle ressort, et ce même si l'État A la considère quant à lui comme mineure.

562. Le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, et relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais d'un système informatique[518], n'a pas apporté de nouveautés ou de changement particulier sur la question de la double incrimination ou sur la mise en œuvre des compétences pénales extraterritoriales. Ledit protocole a suivi la même méthode que la Convention en donnant une marge de liberté aux États quant à l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe, à savoir celle d'émettre une réserve sur certaines incriminations en exigeant des circonstances particulières (cf. article 3 paragraphe 2et 3, et article 5 paragraphe 2), ce qui peut avoir des conséquences sur la double incrimination lorsque l'acte commis a été perpétré sur le territoire d'un État ayant émis cette réserve.

563. La cybercriminalité a logiquement attiré l'attention de l'Union-Européenne qui a affirmé que la cybercriminalité consistait en une zone risque[519]. C'est pourquoi a été adoptée une série d'instruments pour lutter contre la cybercriminalité comme la décision-cadre de 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information[520], remplacée par la directive de 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information[521]. L'objectif de cette

---

518 Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de système informatique, STE n° 189.

519 Communication conjointe au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, stratégie de cyber sécurité de l'Union-Européenne, Bruxelles, le 7.2.2013, JOIN (2013) final.

520 Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil de 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, JOUE., du 16.3.2005, L 69/67.

521 Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI, JOUE, 14.8.2013, L 218/8.

…/…

directive est de rapprocher les droits pénaux des États membres dans le domaine des attaques contre les systèmes d'information en fixant des règles minimales, notamment des définitions d'infractions et les sanctions qui leur sont applicables. Il semble évident que l'existence de divergences de définitions en ce domaine risque d'entraver la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme[522].

En réalité, derrière l'adoption de cette directive qui a remplacé la décision-cadre de 2005, il s'agissait de mettre en place un instrument propre à l'Union Européenne et qui soit lié à la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen. Dans cette dernière, la double incrimination a été supprimée pour une liste de 32 catégories d'infractions parmi lesquelles compte la cybercriminalité[523].

Toutefois tout dépend de la place de la Convention sur la cybercriminalité donnée par le Conseil de l'Europe, qui instaure le cadre juridique de la lutte contre la cybercriminalité.

564. La Directive a suivi le même chemin que la Convention concernant l'établissement des compétences pénales des États membres, comme le montre l'article 12 intitulé « Compétence » :

> « *Les États membres établissent leur compétence à l'égard des infractions visées aux article 3 à 8 lorsque l'infraction a été commise :*
>
> *En tout ou en partie de leur territoire ;*
>
> *Par un de leurs ressortissants, au moins dans les cas où l'acte constitue une infraction là où il a été commis* ».

En outre, l'exigence de double incrimination implique aussi la sensibilité de cette question, en particulier pour ce qui est des attaques visant les systèmes d'information. Malgré l'harmonisation des législations des États membres de l'Union Européenne, cette question reste épineuse. Par ailleurs cette exigence concerne également ceux qui résident habituellement sur le territoire de l'État lorsque l'État en a décidé ainsi en usant de sa capacité prévue au paragraphe 3.a.

---

522 Préambule de la directive de 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information, n° 27, op. cit.

523 Paul DE HERT, Gloria GONZALEZ FUSTER et Bert-Jaap KOOPS, « Fighting cybercrime in the two Europes. The added value of the EU framework decision and the council of Europe convention », *RIDP*, 2006, p. 506.

565. À contrario, l'article 12 de la directive ne laisse pas ce choix aux États d'émettre ou non une réserve sur les conditions d'exercice de leur compétence personnelle active comprenant la double incrimination. Par conséquent, la double incrimination revêt un caractère obligatoire. En la matière, la double incrimination n'apparaît pas en effet comme un grand obstacle.

566. Pour ce qui est de la technique d'incrimination, la directive ne laissent pas les États décider d'exiger certaines circonstances pour que le fait soit punissable, ce qui minimise remarquablement l'impact de la double incrimination car les États sont obligés d'incriminer de manière identique les actes visés par la directive de 2013.

567. Mais peut-on engager des poursuites pénales à la suite d'actes de cybercriminalité sans se soumettre à la condition de double incrimination précitée ? Paradoxalement cela paraît possible si l'une des infractions appartenant à la cybercriminalité a été commise dans le cadre d'une organisation criminelle et que l'auteur a participé activement et intentionnellement à la réalisation de l'un des buts de l'organisation criminelle, et ce eu égard à la décision-cadre de 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisé[524] dans laquelle la double incrimination n'a pas place dans l'article 7 « Compétence et coordination des poursuites ». Dans ce cas, l'État contractant peut engager des poursuites contre l'auteur ayant effacé des données informatiques (cf. article 4 de la Convention sur la cybercriminalité) dans le cadre d'une organisation criminelle, sans qu'il y ait lieu de contrôler la double incrimination si on se réfère seulement à l'articulation des conventions et des instruments européens en la matière.

§ 4. Les instruments européens de lutte contre la criminalité organisée

568. La lutte contre la criminalité organisée est une réelle préoccupation au sein de l'Union Européenne depuis la fin de XXe siècle et l'adoption du Traité d'Amsterdam par le Conseil européen des 16 et 17 juin 1997, qui s'est félicité du programme d'action établi

524 Décision-cadre de 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, JOUE, 11.11.2008, L 300/42.

…/…

par le groupe de recherche de haut niveau sur la criminalité organisée présenté en décembre 1996[525]. Une proposition de texte réprimant les différentes formes de participations à une organisation criminelle a été ensuite présentée et adoptée en 1998[526]. La lutte contre la criminalité organisée a enfin été renforcée par l'adoption de la décision-cadre de 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée remplaçant l'action commune de 1998[527].

569. La décision-cadre de 2008 a opté pour la même méthode que la quasi-totalité des instruments européens en ce qui concerne l'établissement des chefs de compétence pénale territoriale et extraterritoriale. En son article 7 « Compétence et coordination des poursuites », sont traitées la compétence territoriale (paragraphes 1.a et c) ainsi que la compétence personnelle active (paragraphe 1.b) sans qu'il soit fait référence à la double incrimination. La fin du premier paragraphe de cet article offre cependant la possibilité aux États de n'user de sa compétence extraterritoriale qu'à certaines conditions en prévoyant que :

> « *Tout État membre peut décider de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques, les règles de compétence définies aux points b) et c) lorsque les infractions visées à l'article 2 ont été commises en dehors de son territoire* ».

Ainsi est anticipée ici la possibilité de divergences entre les État membres concernant la criminalité organisée et donc l'existence de diverses incriminations allant d'infractions simples telles que celles en matière de stupéfiants ou de drogues, à des infractions plus complexes telles que le blanchiment d'argent et autres faits illicites tels que la traite d'êtres humains. Par ailleurs, d'autres motifs peuvent venir justifier l'absence de double incrimination dans la décision-cadre ; cette décision-cadre ayant pour objet d'incriminer

---

525 Conseil européen d'Amsterdam du 16 et 17 juin 1997, Bruxelles 17 juin 1997, disponible sur : http://www.senat.fr/europe/amsterdam_1997.pdf.

526 Action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membre de l'Union-Européenne, JOUE, du 29/12/1998 n° L 351. V. aussi ; Daniel FONTANAUD, « Criminalité organisée », *RIDP*, 2006, p. 193.

527 Il convient de remarquer que le crime organisé à l'échelle européenne n'a pas été traité en tant que tel au sein du Titre I de la présente étude car il n'a lui-même pas été traité au sein de l'Union-Européenne. En effet, comme cela a été vu, cette dernière a adopté une Décision-cadre sans y introduire de dispositions dédiées à la coopération pénale internationale entre États membres, contrairement à la compétence pénale extraterritoriale qui y est présente.

la participation à une organisation criminelle ainsi que l'accord criminel. Dans ce cas, l'exigence de la double incrimination n'a en effet pas de sens pour deux raisons : la première est que ces activités liées à la criminalité organisée ont bien été définies aux articles 1 et 2 de la décision-cadre, la seconde est que la décision-cadre ne concerne pas d'autres infractions telles que le blanchiment d'argent ou la corruption vu que l'Union-Européenne possède un cadre normatif dédié à chacune de ces criminalités indépendamment les unes des autres.

570. Notons que l'histoire de l'Union Européenne en matière de lutte contre la criminalité organisée n'a pas débuté avec cette Décision-cadre mais à la fin du XXe siècle. Or l'étude de divers instruments mis en place en ce domaine, est également à même de nous donner des éclaircissements sur l'absence de la double incrimination dans la décision-cadre de 2008. En effet, cette dernière poursuit les objectifs du programme de La Haye[528], en particulier en rapprochant les différents droits pénaux dans les domaines évoqués au sein des traités de l'Union-Européenne afin de faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et la coopération pénale[529]. Et cette convergence des législations internes aux fins de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, peut également se concevoir dans le but de poursuivre les auteurs présumés de ces infractions selon des chefs de compétence extraterritoriale sans contrôle de la condition de double incrimination. Toutefois cette interprétation se trouve limitée par la possibilité d'émettre une réserve sur la compétence personnelle active.

571. En matière de criminalité organisée, les dispositions sur les activités qui s'y rattachent (la corruption, le blanchiment d'argent et du produit de crime, et la traite des êtres humains) s'avèrent plus claires.

---

528 Le programme de La Haye a été adopté afin de renforcer l'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein de l'Union focalisant aussi sur la criminalité organisée, le terrorisme et l'immigration clandestine. JOUE, n° C 53 du 3 mars 2005.

529 Maria Luisa CESONI, « Incriminer les « groupes délinquants » organisés : des objectifs décalés », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, ANTHEMIS, 2013, p. 163.

…/…

572. La traite des êtres humains est un phénomène mondial pratiqué à l'intérieur d'un pays ou au-delà de ses frontières et souvent lié et commis dans le cadre de crimes organisés[530]. La lutte contre ce phénomène constitue une priorité pour l'Europe[531]. Comme le montrent la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains ainsi que la Directive de 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains, la lutte contre ce phénomène, et la protection des victimes[532].

Pour ce qui est de la double incrimination, ces deux instruments ne fournissent pas la même réponse, conduisant *de facto* à analyser la Convention indépendamment de la décision-cadre en la matière.

Sur ce point, l'article 31 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte de la traite des êtres humains est en effet clair et explicite en exigeant que soit remplie la condition de double incrimination pour que la compétence personnelle active puisse être appliquée :

> « *1 : Chaque partie adopte les mesures législatives et autre qui se révèlent nécessaire pour établir sa compétence…, lorsque l'infraction est commise :*
>
> *D : par un de ses ressortissants, ou par un apatride ayant sa résidence habituelle sur son territoire, si l'infraction est punissable pénalement où là elle a été commise ou si elle ne relève de la compétence territoriale d'aucun État* ».

Selon ce texte, la compétence personnelle active n'englobe pas uniquement les ressortissants de l'État de poursuite mais aussi les apatrides qui résident habituellement sur son territoire, de même que la double incrimination ne se limite pas aux nationaux. En effet, en tant que condition subjective, elle s'applique aux faits en question et non aux personnes poursuivies.

573. De plus, l'article 31 prévoit la compétence personnelle passive lorsque l'un des ressortissants de l'État contractant a été victime de l'une des infractions mentionnées dans

---

530 Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, Varsovie 16.5.2005, STCE n° 197.

531 Anne WEYEMBERGH, « La lutte contre la traite et le trafic d'êtres humains », *RIDP*, 2006, p. 212.

532 Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JOUE, 15.4.2011, L 101/1.

la Convention (paragraphe 1.e). Cependant, pour la mise en œuvre de cette compétence personnelle passive, la double incrimination n'est pas exigée.

Comme tous les instruments du Conseil de l'Europe de lutte contre la criminalité, la Convention a reconnu le droit aux États d'émettre une réserve et de soumettre à certaines conditions les compétences personnelles active et passive figurant à l'article 31. Et comme aucune précision n'est apporté sur la nature de cette réserve, l'on peut penser qu'elle peut englober aussi la suppression de la double incrimination par l'État contractant.

Le paragraphe 3 de l'article 31 affirme par ailleurs l'application du principe *aut dedere au judicare* lorsque l'État refuse d'extrader la personne demandée au seul motif de sa nationalité, reprenant ainsi la quasi-totalité du contenu des instruments européens[533], sans aucune référence à la double incrimination.

574. Au niveau de l'Union européenne, trois instruments ont été adoptés, à savoir :

L'action commune 97/154/JAI du 24 février 1997 relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants[534].

La décision-cadre 2002/629/JAI du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains[535].

La directive 2011/36/UE du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène.

L'action commune a été modifiée par la décision-cadre laquelle a été remplacée par la directive de 2011, texte aujourd'hui applicable en matière de lutte contre la traite des êtres humains.

575. L'article 10 de cette directive « Compétence » prévoit une série de compétences pénales en les divisant en deux catégories : la première concernant les chefs de compétence

533 Voir par exemple Art. 7 § 3 de la décision-cadre de 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, Art.22 § 3 de la Convention sur la cybercriminalité, Art. 17 § 3 de la Convention pénale sur la corruption.

534 JOUE, du 4 mars 1997, n° L 63.

535 JOUE, du 1er août 2002, n° L 203.

obligatoires pour les États membres (la compétence territoriale (paragraphe 1.a) et la compétence personnelle active (paragraphe 1.b)), la seconde donne aux États membres une marge de liberté pour établir leur compétence personnelle passive (paragraphe 2.a), leur compétence pour les infractions commises pour le compte d'une personne établie sur son territoire (paragraphe 2.b), et à l'égard d'un auteur résidant habituellement sur son territoire (paragraphe 2.c).

576. Le rôle de la double incrimination dans la directive de 2011 fait l'objet d'un paragraphe 3 prévoyant que :

> « *Pour les poursuites concernant les infractions visées aux articles 2 et 3 qui ont été commises en dehors du territoire de l'État membre concerné, chaque État membre prend dans les cas visés au paragraphe 1, point b), et peut prendre dans les cas visés au paragraphe 2, les mesures nécessaires pour que sa compétence ne soit pas subordonnée à l'une des conditions suivantes :*
>
> *L'acte en cause constitue une infraction pénale sur le lieu où il a été commis* ».

Il en résulte que l'obligation posée aux États membres de supprimer la double incrimination se limite à la compétence personnelle active figurant au paragraphe 1.b, sans aucune marge de liberté confiée aux États membres d'apprécier la question selon sa propre politique criminelle. Il incombe en revanche aux États membres de préciser sa position sur la double incrimination lorsqu'il s'agit de l'établissement de la compétence personnelle passive ou d'auteurs résidant habituellement sur leur territoire.

577. Il doit être relevé une évolution remarquable entre la directive de 2011 et la décision-cadre qu'elle remplace et dans laquelle la double incrimination ne figure pas comme condition de mise en œuvre des compétences extraterritoriales, sans pour autant être supprimée comme c'est le cas avec ladite directive. Cela nous amène à nous interroger sur les changements qui ont conduit à cette mutation à l'échelle européenne. Autrement dit, pourquoi la directive de 2011 a exonéré les États de la condition de double incrimination en matière de compétence personnelle active ?

La réponse se trouve à la fois dans les fondements et les objectifs poursuivis par les instruments européens, et dans la convergence des législations réalisée par l'Union-Européenne quant à la lutte contre la traite des êtres humains. Ce domaine criminel a pris une ampleur pouvant affecter tous les États européens, que ce soit le pays d'origine de

l'auteur présumé, le pays de transit, ou de destination. Et a une nature qui demeure le plus souvent de nature transnationale à côté de sa nature nationale[536].

Les objectifs poursuivis ici sont de faciliter et renforcer la lutte contre ce phénomène en réduisant les disparités juridiques entre les États membres par le rapprochement des différents droits pénaux en termes d'infractions, de sanctions et de responsabilité des personnes morales.

578. En effet, la directive de 2011 constitue un aboutissement au niveau de l'UE. La décision-cadre de 2002 a montré sa spécialité dans la lutte contre la traite des êtres humains par rapport à l'action commune (qui la traite à l'occasion de la question de l'exploitation sexuelle des enfants). À contrario, la directive de 2011 n'a pas seulement été adoptée pour lutter contre la traite des êtres humains, mais également pour la prévention et la protection de ses victimes[537]. La directive non seulement définit des infractions relatives à la traite des êtres humains et les modalités d'action, mais aussi se distingue par sa définition d'une « situation de vulnérabilité »[538]. Et de même que la décision-cadre de 2002 a étendu la définition de l'exploitation sexuelle figurant dans l'action commune, la directive de 2011 a poursuivi en étendant la notion d'exploitation en y englobant également le prélèvement d'organes[539].

579. Le rapprochement législatif achevé par la directive de 2011 et son articulation impérative avec la gravité de la traite des êtres humains et son influence sur la stabilité des sociétés ne laisse aucune exception à accepter ce phénomène ou au moins d'être tolérant avec ses auteurs. Et le rapprochement des droits nationaux permet effectivement d'éviter l'existence de « zones d'impunité »[540]. Ce qui rend inacceptable le fait de conditionner

---

536 Chloé BRIERE et Anne WEYEMBERGH, « L'Union-Européenne et la traite des êtres humains », *in Fondement et objectifs des incrimination des peines en droit européen et international*, op. cit., p. 70.

537 V. art. 1er de la directive de 2011

538 V. art. 2.2 de la directive de 2011.

539 Chloé BRIERE et Anne WEYEMBERGH, op. cit., p. 78.

540 Commission Européenne, communication « *Vers une politique pénale de l'Union : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal* », 20 septembre 2011, COM (2011) 573 final, p. 5.

…/…

une poursuite à l'existence d'une double incrimination entre les États membres de l'Union Européenne.

580. La directive de 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie[541] complète parfaitement la directive de 2011 sur la traite des êtres humains dans la mesure où certaines victimes sont également des enfants victimes d'abus sexuels ou d'exploitation sexuelle.

Cette directive incrimine une série de comportements relevant de la notion d'abus sexuels et d'exploitation sexuelle des enfants tels que la pédopornographie, la prostitution enfantine, le spectacle pornographique (art.2), toute infraction liée aux abus sexuels (art.3), toute infraction liée à l'exploitation sexuelle (art.4), à la pédopornographie (art.5), la sollicitation d'enfants à des fins sexuelles (art.6), l'incitation, la participation et la complicité ainsi que la tentative des précédentes infractions (art.7), mais également les activités sexuelles consenties (art.8).

581. De la même manière que la directive de 2011 sur la traite des êtres humains, cette directive contient une disposition consacrée à l'établissement des compétences et à la coordination des poursuites (art.17) en obligeant les États à établir leur compétence territoriale et personnelle active (paragraphe 1) et en leur donnant le choix d'élargir le champ de leurs compétences à l'égard des victimes ayant leur nationalité ou résidant habituellement sur leur territoire (paragraphe 2.a), à l'égard des infractions commises pour le compte d'une personne morale (paragraphe 2.b) ou à l'égard d'un auteur non national s'il réside habituellement sur ledit territoire (paragraphe 2.c).

Le paragraphe 4 de l'article 17 prévoit en sus que :

> « *pour les poursuites concernant les infractions visées à l'article 3 paragraphe 4, 5 et 6, à l'article 4, paragraphe 2, 3, 5, 6 et 7 et à l'article 5, paragraphe 6 qui ont été commise en dehors du territoire de l'État membre concerné, s'agissant paragraphe 1, point b), du présent article, chaque État membre prend les mesures nécessaire pour s'assurer que l'établissement de sa*

541 Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil.

compétence n'est pas subordonné à la condition que l'acte en cause constitue une infraction pénale sur le lieu où il a été commis ».

Cette rédaction n'annonce donc pas une suppression générale de la double incrimination, cette suppression étant limitée à certaines infractions. Autrement dit, la double incrimination peut être maintenue pour les infractions non-mentionnées au paragraphe 4.

La double incrimination est de la sorte supprimée pour les infractions suivantes :

Le fait de se livrer à des activités sexuelles avec un enfant qui n'a pas atteint la majorité sexuelle, ou en abusant d'une position reconnue de confiance d'autorité ou d'une influence sur un enfant, ou en abusant d'une situation de particulière vulnérabilité de l'enfant, en faisant usage de la contrainte, de la force ou de la menace et le fait de contraindre ou de forcer un enfant à se livrer à des activités sexuelles avec un tiers.

Toutes les infractions liées à l'exploitation sexuelle.

La production de pédopornographie.

582. La liste des infractions pour lesquelles la double incrimination ne joue aucun rôle est exhaustive et bien circonscrite à une série d'infractions liées aux abus sexuels et à l'exploitation sexuelle des enfants. Cependant il demeure des infractions non concernées par cette exonération de double incrimination, comme le fait de faire assister un enfant qui n'a pas atteint la majorité sexuelle, même s'il n'y participe pas, à des activités ou à des abus sexuels, ou encore l'acquisition et/ou la détention de pédopornographie, la distribution, la diffusion ou la transmission de pédopornographie.

Dans ce domaine, la politique de l'Union Européenne est limpide et ignore clairement la politique criminelle du lieu de commission, et ce afin de lutter efficacement et radicalement contre « le tourisme sexuel » impliquant des enfants. Les États membres sont alors plus qu'encouragés à intensifier leurs instruments nationaux pour lutter contre ce phénomène[542].

À ce titre la directive de 2011 représente une avancée par rapport à la décision-cadre de 2004 qui ne mentionne ni l'exigence de double incrimination ni son exonération.

---

542 Point 29 du préambule de la directive du 13 décembre 2011.

Toutefois, l'exonération de double incrimination ici n'est pas identique à celle de la directive de 2011 sur la traite des êtres humains et qui a donné aux États membres le choix de supprimer la double incrimination pour la compétence personnelle passive, ou contre les auteurs résidant habituellement sur leur territoire.

583. Pour ce qui est du Conseil de l'Europe, la Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels[543] ne fait aucune référence à la double incrimination en son article 25 intitulé « Compétence », octroyant aux États membres, à l'instar des autres instruments du Conseil de l'Europe, le droit de ne pas appliquer ou d'appliquer sous certaines conditions, leurs règles de compétence relatives à la poursuite d'un auteur résidant habituellement sur le territoire de l'État de poursuite.

584. La position européenne, comme celle des Nations-Unies sur la question de la double incrimination, ne repose donc pas sur une stratégie unifiée et suffisamment claire concernant son rôle dans l'établissement des compétences pénales extraterritoriales. Le traitement de la double incrimination au sein des instruments européens dépend plus de la complexité de l'infraction en cause. En effet, ces instruments n'ont pas hésité à stipuler explicitement la double incrimination pour le blanchiment d'argent par exemple. Il convient de ne pas oublier non plus que dans ce contexte le critère chronologique joue un rôle sur la stipulation ou l'exonération de la double incrimination dans les instruments, et que l'Union Européenne vise à harmoniser les lois pénales nationales des États membres et dès que cette harmonisation ne paraît plus satisfaisante, la double incrimination est exigée et est alors intégrée aux instruments concernés.

543 La Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, STCE n° 201.

Chapitre II.

La double incrimination au sein des dispositions internes sur les compétences extraterritoriales

585. L'influence du droit international sur l'établissement des compétences pénales extraterritoriales s'inscrit dans le respect des engagements internationaux signés et ratifiés par l'État. Il s'agit par la même d'éviter tout conflit négatif ou positif de compétences juridictionnelles. Mais chaque législateur demeure assurément souverain en ce domaine et conserve toute liberté de déterminer la sphère d'application de ses lois dans l'espace, quitte à déroger à certains concepts fondamentaux[544]. Chaque législateur définit ainsi en fonction de ses seules vues (sans souci d'harmonisation internationale des solutions) la sphère d'intervention spatiale de son système répressif[545]. Cette liberté a été affirmée par la Cour permanente de Justice Internationale dans l'arrêt du *Lotus* où elle a précisé que « *chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus concevables* »[546] en la matière.

586. Cependant, l'État détermine ses compétences répressives extraterritoriales dans le respect de la hiérarchie des rattachements[547]. Sur ce point, il convient de rappeler que les compétences pénales extraterritoriales françaises ont subi une grande mutation depuis la Révolution. Ainsi dans le Code de 1808 elles étaient limitées à certaines infractions du fait de leur particulière gravité telles les atteintes à la sûreté de l'État, la contrefaçon du sceau de l'État, la frappe de fausse monnaie, les faux et usages de faux, et aux crimes

544 Delphine BRACH-THIEL, Compétence pénale, *Rép. Internat.*, Dalloz, avril 2015, n° 25.

545 Idem, n° 1.

546 L'affaire *Lotus*, op. cit.

547 *Cf.* introduction du présent Titre.

…/…

commis par des Français contre des Français[548]. Ces compétences extraterritoriales viennent alors pallier les lacunes découlant de la stricte application de la territorialité et visent à protéger les intérêts fondamentaux de la France lorsque l'infraction a été commise à l'étranger[549]. Elles déterminent aussi le rôle joué par la double incrimination dans la mise en œuvre desdites compétences.

587. La place de la double incrimination au sein des dispositions internes relatives aux compétences extraterritoriales peut cependant varier. Il convient de distinguer ici entre les dispositions formulant des titres de compétences « classiques » (**Section I**), et celles qui prévoient des titres de compétences « particuliers » (**Section II**).

Section I.

La double incrimination au sein des titres de compétence classiques

588. En droit français, les compétences extraterritoriales figurent en partie dans le Code pénal aux articles 113-6 et suivants dans une section dédiée aux infractions commises hors du territoire de la République. Toutefois, au sein des dispositions consacrées aux infractions commises sur le territoire de la République on trouve l'article 113-5 qui prévoit que : « *La loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère* ». On comprend ici que la complicité ne revêt pas de dimension pénale autonome. En effet, elle n'est punissable qu'en lien avec un fait principal à condition qu'il soit punissable. À priori, le législateur français ne pouvait tolérer que sur le territoire national des individus aident à la commission d'infractions commise à l'étranger, C'est pourquoi il a soumis la mise en

548 Didier REBUT, op. cit., n° 105, p. 69.

549 Laurent DESESSARD, Application de la loi pénale dans l'espace, infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République, *J-Cl. Pén.*, *op.cit.*, n°8 et s.

œuvre de cette compétence à la double incrimination du fait principal entre la France et l'État de commission.

La double incrimination ainsi présente à l'article 113-5 se distingue de celle appliquée dans le domaine de la compétence personnelle active principalement de par son champ d'application qui s'applique à toute infraction, de quelque nature qu'elle soit, délit ou crime. En effet, la double incrimination ne se limite pas aux compétences extraterritoriales mais tout autant à la compétence territoriale lorsque celle-ci comporte une circonstance particulière. Tel est le cas de la complicité en France d'une infraction principale commise à l'étranger.

589. En droit français, on trouve les trois chefs de compétences extraterritoriales classiques : la compétence personnelle dans ses deux volets — active et passive —, la compétence réelle, et la compétence universelle. Elles représentent des sphères où la double incrimination pourrait avoir un rôle principal à jouer. L'analyse distincte de chaque chef de compétence paraît cependant nécessaire compte tenu de la particularité de chaque compétence, de son fondement et de ses conditions de mise en œuvre. C'est pourquoi il convient d'étudier distinctement la compétence personnelle (§ 1), la compétence réelle (§ 2), et la compétence universelle (§ 3) en droit interne français.

§ 1. La compétence personnelle

590. L'application de la loi pénale dans l'espace est régie par deux règles. La première est que la loi répressive ne s'intéresse qu'aux faits commis sur le territoire national ; la deuxième est que le juge pénal national n'applique que sa propre loi[550]. Ainsi, les infractions commises à l'étranger échappent, en principe, à cette loi[551]. Un principe qui connait toutefois des tempéraments afin de limiter les cas d'impunité.

591. Il en est ainsi lorsqu'il fait application de la compétence personnelle, une compétence extraterritoriale fondée sur la nationalité des intéressés (tant l'auteur que la victime). La compétence personnelle a plusieurs finalités. La compétence personnelle active a pour

550 Etienne BARTIN, *Étude de Droit international privé*, Paris, 1899, p. 214.

551 Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 21e édition, Cujas, 2016, p. 180.

objet de contraindre les nationaux se trouvant à l'étranger à respecter leur droit pénal afin que le franchissement d'une frontière ne les libère pas d'une obligation (venant ainsi contrebalancer l'impossibilité pour les États d'extrader leur nationaux). La compétence personnelle passive, quant à elle, vise à assurer la protection des nationaux quel que soit le lieu où ils se trouvent[552].

592. Par ailleurs, il convient de mieux connaître l'évolution historique de ce chef de compétence en droit français, depuis sa consécration à nos jours. En effet, la compétence personnelle est apparue dans le Code d'instruction criminelle de 1808, lequel exigeait, pour l'application de la loi française, la double nationalité française de l'auteur et de la victime. Ce n'est qu'en 1866 que l'exigence de la nationalité française de la victime a été supprimée. C'est ainsi que la compétence personnelle active fut introduite dans le système répressif français. Concernant la compétence personnelle passive, intégrée timidement par la loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne, elle a été véritablement consacrée par la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 qui l'a intégré dans le Code de procédure pénale à l'article 689-1[553]. Aujourd'hui, la compétence personnelle est formulée aux articles 113-6 (pour la compétence personnelle active) et 113-7 (pour la compétence personnelle passive) du Code pénal.

593. La double incrimination trouve en général sa place naturelle dans les compétences extraterritoriales et en particulier au sein des dispositions régissant la compétence personnelle, une compétence qui appréhende d'abord un fait commis à l'étranger, et une compétence subsidiaire[554]. Mais distinguons entre compétence personnelle active (A) et compétence personnelle passive (B).

A. La compétence personnelle active

594. L'article 113-6 du Code pénal prévoit que : « *La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République.*

552 Jacques LE CALVEZ, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal », *RSC*, n° 1, 1980, p. 16 et s.

553 Delphine BRACH-THIEL, op. cit., n° 26.

554 La subsidiarité de la compétence personnelle est liée à l'existence d'un jugement définitif émis à l'étranger et qui empêche la mise en œuvre de l'action publique conformément au principe « *ne bis in idem* ».

Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis.

Elle est applicable aux infractions aux dispositions du règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, commises dans un autre État membre de l'Union-Européenne et constatées en France, sous réserve des dispositions de l'article 692 du code de procédure pénale ou de la justification d'une sanction administrative qui a été exécutée ou ne peut plus être mise à exécution.

Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé ».

À la lecture de cet article, il apparait que la place de la double incrimination en matière de compétence personnelle active varie selon la nature de l'infraction et la gravité du fait. Des critères qui ont un impact sur la position du législateur.

595. Concernant le crime, l'article 113-6 ne mentionne aucunement la double incrimination comme condition d'engagement des poursuites. Il en résulte l'absence de cette condition en matière criminelle et que la loi française ne laisse pas de place à la loi pénale étrangère dans la détermination de l'infraction. La loi du lieu de commission n'a alors pas d'incidence.

L'exonération de la condition de double incrimination au premier alinéa de l'article 113-6 est liée à la nature même de l'infraction. Est concerné « *tout crime* » commis par un auteur de nationalité française à l'étranger. L'expression « *tout crime* » est générale et exclut la prise en compte d'une quelconque loi pouvant faire apprécier différemment l'infraction concernée. Selon la doctrine française cette formulation vise tout crime considéré comme tel par la loi française ; l'ancien article 689 de Code de procédure pénale était plus explicite en visant « *un fait qualifié de crime puni par la loi française* »[555].

[555] Laurent DESESSARD, op. cit., n° 23.

La loi française en matière de compétence personnelle active est donc applicable sans condition lorsqu'il s'agit d'un crime commis par un Français au-delà des frontières. Il est à noter que ce qui a motivé et justifié la création de la notion de compétence personnelle active peut également venir justifier, au moins partiellement, l'exonération de la double incrimination pour les crimes. En effet, la gravité considérable de certaines infractions a conduit le législateur français à les catégoriser en tant que crimes, les distinguant dès lors d'infractions moins graves tels que les délits et les contraventions. La gravité du crime rend ainsi la teneur de la loi étrangère négligeable et sans considération pour le juge national français. L'exonération de la double incrimination lors de l'exercice de la compétence personnelle active en matière de crime a également pour but de limiter voire éviter la récidive découlant de l'impunité de certains faits sur le territoire du lieu de commission[556].

596. Pour ce qui est des infractions délictuelles, la question de la double incrimination est traitée de manière différente. En effet, le paragraphe 2 de l'article 113-6 précise, concernant l'application de la loi pénale française, qu'« *elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». Il apparaît clairement que, la condition de la double incrimination est exigée pour pouvoir engager des poursuites lors que le fait commis par un Français hors du territoire de la République est qualifié de délit par la loi française. En matière d'infractions délictuelles, on peut donc déduire que le juge national est obligé de consulter la loi pénale du pays de commission et de vérifier si le fait en cause est puni ou non selon cette loi. Selon nous, cette obligation pesant sur le juge est d'ordre public et doit être évoqué par lui à défaut de l'accusé. Cependant cette analyse du paragraphe précité ne vaut que pour une infraction commise par un Français à l'étranger contre une personne étrangère, car il en va différemment si la victime est également française[557].

---

556 Didier REBUT, op. cit., n° 122, p. 77.

557 V. Cass. Crim., 6 mars 1984 n° 83-95-04 : jurisdata n° 1984-700645 ; *Bull. crim.*, 1984 n° 90. – Cass. Crim., 27 juin 1984, n° 82-94-281 : jurisdata 1984-701257 ; *Bull. crim.*, 1984, n° 248.- Cass. crim., 10 octobre 1988 n° 87-91-310 : jurisdata n° 1988-003376 ; *Bull. crim.*, 1988, n° 331.- Cass. Crim., 26 septembre 1996, n° 95-80-301 ; jurisdata n° 1996-004159. Cass. Crim., 26 mai 2010, n° 09-86-499 : JurisData n° 2010-009375 ; *Bull. crim.* 2010, n° 91.

597. La prise en compte de la loi pénale étrangère en matière délictuelle nous amène à nous interroger sur la nature de cette prise en considération et le type de contrôle à adopter. En effet, convient-il de procéder à un contrôle strict de la double incrimination afin de vérification de l'adéquation de la qualification délictuelle entre les deux lois ? Ou bien convient-il de se limiter à un contrôle plus « légèr » de l'incrimination du fait par la loi étrangère ? Ces questions sur la consultation de la loi pénale étrangère dans ce contexte relèvent du domaine des compétences extraterritoriales et non de la coopération pénale internationale entre État requis et requérant. C'est pourquoi l'État ne s'inquiètera pas du respect des droits de l'accusé ou de la violation de l'ordre public national. Il importe en conséquence peu en que la qualification présentée par la loi étrangère soit différente de celle du droit français et que la peine encourue soit ou non identique[558].

598. L'exigence de la double incrimination en matière délictuelle se justifie d'une part, par la moindre gravité du fait commis par l'auteur à l'étranger et l'acceptation par le législateur français des divergences législatives pouvant subvenir en matière délictuelle d'un État à l'autre, et d'autre part, par le fait que ledit fait ne mérite pas de mobiliser la justice et d'investir du temps alors qu'il n'est pas incriminé par la législation où il a été commis.

599. L'alinéa 3 de l'article 113-6 créé par la loi 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et la régulation des transports ferroviaires, et comprenant diverses dispositions relatives aux transports, ne fait, quant à lui, aucune mention de la double incrimination pour les « *infractions aux dispositions du règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certains dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route* ». La rédaction de cet alinéa précise que la loi française est applicable pour des infractions commises dans un autre État et constatées en France. Il s'agit donc en pareil cas d'une infraction extraterritoriale. Cependant il convient de noter que l'infraction est une infraction aux dispositions d'un règlement du Parlement et du Conseil européen et que la France (pays de poursuite) et le pays de commission ont intégré en droit interne. La

558 Jean PRADEL, op. cit., p. 187. Laurent DESESSARD, op. cit., n° 29. Tribunal correctionnel, Montbéliard, 3 juillet 1964, D., 1965.69, cité par Jean PRADEL, idem.

double incrimination sera, dans ce cas, automatiquement remplie par l'existence de ces dispositions dans les deux pays.

L'alinéa 3 de l'article 113-6 formule en définitive une sorte de compétence personnelle « spéciale ». Le règlement du 15 mars 2006 ne fait que définir un certain nombre d'obligations en confiant notamment aux États le soin de préciser les sanctions applicables à ces infractions. Or ces infractions consistent en droit français en des contraventions de troisième, quatrième et cinquième classe. Or d'après les dispositions générales régissant la compétence personnelle active et figurant à l'article 113-6, la loi française n'est pas applicable à ces infractions. L'adoption d'une compétence personnelle active spéciale pour ces infractions était donc nécessaire[559].

B. La compétence personnelle passive

600. Historiquement, la compétence personnelle passive, apparaît assez restrictive (cf. la Loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne pour les crimes et délits commis par un étranger à bord d'un aéronef non immatriculé en France lorsque la victime est française). La véritable consécration du système de la personnalité passive en droit français a eu lieu avec la loi du 11 juillet 1975 portant modification du Code de procédure pénale, plus précisément à l'article 689-1. Depuis l'adoption du nouveau Code pénal de 1994, la compétence personnelle passive figure à l'article 113-7 de ce code en tant que disposition générale[560] de l'application de la loi pénale française pour les infractions commises à l'encontre d'un ressortissant français.

601. Le débat autour de la compétence personnelle passive a toujours été très mouvementé et controversé. Certains auteurs soutiennent l'adoption de ce type de compétence en y voyant la « victimisation » du procès pénal et considèrent que le droit pénal doit protéger les plus vulnérables. En effet, lorsqu'une victime française se trouve à l'étranger au moment de la commission de l'infraction, elle est d'autant plus faible car elle se trouve

559 Laurent DESESSARD, op. cit., n° 40.

560 Car à l'instar de la compétence personnelle active, la compétence personnelle passive fait l'objet aussi de dispositions spéciales qui seront traitées dans la Section 2 du présent Chapitre.

…/…

dans un pays dont elle ignore potentiellement la langue et le système judiciaire[561]. D'autres considèrent que cette extension du droit pénal est injustifiée et peu convaincante au regard des intérêts en cause qui sont d'ordre privé[562], et que la nationalité de la victime est traditionnellement considérée comme un motif insuffisant pour la mise en œuvre de la compétence personnelle[563].

602. Quoi qu'il en soit, l'article 113-7 prévoit que « *la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis pas un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction* ».

Le champ d'application de cet article est large car il concerne tout individu français victime d'une infraction commise n'importe où dans le monde. Ainsi formulé, il n'exige pas de remplir la condition de double incrimination pour sa mise en œuvre. Cela paraît contraire aux règles internationales généralement appliquées en la matière. Cette exonération de la double incrimination constitue d'une part une immixtion dans la souveraineté des autres États et place leurs ressortissants sous la menace d'une potentielle mise en cause de leur responsabilité pénale dans leurs relations avec des ressortissants français[564]. D'autre part, elle s'oppose à la prévisibilité et à la connaissance du texte d'incrimination, d'autant que la seule présence d'une personne française sur le territoire d'un État étranger peut entraîner l'application de la loi pénale française pour les actes commis dans cet État lorsque celle-ci est victime d'une infraction, sans qu'il importe que les faits constituent une infraction dans ledit État.

603. L'application de la compétence personnelle passive obéit à plusieurs conditions telles que l'exigence de la nationalité française de la victime, mais l'indifférence de la nationalité de son auteur. Ce chef de compétence reste surtout conditionné par la nature-même de

---

561 Delphine BRACH-THIEL, « La victime d'une infraction extraterritoriale », *RSC*, 2010, p. 819.

562 Laurent DESESSARD, op. cit., n° 52.

563 Maurice TRAVERS, *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, T.I., 1921, n° 71. Didier REBUT, op. cit., n° 137.

564 Éric CAFRITZ et Omer TENE, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *RSC*, 2003, p. 733.

…/…

l'infraction, puisqu'il ne concerne que les crimes et délits punis d'emprisonnement[565]. Il convient alors de s'interroger sur la possibilité d'appliquer la compétence personnelle active et passive en même temps sur un cas particulier à savoir lorsqu'à la fois l'auteur et la victime sont Français, et que l'infraction a été commise à l'étranger. Dans cette hypothèse, si l'infraction était un crime, aucun problème ne se pose vu que la double incrimination n'est pas exigée en matière de crime que ce soit pour l'une ou l'autre des compétences. Toutefois, si l'infraction est un délit, l'application de la compétence personnelle active oblige la juridiction à vérifier que la condition de double incrimination est remplie alors que si la victime est aussi Française, cette condition n'est pas exigée, car la compétence personnelle passive n'est pas subordonnée à la double incrimination.

604. Nous avons pu observer que la compétence personnelle passive est de plus en plus reconnue par les États, qui la limitent cependant aux seules infractions ayant un degré élevé de gravité et qu'elle n'est pas conditionnée par la double incrimination. En effet, il est inimaginable de supposer qu'une personne ordinaire puisse connaître parfaitement toutes les lois pénales en vigueur dans tous les États, et de vérifier chaque fois la nationalité de la personne avec laquelle elle entre en contact afin de limiter les conséquences d'éventuelles sanctions pénales d'un État qu'elle ne connaît peut-être pas.

605. En droit comparé, la compétence personnelle passive est ainsi limitée aux seules infractions graves telles que le terrorisme, et aux infractions spécifiquement énumérées comme c'est le cas en Italie, en Chine et au Danemark. D'autres États ont cependant conditionné l'application de la compétence personnelle passive à l'exigence de la double incrimination, tel est le cas de la Grèce, la Finlande, la Norvège, et la Suède.[566]. À ce propos, une partie de la doctrine considère d'ailleurs que la compétence personnelle passive ne constitue pas une atteinte à la souveraineté étatique si la mise en œuvre de cette compétence est subordonnée à la double incrimination et que le fait en question est puni dans l'État du lieu de commission et que cet État n'a pas poursuivi l'auteur[567].

---

565 Les délits punis d'emprisonnement est une expression « qui recouvre en réalité la quasi-totalité des délits », Circulaire de 14 mai 1993 § 18, cité par Laurent DESESSARD, op. cit., n° 57.

566 Eric CARFITZ et Omer TENE, op. cit. p. 738.

567 Geoffery R. WATSON, « the passive personnality principle », 28 Tex. Int'l L.J. 1, 1993, p. 16.

L'étude de la compétence personnelle passive française, apparait dès lors important, en permettant d'appliquer la loi pénale française à des actes perpétrés à l'étranger, sans la subordonner à la double incrimination.

§ 2. La compétence réelle

606. La compétence réelle pourrait être qualifiée de compétence personnelle passive dont la victime serait l'État, car elle concerne des infractions qui portent atteinte aux intérêts supérieurs et essentiels de l'État. Mais eu égard à la particularité de cette compétence et des infractions concernées, elle a obtenu son indépendance et est devenue une compétence solide et bien établie dite « compétence réelle ».

La compétence réelle permet à l'État de poursuivre et juger l'auteur d'une infraction commise à l'étranger pour des actes qualifiés d'atteintes aux intérêts supérieurs de l'État à l'instar de la contrefaçon et de la falsification de pièces de monnaie ou du sceau de l'État. La particularité de ces infractions et leur lien de connexité avec les intérêts supérieurs donne à cette compétence un caractère exclusif rendant sa mise en œuvre indifférente à un éventuel jugement étranger antérieur[568]. La compétence réelle vient compléter la compétence territoriale car les infractions relatives à la compétence réelle constituent une grave menace pour la souveraineté, la compétence territoriale d'avérant alors insuffisante pour les appréhender.

607. La compétence réelle a été consacrée à l'article 113-10 du Code pénal qui prévoit que : « *la loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'atteints 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'État, de pièces de monnaie, de billet de banque ou d'effets publics réprimées par les articles 442-1, 442-2, 442-5, 442-15, 443-1 et 444-1 et à tout crime ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français, commis hors du territoire de la République* ». La mise en œuvre de cette compétence repose sur la localisation de la ou des infractions hors du territoire de la République. Il s'agit donc d'une compétence extraterritoriale, et la commission d'une infraction précise,

568 Didier REBUT, op. cit., n° 112, p. 72.

les infractions visées étant clairement déterminées. La mise en œuvre de la compétence réelle selon l'article 113-10 n'est pas subordonnée à la condition de la double incrimination ce qui s'avère logique puisque cette compétence incarne une sorte de légitime défense comme lorsque la ou les infractions sont attentatoires aux intérêts fondamentaux de l'État et n'intéresse(-nt) que l'État dont ressort la victime.

608. L'absence de double incrimination en matière de compétence réelle se justifie selon nous de la même façon que l'exclusivité de cette compétence et l'exonération de la règle *ne bis in idem.* Les crimes en question portent atteinte aux seuls intérêts français, et par conséquent l'État étranger n'a pas d'intérêt à leur répression[569]. Il semble dès lors logique que la double incrimination ne soit pas exigée pour la mise en œuvre de cette compétence. En effet, les États – en principe – ne travaillent pas à la défense des intérêts d'autres États ; les infractions concernées sont des infractions « nationales » proprement liées à l'État lésé[570].

609. Des problèmes peuvent toutefois apparaitre lorsqu'il est possible de cumuler les chefs des compétence (personnelle active et compétence réelle). Supposons qu'une personne française a commis à l'étranger un acte qualifié d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la République. Dans cette hypothèse, l'article 113-6 s'applique si l'auteur est un Français,

---

569 Didier REBUT, op. cit., n° 113, p. 73.

570 La loi pénale française pourrait être applicable aussi selon la compétence réelle :

Aux faits de trahison et d'espionnage commis à l'étranger réprimés par les articles 411-1 à 411-11 de Code pénal, livraison de tout ou partie du territoire national, de forces armées ou de matériel à une puissance étrangère, intelligence avec une puissance étrangère, livraison d'information à une puissance étrangère, sabotage, fourniture de fausse information et provocation aux crime en la matière.

Aux autres atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national commises à l'étranger prévues par les articles 412-1 à 412-8 du code pénal : attentat et complot, mouvement insurrectionnel et usurpation de commandement, levée de forces armées et provocation à s'armer illégalement.

Aux autres atteintes à la défense nationale commises à l'étranger prévues aux articles 413-1 à 413-12 du code pénal ; atteintes à la sécurité des forces armées et aux zone protégées intéressant la défense nationale.

Aux autres atteintes aux intérêts fondamentaux d'une autre nation ou d'une organisation internationale.

Aux faits de falsification et contrefaçon du sceau de l'État.

Aux faits de falsification et contrefaçon de pièce de monnaie, de billet de banque ou d'effet publics.

Aux crimes ou délits contre les agents ou les locaux diplomatique ou consulaires français.

v. Laurent DESESSARD, op. cit., n° 68 et suivant.

…/…

et l'article 113-10 si l'infraction commise est qualifiée d'attentatoire aux intérêts fondamentaux. L'exclusivité de la compétence réelle et son application inconditionnée eu égard à l'article 113-10, lui donne priorité sans application de la condition de double incrimination, quand bien même cette condition serait exigée pour la compétence personnelle active.

§ 3. La compétence universelle

610. La compétence universelle est définie comme « *la capacité par laquelle un État poursuit et juge une infraction qui n'a pas de lien de rattachement avec lui* »[571]. La compétence universelle a longtemps été rejetée par les États et la doctrine, du fait que cette compétence ne repose sur aucun lien de rattachement avec l'État de poursuite et que les États ne sont pas les représentants des intérêts généraux de l'Humanité[572]. Les États ont mis fin à ce rejet au XXe siècle pour mettre fin à l'impunité régnant en certains domaines graves. En effet, la compétence universelle a pour vocation de permettre à une juridiction nationale de juger les auteurs des infractions les plus graves lésant la Communauté internationale dans son ensemble[573].

611. Entre les deux guerres mondiales, la compétence universelle a fait son apparition dans les conventions internationales[574] ainsi que dans les lois internes des États. En France, plusieurs dispositions sont d'ailleurs dédiées à la compétence universelle, organisées en une disposition générale et en dispositions spéciales.

Le fondement de la compétence universelle en droit français se trouve à l'article 689 du Code de procédure pénale qui prévoit que : « *Les auteurs ou complices d'infractions*

---

571 Didier REBUT, op. cit., n° 162, p. 97.

572 V. P. FIORE, *Traité de droit pénal international et de l'extradition*, T.1, Pedone, 1880, n° 47 et s. ; A. DELOUME, *Principes généraux du Droit international en matière criminelle*, Thorin, 1882, p. 96, cités par Didier REBUT, op. cit., p. 98.

573 Delphine BRACH-THIEL, « A propos de l'article 689-11 du code de procédure pénale : entre apparence et réalité », *RPDP*, 2011, p. 630.

574 La compétence universelle avait déjà été acceptée partiellement par les États avant la Première Guerre mondiale pour les infractions de piraterie, sauf que dans ce cas la compétence universelle a été admise pour pallier l'extraterritorialité de la haute mer et l'absence de nationalité des navires pirates. V. Didier REBUT, op. cit. n° 164, p. 98.

commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ». Cet article, qui prévoit qu'une convention internationale peut donner compétence aux juridictions françaises pour connaitre d'une infraction commise hors du territoire de la République, ne fait aucune mention ni allusion à la double incrimination pour la mise en œuvre d'une telle compétence. Cette ignorance de la double incrimination est confirmée par l'article 689-1 prévoyant les conditions de mise en œuvre de la compétence universelle, lequel prévoit que : « *En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable* ».

612. L'analyse des cas de compétence universelle prévus dans le CPP montre que son champ d'application est limité et que les conventions mentionnées aux articles 689-2 à 689-13[575] ne mentionnent pas la double incrimination en tant que condition de mise en œuvre de cette compétence extraterritoriale, du fait de la gravité des infractions[576].

L'influence du droit international sur le droit interne apparaît clairement ici, le législateur respectant les règles et orientations présentées par les instruments internationaux. Les conventions mentionnées aux articles 689-2 à 689-13 ne faisant aucune mention de la double incrimination pour l'établissement des compétences extraterritoriales, ont conduit le législateur à ne pas prévoir la double incrimination en tant que condition pour ces compétences extraterritoriales.

575 Nous excluons l'article 689-11 de la remise à la Cour pénale internationale qui sera traité séparément ultérieurement.

576 La majorité de ces conventions ont été abordées dans la Section I du présent Chapitre.

Section II.

La double incrimination aux seins des titres de compétence particuliers

613. Les compétences extraterritoriales en droit français ne se limitent pas à celles abordées précédemment, mais elles font aussi l'objet de dispositions particulières. La particularité de ces compétences par rapport à celles prévues par les dispositions précédentes est qu'elles ne reprennent pas les chefs de compétences extraterritoriales classiques (personnelle, réelle, et universelle) mais cumulent plusieurs chefs de compétences.

Ces compétences figurent aux articles 113-8-1, 113-11, 113-12, 113-13 du CP ainsi que à l'article 689-11 du CPP et dans les deux lois non codifiées concernant le TPIY et TPIR[577].

614. Un premier cas particulier figure à l'article 113-8-1 du CP. Il rend la loi pénale française applicable à des infractions pour lesquelles ni l'auteur ni la victime n'ont la nationalité française et qui n'ont pas de lien de rattachement avec la France. L'article 113-8-1 créé par la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et modifié par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 prévoit en effet que :

> « *Sans préjudice de l'application des articles 113-6 à 113-8, 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 ou la remise a été refusée à l'État 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 État 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, soit que l'extradition ou la remise serait susceptible d'avoir, pour la personne réclamée, des conséquences d'une gravité exceptionnelle en raison, notamment, de son âge ou de son état de santé.*

577 Nous ne trouvons pas un terme unifié et accepté par la doctrine pour ces compétences extraterritoriales, une partie de la doctrine les classifie parmi les « autres infractions commises hors du territoire de la République », v. Laurent DESESSARD, op. cit., n° 74 et suivant, et une autre partie les classifie sous la catégorie de « compétence quasi-universelle et compétences universelles terrestre et maritime » v. Didier REBUT, *op.cit.*, n° 167, p. 101 et s.

> *La poursuite des infractions mentionnées au premier alinéa ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public* ».

Selon le législateur, cette compétence n'est que l'application de la règle « *aut dedere au punire* », puisqu'elle est applicable lorsqu'une demande d'extradition a été refusée par la France au motif que l'infraction est punie par une peine contraire à l'ordre public ou parce que l'infraction est de nature politique ou encore parce que les juridictions de l'État requérant n'assurent pas le respect des droits de la défense au cours du procès pénal[578]. Elle a aussi pour objet d'éviter l'impunité qui résulterait d'un refus d'extradition malgré l'existence des autres chefs de compétence[579].

615. Quoi qu'il en soit, on peut voir que cet article est complètement muet en ce qui concerne la détermination de l'infraction par le droit pénal étranger[580]. Toutefois, en prévoyant que la loi pénale française est applicable lorsque l'extradition est refusée par les autorités françaises au motif « *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* », l'article 113-8-1 renvoie à la loi pénale étrangère où l'infraction faisant l'objet de l'extradition a été commise. Par conséquent, s'il est vrai que la double incrimination n'est pas exigée, elle est néanmoins sous entendue car il appartient au juge français lorsqu'il applique cet article de vérifier l'existence de l'incrimination dans les législations du pays requérant afin de déterminer la peine encourue est contraire à l'ordre public français.

616. L'article 113-11 du Code pénal, quant à lui, octroie compétence aux juridictions nationales françaises lorsqu'une infraction a été commise à bord ou à l'encontre d'aéronefs non immatriculés en France sous certaines conditions. Il prévoit que :

> « *Sous réserve des dispositions de l'article 113-9, la loi pénale française est applicable aux crimes et délits commis à bord ou à l'encontre des aéronefs non immatriculés en France ou des personnes se trouvant à bord :*

578 Delphine BRACH-THIEL, « L'heureux toilettage de l'article 113-8-1 du code pénal », *AJ pénal*, 2013, p. 517.

579 Delphine BRACH-THIEL, « De la nécessaire réécriture de l'article 113-8-1 du code pénal », *RSC*, 2009, p. 523.

580 Jacques LE CALVEZ, « Réflexion sur l'article 113-8-1 du Code pénal, vous avez dit : « amendement de coordination » ? », *in Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, p. 591.

1° Lorsque l'auteur ou la victime est de nationalité française ;

2° Lorsque l'appareil atterrit en France après le crime ou le délit ;

3° Lorsque l'aéronef a été donné en location sans équipage à une personne qui a le siège principal de son exploitation ou, à défaut, sa résidence permanente sur le territoire de la République.

Dans le cas prévu au 1°, la nationalité de l'auteur ou de la victime de l'infraction est appréciée conformément aux articles 113-6, dernier alinéa, et 113-7 ».

On peut noter que cet article 113-11 ne permet d'appliquer la loi pénale française qu'aux infractions commises hors de l'espace aérien français et sur un aéronef non immatriculé en France. Cependant, ce qui nous intéresse ici est le chevauchement qui pourrait exister entre cet article et l'article 113-6 vu précédemment relatif à la compétence personnelle active pour une infraction commise par un auteur de nationalité française. En effet l'article 113-6 exige en matière délictuelle la double incrimination pour que les juridictions françaises soient compétentes à poursuivre et juger ledit protagoniste. L'article 113-11 en revanche n'exige aucune double incrimination pour sa mise en œuvre. Par conséquent, les infractions commises par un Français hors du territoire de la République sur un aéronef non immatriculé en France, pourront être poursuivis et jugés sans qu'il soit exigé de double incrimination, par dérogation aux règles sur la compétence personnelle active en matière délictuelle.

617. La loi pénale française connaît également une compétence universelle maritime[581] à l'article 113-12 qui prévoit que « *la loi pénale française est applicable aux infractions commises au-delà de la mer territoriale, dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient* ». Cette compétence universelle maritime ne s'applique pas aux infractions commises sur les navires battant pavillon français car ceux-ci sont soumis en toute circonstance à la loi pénale française eu égard à l'article 113-3 du Code pénal[582]. Cet article s'applique aux infractions de piraterie, aux actes illicites contre la sécurité de

---

581 Ce terme a été utilisé par Didier REBUT, op. cit., n° 200, p. 120 et suivant.

582 L'article 113-3 du code pénal prévoit que *« La loi pénale française est applicable aux* infrac*tions commises à bord des navires battant un pavillon français, ou à l'encontre de tels navires ou des personnes se trouvant à bord, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Elle est seule applicable aux* infrac*tions commises à bord des navires de la marine nationale, ou à l'encontre de tels navires ou des personnes se trouvant à bord, en quelque lieu qu'ils se trouvent ».*

…/…

la navigation maritime et des plateformes fixes, au trafic de stupéfiants et au trafic de migrants en haute mer. Là encore, aucune mention n'est faite à la double incrimination pour la mise en œuvre de cette compétence.

618. La loi du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme[583] a introduit dans le système juridique français un nouveau chef de compétence pour les infractions terroristes à l'article 113-13[584] qui prévoit que « *La loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme et réprimés par le titre II du livre IV commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français* ». Ce chef de compétence a été introduit dans plusieurs buts dont le premier est de poursuivre et juger le cas échéant les personnes qui se rendent à l'étranger pour participer à des camps d'entraînement[585] et le second de surmonter les obstacles procéduraux et substantiels qui apparaissent dans la mise en œuvre de la compétence personnelle active tels que la double incrimination[586]. La création de ce chef de compétence ne signifie pas que la situation précédente favorisait les infractions terroristes mais qu'il convenait d'élargir le champ d'application la loi pénale française en particulier car certains États ne punissent pas la participation à des camps d'entraînement.

619. La France a été l'un des premiers pays à avoir signé et ratifié le Statut de la Cour pénale internationale — Statut de Rome —[587]. Mais il a fallu attendre une loi du 9 août 2010 pour qu'elle crée une compétence extraterritoriale particulière pour les crimes relevant à la CPI inséré à l'article 689-11 du Code de procédure pénale. Cet article prévoit dans son

---

583 Journal Officiel du 22 décembre 2012.

584 La Loi du 21 décembre 2012 a apporté plusieurs modifications ponctuelles à de nombreux textes législatifs comme le Code de la sécurité intérieure, le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, le Code régissant l'entrée et le séjour des étrangers et du droit d'asile ou encore le Code pénal.

585 Jacques MEZARD, Rapport sur le projet de la loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme : Rapport sénat n° 35, 10 octobre 2012, p. 21. M.F. BECHTEL, Rapport sur le projet de la loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme : Rapport Assemblée Nationale n° 409, 14 novembre 2012, p. 38.

586 Thomas HERRAN, « La nouvelle compétence française en matière de terrorisme – Réflexions sur l'article 113-13 du Code pénal », *Droit pénal*, avril 2013, n° 4.

587 La France a signé le Statut du Rome le 18 juillet 1998 et a déposé son instrument de ratification le 9 juin 2000, sur cette question V. Laurent DESESSARD, « L'adaptation du droit français au statut de Rome ou chronique d'une loi annoncée », *RPDP.*, 2010, p. 161.

premier paragraphe que : « *Peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne qui réside habituellement sur le territoire de la République et qui s'est rendue coupable à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale en application de la Convention portant statut de la Cour pénale internationale signée à Rome le 18 juillet 1998, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont elle a la nationalité est partie à la Convention précitée* ». La compétence universelle ainsi prévue ne peut trouver application qu'à la condition que le fait en question soit puni par la législation de l'État où il a été commis ; cette condition étant justifiée par l'incertitude de pouvoir appliquer la compétence universelle à des faits commis sur le territoire d'un État n'ayant pas ratifié la Convention internationale de la C.P.I.[588].

620. La formulation de la double incrimination au sein de l'article 689-11 relatif à la compétence universelle a été fortement critiquée[589] car cette compétence vise à lutter contre les crimes internationaux portant atteinte aux valeurs universelles reconnues par la Communauté internationale. De plus, l'exigence de la double incrimination est considérée comme une remise en cause de cette universalité ; cette condition revenant à dire que la France reconnaîtra l'impunité[590]. Tant l'exigence de la double incrimination que la requête préalable du Ministère public rapproche cette compétence universelle de l'article 689-11 des conditions prévues pour la mise en œuvre de la compétence personnelle active en matière délictuelle prévues aux articles 113-6 et 113-8. Cependant, la rédaction de l'article 689-11 ne ressemble pas à celle de l'article 113-6, la double incrimination concernant ici tout type d'infraction relevant de la C.P.I c'est – à-dire les

588 Didier REBUT, op. cit., n° 197, p. 118.

589 Les critiques adressées à cet article ne se limitent pas à la condition de la double incrimination mais s'étendent à l'ensemble des conditions prévues pour sa mise en œuvre comme l'exigence de résidence habituelle en France de la personne poursuivie, le monopole des poursuites par le Parquet et l'inversion du principe de complémentarité.

590 Coalition française pour la Cour pénale internationale, Juger enfin en France les auteurs de crimes internationaux, disponible sur : http://www.cfcpi.com/IMG/pdf_Juger_enfin_en_France_les_auteurs_de_crimes_internationaux.pdf

…/…

crimes graves qui sont le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression[591].

L'exigence de ces mêmes conditions pour la mise en œuvre de l'article 689-11 aboutit à traiter les crimes relevant de la compétence de la C.P.I. comme des délits ; le texte empruntant plus à la compétence personnelle active qu'à la compétence universelle, et ce malgré la volonté du législateur[592] et en contradiction avec l'article 689-1 qui ne subordonne la compétence universelle qu'à la présence en France du coupable.

Toutefois il convient de rappeler que ledit article est un texte supplétif utile uniquement lorsque les titres de compétence de droit commun ne sont pas applicables. Dès lors, si l'auteur français d'une infraction relevant de la compétence de la C.P.I. est poursuivi et jugé en France en vertu de l'article 113-6 pour un ou plusieurs crimes, selon cet article, la double incrimination n'est pas obligatoire. Il en va de même lorsque la victime d'une infraction relevant de la compétence de la C.P.I. est française, car dans ce cas l'article 113-7 est applicable et n'exige pas la double incrimination.

621. La compétence universelle prévue pour les crimes relevant des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* n'est pas la même que celle de la C.P.I., car la compétence universelle française pour les crimes relevant de la compétence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda n'exige pas la double incrimination pour sa mise en œuvre. L'article 2 de la loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 donnant compétence aux juridictions française pour connaître des actes qui constituent des infractions en vertu des articles 2 à 5 des statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie prévoyant que :

« *Les auteurs ou complices des infractions mentionnées à l'article 1er peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises en application de la loi française, s'ils sont trouvés en France. Ces dispositions sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable. Toute personne qui se prétend lésée par l'une de ces infractions peut, en portant plainte, se constituer partie civile dans les conditions*

591 Art. 5 du statut de Rome.

592 Delphine BRACH-THIEL, « A propos de l'article 689-11 du Code de procédure pénale », op. cit., p. 633.

prévues par les articles 85 et suivants du code de procédure pénale, dès lors que les juridictions françaises sont compétentes en application des dispositions de l'alinéa précédent ». Ainsi, remplir la condition de double incrimination n'est pas nécessaire à l'exercice de la compétence universelle française pour les crimes relevant du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Une disposition équivalente est prévue par la Loi n° 96-432 du 22 mai 1996 pour les infractions relevant de la compétence du Tribunal pénal international pour le Rwanda.

Conclusion du Titre II

622. La place de la double incrimination en matière de compétence extraterritoriale est difficile à apprécier tant elle nécessite de concilier droit interne et droit international. Le droit international conventionnel impose des obligations aux États quant à l'établissement de leurs compétences extraterritoriales dans le but de lutter aussi efficacement que possible contre l'impunité internationale. Cependant les conventions spécifiques aux infractions concernées par cette impunité n'ont pas pris la responsabilité de statuer sur la condition de double incrimination et gardent en générale le silence à ce sujet ; n'imposant, ni n'excluant son application. De même, s'ajoute à ce silence, l'absence de cadre normatif international posant clairement les conditions de mise en œuvre des compétences extraterritoriales et donc se prononçant sur la double incrimination.

Le silence des instruments internationaux sur la question de la double incrimination fait que les États possèdent un grand espace de liberté afin de déterminer le champ d'application de leurs compétences extraterritoriales, y compris concernant les conditions de mise en œuvre de ces compétences. En ce sens, la France prend position sur la double incrimination dans les chefs des compétences extraterritoriales de droit commun. Le problème réside dans l'application possible de deux chefs de compétence ; comme la compétence personnelle active et la compétence universelle pour les infractions relevant de la compétence de la C.P.I.

623. Il apparait ainsi qu'en matière de coopération pénale internationale la place de la double incrimination est plus élaborée qu'en matière de compétence extraterritoriale. Cela s'explique par l'association de plusieurs États dans le processus d'incrimination et de poursuites dans le but d'une coopération pénale internationale la plus grande possible. Toutefois cela ne signifie pas nécessairement que le traitement de la double incrimination en matière de coopération pénale internationale soit de meilleure qualité ou plus claire qu'en matière de compétence extraterritoriale.

Conclusion de la Partie I

624. Cette première partie a permis de délimiter précisément le domaine d'application de la condition de double incrimination en droit pénal international. Aussi bien au sein des mécanismes de coopération pénale internationale qu'au sein des compétences extraterritoriales.

625. Dans les deux domaines, l'existence de la condition de double incrimination est le fruit de l'interaction de deux droits distincts que sont le droit interne et le droit international. Mais il convient d'admettre que le droit international joue un rôle plus ou moins important dans la formulation de cette condition selon le domaine en question.

En effet, le droit international joue un rôle plus important dans le domaine de la coopération pénale internationale qu'en matière de compétences extraterritoriales. Dans le domaine de la coopération pénale internationale, l'importance de la condition de la double incrimination, y compris au sein des dispositions interne en la matière, est largement liées à l'influence de droit international sur des mécanismes faisant intervenir plusieurs États. En matière de compétences extraterritoriales, où les États agissent bien souvent de façon unilatérale, le droit international a une revanche une influence beaucoup moindre.

626. Par ailleurs, le développement de la criminalité et la diversité de ses formes ont amené à traiter plus attentivement la condition de la double incrimination dans les instruments normatifs dédiés à certains actes nouveaux comme la cybercriminalité, la corruption et la criminalité organisée transfrontalière. L'étude des conventions spéciales relatives à la lutte contre ces crimes, tant au niveau des Nations Unies qu'au niveau européen l'a montré. Ces conventions spéciales aboutissent à un traitement plus élaboré de la condition de la double incrimination que celui qui ressort des conventions générales instituant le cadre normatif de la coopération pénale internationale. Ce qui n'est pas sans susciter des questions quant à l'application de cette condition.

Deuxième partie.

L’application de la double incrimination

627. Envisager sous l'angle de son domaine, la condition de la double incrimination présente certaines particularités en lien avec les problématiques soulevées par la coopération pénale internationale et celle résultant des compétences extraterritoriales. Des particularités qui sont, avant tout, d'ordre formel.

628. Mais la condition de la double incrimination pose également des questions plus complexes d'ordre substantiel et qui concernent son application.

L'exigence de la double incrimination en tant que condition, est à mettre en lien avec la diversité des systèmes pénaux étatiques d'une part, et la liberté individuelle et le principe de légalité d'autre part. Cette condition apparaît simple à première vue, puisqu'elle suppose seulement que les faits soient incriminés aussi bien dans l'État requérant que dans l'État requis (ou aussi bien dans l'État de poursuite que dans l'État de commission).

629. Cependant, la simplicité de cette condition dans sa formulation ne reflète pas toutes les difficultés que cette condition peut soulever au stade de son application (**Titre I**). Des difficultés qui peuvent justifier sa remise en cause, aussi bien au sein de la coopération pénale internationale qu'au sein des compétences extraterritoriales.

Le rapprochement entre les droits pénaux étatiques, en particulier européens, et le refus de l'impunité des actes graves participant, il est vrai, à renforcer cette volonté de remettre en cause l'application de la condition de la double incrimination en droit pénal international (**Titre II**).

Titre I.

Une application problématique de la double incrimination

630. Dans la recherche juridique, le passage de la théorie à la pratique peut avoir de l'influence sur la méthodologie tant de la recherche que de la pensée, en particulier pour ce qui est de la mise en œuvre d'une règle législative afin de l'appliquer à la question en cause. À ce propos, l'adoption d'une loi ou d'une règle par le législateur est souvent suivie d'un rapport explicatif la rendant ainsi plus concrète. Ce « complément d'informations » permet alors une meilleure application de ladite règle juridique. Cependant, il est difficile d'imaginer pouvoir préciser tous les obstacles et difficultés pouvant survenir lors de sa mise en œuvre. C'est pourquoi, parfois, les méthodologies de recherche sont différentes chez les praticiens et chez les théoriciens.

631. La question de la double incrimination le confirme. En effet, il s'agit bien d'une condition législative ayant une finalité répressive via la mise en œuvre de poursuites pénales par les juridictions nationales pour des infractions commises à l'étranger (*cf.* question de compétence), ou l'exécution d'actes de coopération pénale internationale présentés par un État requérant (*cf.* question d'extradition ou d'entraide judiciaire).

632. Or si le domaine d'application de la double incrimination, tel que nous l'avons vu au sein de notre première partie, est assez claire tant au niveau de son existence que de sa rédaction car il ne dépasse pas le champ législatif, malheureusement, ce n'est pas le cas de son application par les juridictions. Il n'existe pas en effet de réponse législative déterminante et tranchant tous les aspects pratiques liés à la mise en œuvre de cette condition, ce qui rend alors son application problématique voire délicate tant au niveau juridictionnel que doctrinal.

633. La première problématique soulevée par la double incrimination se fonde sur deux constats : le premier est que la double incrimination intervient dès qu'une infraction a été commise à l'étranger par un ressortissant français (l'élément d'extranéité), le deuxième est que le législateur chargé de définir ces infractions est conscient que le comportement visé a généralement lieu sur le territoire national, et que le « *locus* » n'est pas habituellement un élément de la définition[593]. Ainsi, la double incrimination ne relève pas

[593] *Du latin locus, i, m : lieu, endroit*. Christine VAN DEN WYNGAERT, « Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé », Rapport général, *RIDP*, 1999, p. 66.

du droit pénal interne mais plutôt du droit pénal international s'inscrivant dans deux contextes : la compétence extraterritoriale et la coopération internationale en matière pénale.

634. À ce titre, l'article 113-6 alinéa 2 prévoit que « *la loi pénale française est applicable [...] aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». Cet alinéa contient une condition de double incrimination et réserve implicitement une place à la loi pénale étrangère en tant que condition essentielle pour que les juridictions nationales françaises puissent être compétentes et capables de poursuivre et juger l'auteur français ayant commis une infraction à l'étranger. Ainsi, l'application de la loi pénale interne dépendra nécessairement ici de la loi pénale étrangère. Ce qui pose la question de la place de la loi pénale étrangère devant le juge national sur laquelle il convient de s'arrêter quelque peu dans cette introduction.

635. La question de la prise en considération de la loi étrangère par le juge répressif national est ancienne, et découle de la doctrine des statuts. En effet, selon les successeurs de *Bartole* il était possible d'écarter l'application de la loi territoriale en faveur de celle du délinquant de nationalité étrangère[594].

636. Traditionnellement, les lois pénales sont territoriales, et cette affirmation peut résumer la différence entre le droit international privé et le droit pénal international[595]. À ce propos, Bartin a souligné qu'« *en droit pénal international, le juge n'applique jamais que sa propre loi et il l'applique toujours comme loi normalement applicable au rapport de droit. Le juge d'un État quelconque ne sera jamais saisi de la répression du fait incriminé que si ce fait constitue un délit au regard de l'État au nom duquel il punit, et au regard*

594 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Sirey, 1922, p. 102 et s.

595 Sur la terminologie et la différence entre le droit international privé et droit pénal international, V. Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 1979, p. 7 et s., n° 10.

…/…

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 »[596].

637. De cette affirmation du caractère territorial des lois pénales résultent plusieurs conséquences essentielles. Deux d'entre elles peuvent particulièrement retenir notre attention. Non seulement on peut en déduire que le droit pénal d'un État n'est applicable qu'aux actes commis sur le territoire de cet État, mais également que les juges d'un État ne peuvent utiliser que le droit national lorsqu'ils statuent en matière répressive[597]. Cette territorialité répond à un intérêt social qui commanderait que le châtiment soit infligé là où la société a été troublée[598] et est justifiée par les facilités supérieures de la preuve au lieu de l'infraction. Cela peut être considéré comme une sorte de bonne administration de la justice que de confier l'examen de cette infraction au juge le plus proche[599]. Cependant, cette conception de principe de territorialité implique également de refuser qu'un juge puisse appliquer sur son territoire la loi pénale d'un État étranger. Ainsi selon cette idée, la compétence judiciaire et la compétence législative sont indissolublement liées, conformément au principe de la solidarité des compétences judiciaire et législative.

638. Le principe de solidarité précité a été implicitement reconnu à l'article 689 du Code de procédure pénale prévoyant que : « *les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises […] lorsque […] la loi française est applicable […]* ». On comprend ici que l'application de la loi pénale française entraîne nécessairement la compétence des juridictions répressives françaises[600] ; cette position ayant été aussi affirmée par le Code pénal français (art. 113-6, 113-7, 113-11 et 113-12) lorsqu'une infraction est commise à l'étranger par ou contre un ressortissant français.

---

596 Etienne BARTIN, *Études de droit international privé*, Paris, 1899, p. 214.

597 Jacques LE CALVEZ, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal », *RSC*, 1980, p. 13.

598 Pierre BOUZAT, *Traité théorique et pratique de droit criminel*, Dalloz, 1951, p. 1096, n° 1542.

599 Pierre BOUZAT et Jean-Denis BREDIN, Rapport présenté au VIIIe congrès de l'Association de droit pénal sur la question « L'application de la loi étrangère par le juge national », *RIDP*, 1960, p. 499, n° 13.

600 Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, 3e édition, LexisNexis, 2014, p. 1281, n° 1917.

…/…

639. Afin de justifier la solidarité des compétences législative et judiciaire, il est couramment avancé que le but des règles pénales d'un État est de protéger son ordre public, et non celui des autres. Or, les tribunaux répressifs d'un État ne peuvent sauvegarder l'ordre public de celui-ci qu'en appliquant ses règles pénales[601]. À cet argument, il est ajouté traditionnellement que « *toute prise en considération de la loi étrangère constitue un abandon de souveraineté, toute tentative de coordination des systèmes répressifs atteint la majesté de l'État* »[602].

640. Tous ces arguments apparaissent tout à fait recevables s'ils concernent une infraction commise entièrement sur le territoire de la République. En effet, dans cette hypothèse, seul l'ordre public français a été troublé, et la loi pénale française est la seule applicable ; le juge national n'étant pas intéressé par la loi pénale étrangère dès lors qu'aucun élément d'extranéité modifiant le chef de compétence n'est présente au procès. La personne ayant commis une infraction en France ne sera d'ailleurs pas surprise d'avoir à répondre de ses actes au regard de la loi pénale française. Mais, lorsqu'une infraction a été commise à l'étranger, la solidarité des compétences législative et judiciaire, comme l'indiquait DONNEDIEU DE VABRES, s'avère « *contestable et […] cette affirmation correspond à un stade du développement juridique aujourd'hui dépassé* »[603].

641. Pourtant, si une infraction a été commise à l'étranger par ou contre un ressortissant français, la loi pénale étrangère n'est pas applicable car d'une part les conflits législatifs ne sont pas envisageables en matière pénale et d'autre part seule la loi française est applicable[604]. Alors se posent diverses questions : est-il logique et juste qu'une personne ayant commis un acte à l'étranger soit poursuivie et jugée par un État autre que celui du lieu de commission pour la seule raison qu'elle a la nationalité de l'État de poursuite et non de l'État du lieu de commission ? Faut-il dans ce cas refuser tout rôle à la loi pénale

---

601 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, Compétence des tribunaux répressifs français – Infractions commises à l'étranger, *J-Cl Pr. Pén.*, art. 689 à 693 – Fasc. 30, 2013, n° 58.

602 Jacques LE CALVEZ, op. cit., p. 339.

603 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, LGDJ, édition Panthéon Assas, 2004, p. 171.

604 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 3e édition, Puf, 2005, p. 195, n° 118 et s.

étrangère ? Est-ce que l'existence d'un tel élément d'incrimination ne pourrait pas être appréciée au regard de la loi étrangère avec laquelle il présente un lien plus étroit qu'avec la loi française ?

642. L'exigence de la double incrimination en tant que condition de mise en œuvre d'une compétence extraterritoriale ou d'un instrument de coopération pénale internationale oblige l'autorité compétente à se référer à la loi pénale étrangère afin de vérifier la présence de l'incrimination au sein du système juridique dans lequel l'infraction a été commise. Toutefois, il convient de se pencher attentivement sur ce que l'on attend par le fait de « se référer à la loi pénale étrangère ». Pour cela il est nécessaire de rappeler que la référence à la loi pénale étrangère est, comme vu précédemment, directement dictée par le législateur français dans des hypothèses où il ne s'estime compétent que de manière subsidiaire[605].

643. La référence à la loi pénale étrangère révèle par ailleurs de manière implicite la question de l'interprétation de la double incrimination — *in abstracto* ou *in concreto* —. Dans l'interprétation *in abstracto* il suffit de vérifier que le fait est incriminé par la loi française et celle de l'État où l'infraction a été commise, alors que dans l'interprétation *in concreto*, il convient d'aller plus loin en vérifiant tous les éléments constitutifs de l'infraction aussi bien les éléments subjectifs que les éléments objectifs[606].

644. La Cour de Cassation a précisé que la condition de la double incrimination n'imposait pas au juge français d'appliquer la loi pénale étrangère. Pour la Cour de cassation, il s'agit en effet d'une simple « prise en considération » de cette loi[607], autrement dit une simple consultation de la loi pénale étrangère[608]. Cette référence obligatoire à la loi pénale étrangère est toutefois une question d'ordre public que le juge doit soulever lui-même, à défaut de quoi il violerait la loi française[609].

---

605 Jacques LE CALVEZ, op. cit., p. 359.

606 V. Titre premier de première partie.

607 Cass. Crim., 12 novembre 1997 : *Bull. crim.* 1997, n° 383.

608 André HUET et Renée KOERING-JULIN, *J-Cl. Pr. Pén.*, op. cit., n° 23.

609 Cass. Crim., 24 septembre 1996, n° 95-80.301 : JurisData n° 1996-004159 ; Cass. Crim., 12 novembre 1997, précité ; Cass. Crim., 26 mai 2010, n° 09-86.499 : JurisData n° 2010-009375.

645. Pourtant nous pouvons considérer que les expressions « simple consultation » et « prise en considération » ne sont pas suffisantes et ne donnent pas une vision claire de la nature de cette consultation ni de ses limites, rendant dès lors nécessaire une analyse profonde et détaillée de tous les aspects de la construction juridique et judiciaire de l'infraction elle-même.

Dans cette analyse, de prime abord, il convient de faire une distinction entre la double incrimination en tant que condition de l'extradition et la double incrimination en tant que condition d'une compétence extraterritoriale. En matière d'extradition, la double incrimination est liée à la place et au traitement de la criminalité au sein des lois pénales de l'État requis (*lex fori*) ; le tribunal de l'État requis devant examiner si le fait en cause est puni selon son propre droit interne. En revanche, en matière de compétence extraterritoriale, la double incrimination est en lien étroit avec la punition du fait selon la loi du lieu de commission (*lex loci délicti*). Dès lors, le juge national doit, afin d'être reconnu compétent, vérifier si le fait est bel et bien puni selon la loi dudit pays.

646. Cette distinction en fonction du domaine d'application apparaît essentielle. En effet, dans le premier domaine, la double incrimination est en quelque sorte hypothétique puisque le juge de l'État requis n'est pas saisi pour juger l'individu mais davantage pour accomplir un acte de coopération pénale internationale, alors que dans le second cas, le juge est saisi afin de poursuivre et juger l'individu et l'examen de la double incrimination ne conduit pas à vérifier si le fait est puni selon la loi interne mais selon la loi de l'État de commission (*lex loci delicti*)[610].

De ce fait, le juge national saisi pour juger un individu se réfère à une interprétation *in concreto*. Toutefois, toutes les juridictions du monde entier ne raisonnent pas de même car l'adoption d'une méthode d'interprétation renvoie à la politique criminelle de l'État. De même, le terme « simple consultation » dépend logiquement de la méthode d'interprétation.

---

610 Christine VAN DEN WYNGAERT, « Double criminality as a requirement to jurisdiction », 1989, disponible sur : https://tidsskrift.dk/index.php/NTfK/article/view/75990

647. L'examen judiciaire de la culpabilité n'est pas une mission simple et ne se limite pas au fait commis. Il comprend un ensemble d'éléments et de circonstances objectives et subjectives constituant l'acte criminel commis. Ainsi, même si la distinction sectorielle entre l'interprétation *in abstracto* et *in concreto* – entre l'extradition et la compétence extraterritoriale –peut éclaircir le concept de la « simple consultation », elle ne met pas fin pour autant à l'ambiguïté de cette expression.

648. De plus, il apparaît également nécessaire d'aborder ici une opinion doctrinale majoritaire partant du principe que la double incrimination doit être entendue au sens large, peu important que la qualification criminelle du fait par la loi pénale étrangère soit différente, ou que la peine encourue soit plus ou moins sévère, comme l'a souligné C. LOMBOIS : « *point n'est besoin, dans les deux lois, d'une identité de termes et, pas même, d'une identité de structure de l'infraction* »[611]. Cependant, cette convergence doctrinale ne nous semble pas satisfaisant. En effet, la construction criminelle de l'acte reproché exige un examen attentif de tous les aspects relatifs à l'incrimination (fait principal, condition préalable, complicité, prescription … etc.) et tant que cela reste vrai, la double incrimination aura absolument un rôle dans chacun de ses aspects.

649. La question de la double incrimination est ainsi étroitement liée à l'application du droit étranger par le juge national. Une application qui soulève plusieurs difficultés non seulement sur le plan substantiel (**Chapitre I**), mais aussi sur le plan procédural (**Chapitre II**).

---

611 Claude LOMBOIS, op. cit., p. 485, n° 378 et suivants. V aussi. Jacques LE CALVEZ, op. cit., p. 357. Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7 e édition, Cujas, 1997, p. 417.

Chapitre I.

La détermination de l'existence d'une double incrimination, aspects substantiels

650. Le système pénal dans son ensemble — droit pénal de fond et de forme — est par essence une réponse sociale au phénomène criminel. Les trois piliers du droit pénal (le droit pénal général, le droit pénal spécial et la procédure pénale) sont liés. En effet, le droit pénal spécial ne saurait se comprendre sans référence au droit pénal général dont il met en œuvre les notions et principes, de même que l'étude du droit pénal de fond n'est pas hermétique aux considérations de procédure pénale[612].

Ainsi, instituer un régime répressif juste et raisonnable exige d'équilibrer ces trois aspects du droit pénal en mettant en œuvre tous ses principes fondamentaux y compris le plus important : le principe de légalité criminelle. Dès lors, la lutte contre la criminalité en tant qu'objet ne doit pas être supérieure à la Justice, droit essentiel de l'individu. Cela exige donc que la mise en œuvre de l'action publique soit composée d'un examen attentif par les autorités judiciaires de la construction criminelle du fait reproché.

651. Or, la question de la double incrimination se trouve au cœur de cette problématique, et mérite une discussion approfondie notamment sur le lien entre la double incrimination et la construction criminelle de l'incrimination réciproque. Ce besoin d'analyse est né de l'absence de prise en considération par le législateur de l'élément d'extranéité lorsqu'il incrimine un tel acte considérant que cet élément n'est ni un élément de la définition de l'infraction, ni de son émergence sur le territoire national.

652. Comme en droit pénal interne, la détermination du caractère criminel du fait reproché comprend plusieurs aspects, parmi lesquels certains renvoient au fait lui-même sans prise en compte d'autres considérations tandis que d'autres renvoient à la qualité spéciale de l'auteur comme par exemple celle de fonctionnaire en matière de corruption. C'est cette

612 Agathe LEPAGE et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, Puf, Thémis, 2015, p. 1.

distinction qui a enrichi le débat doctrinal sur l'existence de l'incrimination et son examen judiciaire, faisant ainsi de la satisfaction de la double incrimination un enjeu plus délicat et complexe. Il apparaît dès lors nécessaire d'analyser l'application de la double incrimination et pour cela d'aborder non seulement la double incrimination et les éléments extrinsèques à la détermination de l'incrimination réciproque (**Section I**), mais également les composants proprement pénaux de l'incrimination réciproque (**Section II**).

Section I.

La prise en compte d'éléments extrinsèques aux incriminations

653. L'intervention d'un élément d'extranéité en matière de double incrimination, et en particulier l'intervention de la loi étrangère devant le juge pénal national, rend spécial le procédé de recherche, d'enquête, et de rendu de la justice de manière générale. En effet, interviennent dans ce cas implicitement la politique criminelle de l'État étranger ainsi que sa prise en compte lorsqu'on met en œuvre l'action publique en droit interne.

654. Afin de déterminer si la condition de la double incrimination est remplie, il convient de déterminer si les faits sont incriminés dans les droits au moins deux États. Mais une telle détermination suppose, au préalable, de connaitre les modalités d'incrimination d'un fait par l'État étranger (§ 1) ainsi que le rôle joué par les conditions préalables dans la détermination du caractère infractionnel du fait reproché (§ 2)

§ 1. La prise en compte des modalités d'incrimination

655. La référence faite à la consultation de la loi pénale étrangère par la Cour de cassation, voire à sa simple « prise en considération », amène à se demander si ladite Cour limite cette référence à la loi pénale de l'État où l'infraction a été commise, ou si cette référence peut englober, le cas échéant, d'autres lois non répressives si tant est qu'elles contiennent des dispositions dédiées aux infractions concernées. Il faut également se demander si la consultation de la loi étrangère conduit à se limiter aux lois prévoyant des faits uniquement punis par des sanctions « pénales », ou bien si elle permet de prendre en

compte des lois prévoyant d'autres formes de sanctions telles que les sanctions administratives. Et on peut aussi se demander si de la réponse à cette dernière question diffère selon le domaine d'application de la double incrimination tant au niveau de la coopération pénale internationale qu'au niveau des compétences extraterritoriales.

656. Toutes ces questions en lien avec les modalités d'incrimination utilisée par un État reviennent, en définitive, à s'interroger sur la prise en compte ou non de l'emplacement de l'incrimination d'une part, et de la nature de la sanction encourue, d'autre part.

657. Concernant l'emplacement de l'incrimination, on sait que les règles répressives incriminant certains faits et en interdisant d'autres via des sanctions juridiques, ne figurent pas uniquement dans le Code pénal, mais peuvent se trouver dans n'importe quelle loi posant des règles impératives assorties des sanctions correspondantes. Ainsi, les infractions commises à l'étranger faisant l'objet d'une poursuite devant les juridictions répressives nationales peuvent être contenues hors du Code pénal de l'État où l'infraction a été commise. Il en résulte que l'expression « consultation de la loi pénale étrangère » ou simple « prise en considération » de cette loi ne doit pas être entendue au sens littéral, l'incrimination recherchée pouvant se trouver dans le Code de commerce, le Code du travail … etc. Cette interprétation semble d'ailleurs logique puisque même en droit interne la mise en œuvre de poursuites pénales peut avoir lieu en vertu d'une loi autre que la loi pénale.

658. Pour ce qui est de la nature de la sanction, la question apparait plus complexe. En effet, qu'est-ce que l'on entend par « *fait puni* » au sens de l'article 113-6 du Code pénal ? Limite-t-on le mot « *puni* » aux seules sanctions prévues par le Code pénal ? Ou bien aux seules peines privatives de libertés ? Ou encore faut-il le prendre au sens large en allant jusqu'à englober les sanctions administratives ?

Nous n'avons pas trouvé de réponse jurisprudentielle à proprement parler et suffisamment explicite à cette question. Deux points essentiels peuvent toutefois permettre d'y répondre : le premier ayant trait au rapport entre les sanctions administratives et les sanctions pénales en droit interne et le deuxième concernant le droit international et l'influence que joue la sanction administrative prononcée et exécutée à l'étranger sur les éventualités de poursuites en France.

659. En premier lieu il convient de rappeler qu'en droit interne les sanctions administratives se caractérisent par leur nouveauté par rapport aux sanctions pénales.

La réticence du droit français à appliquer des sanctions administratives découle du principe de séparation des pouvoirs issu d'une lecture littérale de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen énoncé comme suit : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

660. Du fait du développement du phénomène de régulation, les juridictions françaises ont cependant été conduites à admettre la possibilité de cumuler les pouvoirs (le pouvoir réglementaire et le pouvoir répressif) sous l'égide d'une même autorité administrative. Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel a affirmé que : « *Le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garanties* »[613]. Depuis lors, il est largement admis que le pouvoir de sanction est un procédé administratif parmi d'autres, au service de l'exécution des actes administratifs et, plus généralement, des règles de droit[614].

661. Le Conseil constitutionnel, cependant, n'a pas donné de définition précise des sanctions administratives à la différence du Conseil d'État qui décrit la sanction administrative comme « *une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogative de puissance publique et qui inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements* ».[615] Selon cette définition, il ressort qu'une sanction administrative suppose la réunion de deux critères :

---

613 Conseil constitutionnel 17 janvier 1989, déc. n° 88-248 DC, et du 28 juillet 1989, déc. n° 89-260 DC.

614 Henry-Michel CRUCIS, Sanctions administratives, *J-Cl. Admin*., Fasc. 108-40, 2012.

615 Conseil d'État, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, (Étude du conseil d'État) *Doc. Fr*., 1995, P 35.

Il doit s'agir d'une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique.

Cette décision doit avoir pour objet de réprimer une infraction, et non de prévenir de la commission de nouvelles infractions ; il s'agit donc d'une question strictement répressive.

662. En outre, on notera que le recours aux sanctions administratives tend à se développer car ces sanctions apparaissent plus efficaces que celle prononcées par la voie pénale, laquelle est soumise à une procédure beaucoup plus longue et contraignante. Ces sanctions administratives s'avèrent, qui plus est, équivalentes à la répression pénale[616]. On remarquera, par ailleurs, que les sanctions administratives se sont développées dans des secteurs que les pouvoirs publics ont estimé préférable de soustraire (au moins partiellement) au juge pénal. Il en va ainsi soit parce que la masse des infractions potentielles rend illusoire le recours à la justice pénale, soit parce qu'il s'agit de domaines sensibles touchant aux droits ou aux libertés fondamentales et que des autorités administratives indépendantes paraissaient mieux à même de surveiller, soit encore parce que certaines activités économiques appellent *de facto* une surveillance spécifique et des sanctions appropriées, soit parce qu'il s'agit de domaines nouveaux mais étroitement liés au « mieux-vivre » quotidien des administrés[617]. Autant de raisons et justifications qui s'inscrivent dans une bonne administration de la justice[618].

663. Afin de savoir si on peut assimiler les « peines » administratives aux « peines » pénales concernant la question de la double incrimination, il convient d'apprécier les principes et garanties gouvernant les sanctions administratives en droit interne ainsi que la place des sanctions administratives en Europe.

---

616 Courrier juridique des affaires sociales et des sports, Dossier : Les sanctions administratives, n° 88 septembre et octobre 2011, disponible sur : http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CJ_no_88_internet.pdf

617 Franck MODERNE, *Sanction administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines* , Economica, 1993, p. 33.

618 Depuis le législateur a très fréquemment prévu l'institution de sanctions administratives, six secteurs sont particulièrement concernés par ce qu'il est convenu d'appeler « le droit administratif répressif » : les impôts et cotisations sociales ; la santé publique ; le travail et la formation professionnelle ; la culture ; l'infraction et la communication ; le secteur financier et des marchés ; les transports et la circulation.

664. En raison de l'importance des sanctions administratives et de leur portée, le prononcé de ces sanctions est strictement encadré. Malgré la particularité des sanctions administratives et de leurs caractères spécifiques, leur régime tend de plus en plus à s'aligner sur celui des sanctions pénales tant au niveau du fond que de la forme.

De plus, les sanctions administratives, en raison de leur lien étroit avec les libertés fondamentales, possèdent les mêmes garanties que celles confiées aux sanctions pénales.

665. Il existe néanmoins une condition préalable tenant à l'autorité qui confère ce pouvoir de sanction. Seul le législateur peut conférer à une autorité administrative le pouvoir de prendre des sanctions en cas de manquement à la législation édictée. En effet, le principe de légalité des délits et des peines — « *nulla poena sine lege* » — oblige l'autorité administrative à ne pas appliquer de sanctions qui ne figurent pas dans la loi. Il en résulte que :

L'infraction faisant l'objet d'une sanction administrative doit être définie de façon précise et complète. En ce sens, le Conseil constitutionnel prévoit que : « *appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfait, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements* »[619]. Le Conseil d'État affirme de son côté que « *le principe de légalité des délits et des peines […] implique […] que les sanctions soient prévues et énumérées par un texte ; que toutefois ce texte n'a pas dans tous les cas à être une loi* »[620], il a affirmé ainsi que : « *le principe de légalité des délits et des peines s'applique aux sanctions administratives et implique que les éléments constitutifs des infractions soient définis de façon précise et complète* »[621]. Cependant, le Conseil d'État a montré quelque souplesse en acceptant que l'infraction puisse être prévue par un texte autre qu'une loi, tout en conservant le principe de légalité des délits et des peines.

---

619 Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, précité.

620 Conseil d'État 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur c/ Benkerrou*, n° 255136, *Rec.*, p. 297.

621 Conseil d'État 9 octobre 1996, *Sté Prigest*, *Rec.*, p. 690, 738.

…/…

666. Par ailleurs, que ce soit au niveau de l'infraction ou de la peine, le Conseil d'État ajoute que lorsqu'une sanction administrative est prononcée et appliquée par une autorité administrative, celle-ci ne peut faire application d'une sanction autre que celles expressément prévues[622], et à la date où les faits reprochés ont été commis[623].

667. Le principe de la proportionnalité des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen est également applicable aux sanctions administratives ; le juge administratif vérifie ainsi que la sanction demeure proportionnée à la faute[624].

668. Les sanctions administratives sont également soumises au principe de non-rétroactivité ainsi qu'à celui de l'application immédiate de la loi plus douce. Ces deux principes trouvent leur origine au sein de ce même article 8 et concernent non seulement les peines appliquées par les juridictions répressives mais également, comme l'a indiqué le Conseil constitutionnel, « *toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* »[625].

669. Les sanctions administratives n'appliquent pas le principe *non bis in idem***.** En effet, la prononciation d'une sanction administrative n'interdit pas la prononciation d'une sanction pénale simultanée ou ultérieure, et ce en vertu de l'indépendance des sanctions pénales et administratives.

670. En matière de sanctions administratives, l'individu ne peut enfin être condamné pour une infraction commise par une autre personne, conformément au principe de personnalité des peines.

671. Quant à la forme, les garanties entourant le prononcé des sanctions pénales s'appliquent également aux sanctions administratives. Citons par exemple :

Le droit à un recours juridictionnel contre la sanction qui constitue une garantie accompagnant également les sanctions administratives. Le Conseil constitutionnel a ainsi

---

622 Conseil d'État 24 novembre 1982, n° 32944.

623 Conseil d'État 17 novembre 2006, Sté CNP Assurances, n° 276926.

624 Conseil d'État Assemblée 1er mars 1991, Le Cun, *Rec.*, p. 70.

625 Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, n° 82-155.

…/…

affirmé que « *toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet […] d'un recours* »[626].

672. L'application des sanctions administratives exige bien évidemment le respect des droits de la défense, ces derniers constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant ainsi valeur constitutionnelle[627]. L'un d'entre eux est reconnu pour l'application des sanctions administratives : le principe du contradictoire, exigeant la mise en œuvre d'une procédure contradictoire avant de pouvoir prononcer une sanction.

673. Par ailleurs, à l'échelle européenne[628], la philosophie du procès pénal a pris un nouveau chemin à partir des années 80. En effet, le Conseil de l'Europe a créé la Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ), dont l'une des priorités d'action est d'éviter les retards injustifiés dans les procédures judiciaires, augmentant ainsi l'effectivité des décisions[629].

Le Conseil de l'Europe avait déjà soutenu la diversification des modes d'administration de la justice pénale et par là même la possibilité de recourir à des procédures simplifiées[630]. En ce sens, la Cour européenne des Droits de l'Homme admet aussi le recours à des modes simplifiés d'exercice de l'action publique et de jugement, essentiellement pour ce qui est des sanctions administratives de nature pénale. En effet, elle estime que les États sont obligés d'organiser leurs juridictions de manière effective, ce qui consiste notamment à prononcer des sanctions dans un délai raisonnable, et si

---

626 Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, précité.

627 Conseil constitutionnel, Décision du 1976, n° 76-70 C. Voir aussi, Conseil d'État, 5 mai 1944, *Veuve Trompier-Gravier.*

628 Nous avons préféré trancher la question des sanctions administratives au niveau européen au lieu du niveau international compte tenu de la richesse des institutions européennes gouvernants des aspects juridiques communs comme La Cour européenne des droits de l'Homme, le Conseil d'Europe et le parlement européen.

629 Jean-Paul JEAN, *Le système pénal*, La Découverte, 2008, p. 60.

630 Conseil de l'Europe, recommandation n° R (87) 18, du comité des ministres aux États membres concernant la simplification de la justice pénale, disponible sur : https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e3ccf

…/…

besoin par des organes non judiciaires du moment qu'ils présentent des garanties suffisantes[631].

674. Ainsi, le recours aux sanctions administratives est l'un des moyens au service de la politique criminelle d'un État et participant à la bonne administration de la Justice. Il n'y a donc aucune raison de refuser l'assimilation des sanctions administratives aux sanctions pénales pour ce qui est de la question de la double incrimination. Dès lors on peut considérer que les termes « fait puni » au sein de l'article 113-6 de CP doivent être entendus comme comprenant également les infractions punies de sanctions administratives de nature pénale.

675. D'ailleurs, la Convention d'application de l'Accord de Schengen (ci-après CAAS.) a explicitement réglé la problématique de la double incrimination et des infractions assorties de sanctions administratives dans son article 49 en affirmant que « *L'entraide judiciaire est également accordée : a) dans des procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national d'une des deux parties contractantes ou des deux parties au titre d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale* ». C'est ainsi que ladite Convention, a surmonté l'obstacle de l'interprétation stricte du « fait puni » par l'État requis en assimilant les sanctions administratives aux sanctions pénales.

676. Quant au terme « infraction », il doit être compris au sens large compte tenu de l'existence dans certaines législations, d'infractions administratives punissables d'une simple amende. De plus, il a été admis que si le même fait est considéré comme une infraction pénale dans un État mais administrative dans un autre, la condition de double incrimination doit être considérée comme remplie. Par exemple, la violation d'un règlement d'ordre constitue une infraction. Plus précisément, en cas de condamnation

631 La Cour européenne des droits de l'Homme, *Affaire Hornsby* 1997, n° 18357/91, cité par Jean-Paul JEAN, op. cit., p. 61.

…/…

pour manquement à un règlement d'ordre par une autorité administrative, un recours devant le juge est systématiquement prévu[632].

677. Du fait de l'application de la plupart des garanties des sanctions pénales aux sanctions administratives et de la possibilité de recours, il est ainsi difficilement concevable d'exclure les sanctions administratives du champ de la double incrimination.

Néanmoins, il ne faut pas oublier que cette assimilation ne concerne que la mise en œuvre de la double incrimination en matière de poursuite interne pour une infraction commise à l'étranger (*cf.* compétence personnelle active). Elle ne s'applique donc pas en matière d'extradition, lorsque celle-ci exige un seuil minimum de peine privative de liberté, les sanctions administratives ne pouvant être privatives de liberté.

678. En somme, reconnaître que le champ de la double incrimination puisse s'élargir en s'appliquant aussi bien aux infractions assorties de sanctions pénales que de sanctions administratives, aboutit aussi à s'interroger sur la possibilité de l'élargir également à la structuration de l'incrimination elle-même. C'est pourquoi il convient d'étudier aussi la condition préalable d'une infraction commise à l'étranger au regard de la problématique de la double incrimination.

§ 2. La prise en compte des conditions préalables

679. Lorsqu'un État met en œuvre sa compétence répressive, cela signifie qu'il se déclare compétent, en raison l'existence de certains liens de rattachement entre le fait commis à l'étranger et le système chargé du procès.

Dès cette mise en œuvre, il appartient au juge d'examiner les éléments constitutifs de l'infraction. Toutefois, l'existence des éléments constitutifs ne suffit pas toujours, car si l'infraction est déterminée par un acte matériel précisé par la loi répressive, cette dernière

632 Jean PRADEL, Geert CORTENS et Gert VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3e édition, Dalloz, 2009, p. 58, n° 46.

…/…

fait parfois référence à des éléments étrangers à cet acte et indépendants : les « conditions préalables »[633].

680. Il s'agit d'une notion relativement récente[634], née de l'observation de certaines incriminations telles que l'abus de confiance, l'émission de chèques sans provision et la bigamie[635]. La condition préalable se caractérise par sa neutralité. Comme l'a souligné M. LOMBOIS « *on appelle conditions préalables celles qui ont créé une situation, neutre en elle-même, mais nécessaire à la réalisation du délit* »[636]. Il ajoute que la condition préalable « *ne contribue, en aucune manière, à l'accomplir et pas même à commencer son accomplissement* »[637]. Selon certains auteurs, elle est une condition de l'existence juridique de l'infraction et peut, cumulativement, être une condition de l'existence matérielle de l'infraction. Autrement dit elle peut être une condition de la réalisation matérielle des éléments constitutifs de l'infraction[638], amenant certains auteurs à la considérer comme « *une situation juridique de droit ou de fait constitutive de l'incrimination et distincte de l'infraction, et qui représente le bien juridique pénalement protégé* »[639].

681. En droit pénal international autant qu'en droit pénal interne, le juge étend sa compétence au-delà des frontières pénales, recouvrant ainsi l'ensemble du droit privé, aussitôt que le droit pénal vient renforcer de sa protection une situation juridique totalement neutre de point de vue pénal. Ces éléments « extra pénaux » divers (civils, commerciaux, et

---

633 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 216, p. 161.

634 Robert VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, T I, 1er édition, Dalloz, 1953, n° 2, p. 3.

635 David CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2003, n° 273, p. 146.

636 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 255, p. 310.

637 Ibid.

638 M.P. LUCAS DE LEYSSAC, *Décision judicaire et répression pénale*, thèse dactyl., Paris, 1975. V. au contrario David CHILSTEIN, op. cit., p. 148 et s.

639 B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'*infrac*tion*, PUAM, 2010, n° 20, p. 14.

…/…

administratifs) constituent le domaine des conditions préalables, à défaut desquelles l'infraction n'est pas constituée[640].

682. L'élément d'extranéité concernant l'infraction commise à l'étranger peut non seulement affecter la construction de l'infraction mais également ses composantes « extra-pénales ». C'est pourquoi le juge pénal doit non seulement appliquer le droit pénal, mais également déterminer la loi selon laquelle la condition préalable doit être appréhendée. Il doit ainsi préciser à quelle loi privée (française ou étrangère) l'on se réfère afin de régler la question de la condition préalable. Ce qui conduit à se demander si, pour les conditions préalables, il faut se référer à la loi étrangère en faisant prévaloir le lieu de commission (*lex loci delicti*), ou bien consulter directement la loi pénale interne en faisant prévaloir la loi applicable par les juridictions nationales (*lex fori*) et appliquer alors le principe de la solidarité des compétences judiciaires et législatives ?

683. La notion de « prise en considération de la loi étrangère » ou de « simple consultation » de cette loi parait alors insuffisante eu égard à l'ampleur du débat doctrinal sur l'application de la loi étrangère par le juge répressif national.

684. En principe, le nationalisme répressif ne peut permettre un développement harmonieux de la lutte contre la délinquance, et le fait que le droit pénal ait pour objet d'assurer la protection des valeurs et intérêts désignés par le législateur n'empêche pas la dissociation de la compétence législative, en faisant application de la loi qui présente le plus grand nombre de points de rattachement avec le rapport juridique, de la compétence judiciaire[641].

685. Partant du fait que la condition préalable se caractérise par sa neutralité, étant une « composante originale distincte de l'infraction proprement dite »[642], il apparaît donc nécessaire de clarifier cette notion de neutralité et de distinguer la condition préalable en tant qu'élément « extra-pénal » appartenant à une loi non répressive (A), de l'infraction

---

640 Alain FOURNIER, « La règle étrangère de conflit de lois civiles en droit pénal international », *in Apprendre à douter Question de droit, Question sur le droit*, Études offertes à Claude LOMBOIS, PULIM, 2004, p. 665 et s.

641 Jacques LE CALVEZ, op. cit., p. 340.

642 LUCAS DE LEYSSAC, op. cit., p. 148.

préalable qui constitue l'un des éléments d'une infraction dite complexe, autrement dite la condition préalable appartenant à une loi répressive (B).

A. La condition préalable appartenant à une loi non répressive

686. Il convient de rappeler que le domaine d'application de la loi répressive étrangère par le juge français est nécessairement beaucoup plus étroit que celui de la loi civile étrangère. Toutefois, pour ce qui est des infractions commises à l'étranger, il n'est ni logique ni bon que le juge répressif français ignore toute application de la loi étrangère concernant les éléments faisant partie de la construction criminelle de l'infraction, même s'ils ne sont pas suffisants pour caractériser une infraction pénale.

687. La condition préalable s'avère en effet dénuée de toute dimension pénale dans la mesure où elle préexiste au comportement incriminé[643]. C'est le cas, par exemple, pour la bigamie, l'abandon de famille, l'émission de chèques sans provision et les faux. Pour ces infractions, le juge répressif se trouve obligé d'appliquer des normes « extra-pénales » (civiles, commerciales ou administratives), y compris pour les infractions ayant une dimension internationale.

688. Cependant, ces dispositions extra-pénales qui doivent être prises en compte ne semblent pas envisager par la jurisprudence lorsqu'elle vise l'« *application de la loi étrangère* » ou sa « *simple prise en compte* ». En effet, est alors visée uniquement la consultation de la loi pénale étrangère. Le Professeur Hans Schultz « *n'entend par l'application de la loi pénale étrangère que l'emprunt au droit étranger, soit de la qualification du délit, soit de la peine, soit d'une autre conséquence juridique d'un fait punissable, soit d'une disposition de la partie générale du Code pénal* »[644]. La simple consultation de la loi pénale étrangère ne serait ainsi qu'une simple vérification de la réponse apportée par les lois répressives de l'État étranger à l'acte commis sur son territoire.

---

643 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 1935, p. 1290.

644 Cité dans le rapport général définitif présenté par J.-M. VAN BEMMELEN, VIIIe congrès de l'Association international de droit pénal, Lisbonne, *RIDP*., 1960, n° 3 et 4, p. 641.

…/…

À titre d'exemple, la bigamie qui est incriminée dans le Code pénal français[645], ne pourrait se contenter de l'existence d'un premier mariage qui n'est pas encore dissous, ce premier mariage constituant la condition préalable de la bigamie. Le vol impose quant à lui au juge d'assurer que la chose volée appartenait à autrui ; ce qui implique de se pencher sur la conception de la propriété, préalable indispensable à tout examen judiciaire de l'incrimination de vol. Pour cela, quelle loi faut-il alors appliquer ? Et faut-il se libérer du principe d'autonomie du droit pénal en appliquant la loi privée étrangère en vertu de la règle française de conflits de lois ?

689. DONNEDIEU DE VABRES pensait que la grande majorité des lois pénales devaient être territoriales car leur but est d'assurer la protection de l'ordre public interne mais aussi qu'il convenait d'ouvrir largement la voie à l'application des lois pénales étrangères. Il considérait que la confusion, quasi instinctive, de la *lex fori* et de la *lex delicti*, sous couvert du principe de territorialité, devait être dissipée[646]. En outre, il affirmait que les conséquences civiles ou pénales de l'infraction devaient être régies par la loi territoriale, même si cela implique pour le juge saisi d'appliquer une loi étrangère[647]. Ce point de vue ne peut se défendre que si la plupart des lois pénales sont à but répressif, ce qui n'est en général ni le seul, ni même le but prédominant des lois pénales. Ainsi toutes les dispositions du droit pénal contemporain individualisant le régime pénal, sont des lois de garantie individuelle, avant même d'être des lois de protection sociale. Dans cet objectif, les lois répressives se « civilisent » et ne se satisfont plus d'une opposition trop sommaire entre lois civiles et lois pénales[648]. Le droit contemporain enchevêtre ces rapports ; parfois les secondes portent secours aux premières pour assurer le respect des obligations civiles comme le montre le délit d'abandon de famille[649].

---

645 L'article 433-20 du Code pénal prévoit que : « le fait pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et 45000 euros d'amende ».

646 H. Donnedieu DE VABRES, *les principes modernes*…, p. 184 et s.

647 Ibid. P. 188.

648 Rapport Pierre BOUZAT et Jean-Denis BREDIN, op. cit., p. 501.

649 Ibid.

…/…

À ce propos, DONNEDIEU DE VABRES distinguait deux catégories de lois incriminantes en fonction de leur but social, à savoir les lois de protection sociale dont l'application territoriale s'imposait de manière absolue et pour lesquelles le juge pénal n'avait pas à prendre en compte la loi étrangère et les lois de garanties individuelles pour lesquelles le juge devait appliquer la loi civile étrangère (loi nationale de l'auteur de l'infraction, voire de la victime)[650].

690. Toutefois, cette distinction entre les lois de protection sociale et les lois de garanties individuelles a été vivement critiquée par la doctrine en raison d'une part de sa complexité ne reflétant pas la réalité du droit pénal, et d'autre part de son inutilité à déterminer si le juge répressif peut ou non consulter ou appliquer la loi civile étrangère[651].

À notre avis, le fait de distinguer certaines normes pénales en leur reconnaissant un caractère de « garantie individuelle » intéresse la condition préalable elle-même. En effet, admettre que la condition préalable soit une situation juridique de droit ou de fait révèle deux points. En premier lieu, la volonté individuelle ou collective d'instituer une condition préalable fait dépendre celle-ci de la loi où cette situation juridique a été créée. Par exemple, le contrat dans l'abus de confiance est gouverné par la loi du lieu de signature, révélant la volonté des signataires de faire gouverner le contrat et ses effets par cette loi. En second lieu, l'intervention du comportement incriminé n'est que postérieure à l'existence de cette situation juridique et ne peut donc être l'une de ses conséquences, niant alors leur corrélation et conduisant à affirmer que l'application de la loi régissant la condition préalable est une sorte de garantie individuelle qui respecte la volonté qui a créé cette condition préalable.

691. L'existence d'une condition préalable au sein d'une loi non répressive exige l'intervention des règles de conflit de lois prévues par le droit international privé français. Elle doit conduire le juge répressif français à franchir les étapes successives suivantes : au départ, une mise en œuvre de la règle de conflit de lois civiles du for (*cf.* droit

650 H. DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., p. 173.

651 Jacques LE CALVEZ, op. cit., p. 342.

…/…

international privé français) afin de déterminer du point de vue français la loi civile (étrangère ou française) compétente pour solutionner la dimension « extra-pénale ». De cette loi civile peut ensuite être déduite une qualification au regard de la loi pénale française[652].

Par exemple, le Code pénal français punit la corruption passive d'un agent public international ou étranger aux articles 435-1 et suivants[653] ce qui oblige le juge répressif français à examiner le statut de l'institution publique étrangère ou internationale à laquelle l'agent public ou international appartient, et ce afin de s'assurer que cet agent possède véritablement la qualité prévue par ledit article[654]. Ainsi, ce n'est pas en application du droit administratif français qu'il se demande s'il s'agit d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public[655].

692. En revanche, le faux et usage de faux, qui se définit comme « *l'altération frauduleuse de la vérité dans certains actes ayant un effet juridique* »[656], semble fonctionner différemment. En effet, l'article 441-2 vise « *le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation* ». Il est à noter que cet article ne prévoit aucune référence ou solution pour le faux dans un document administratif rédigé à l'étranger ou concernant une autorité ou une administration étrangère lorsque l'auteur est Français. La problématique de la double incrimination dans l'infraction de faux s'attache à la question

652 Alain FOURNIER, op. cit., p. 669.

653 L'article 435-1 prévoit que « *est puni (...), le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un État étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* ».

654 Marc SEGONDS, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *D.*, 2008, n° 12 et s. p. 1070.

655 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 217, p. 162.

656 Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 6e édition, CUJAS, 2014, n° 1213, p. 744.

…/…

de la nature juridique du document administratif étranger. En procédant à une interprétation in *concreto* l'on se réfère à la notion-même de document administratif français, et non à celle d'autorité publique nationale tout en les comparant avec les normes étrangères de l'État où l'infraction a été commise.

693. L'article 441-2 tout comme l'article 153 de l'ancien Code pénal, n'opérant aucune restriction quant à la nature de l'administration publique délivrant le document, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi étendu fort largement cet élément légal, et autorisé la prise en compte par le juge non seulement de l'administration publique nationale mais également de l'administration publique étrangère[657]. En conséquence, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a reproché à des magistrats correctionnels d'avoir estimé que la falsification d'une carte d'identité délivrée par un consulat étranger était un faux en écriture privée du fait qu'un consulat étranger ne pouvait pas être considéré comme une autorité officielle aux yeux de la loi française, et que dès lors les documents délivrés par lui ne sauraient être assimilés à ceux émanant de fonctionnaires publics français. La Cour de cassation a considéré que le but de la loi pénale ici n'était pas de faire prévaloir l'autorité de l'État français, mais la confiance que les citoyens doivent pouvoir avoir dans le sérieux et la vérité des actes officiels écrits, en particulier d'officiels étrangers[658]. Cette prise de position de la Cour de cassation a été critiquée par une partie de la doctrine en raison du caractère spécial des articles 441-2 et 441-1 du Code pénal qui ensemble tendent à faire valoir une interprétation restrictive des termes légaux[659].

Quant à nous, nous pensons qu'en vertu du principe de légalité criminelle, si le législateur avait voulu assimiler les documents administratifs étrangers à ceux émis par les administrations nationales il aurait suivi la méthode de formulation que l'on trouve à l'article 442-1 sur la fausse monnaie incriminant : « *La contrefaçon ou la falsification des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France ou émis par les*

---

657 Marc SEGONDS, Faux, *J-Cl. Pén.*, art. 441-1 à 441-12, Fasc. 20, 2015, n° 70.

658 Crim., 9 octobre 1978, *Gaz. Pal.*, 1979. II, somme. 354, cité par André VITU, « Crimes et délits contre la chose publique », *RSC*, 1979, p. 829. V. Cass. crim., 17 janv. 1984 : *Bull. crim.* 1984, n° 21. – Cass. crim., 22 mai 1997 : *Bull. crim.* 1997, n° 201

659 Marc SEGONDS, op. cit., n° 70.

institutions étrangères ou internationales[…] », ou bien la solution adoptée en matière de corruption passive d'agent public étranger ou international (cf. article 435-1 et suivants).

694. On notera d'ailleurs que d'autres droits ont une position différente. En droit koweitien, un tribunal a ainsi nié toute assimilation entre les documents administratifs étrangers et nationaux en affirmant que « *la confiance confiée aux documents administratifs étrangers par leur autorité nationale ne porte pas la même valeur sur le territoire national sauf intervention de notre autorité nationale par nos agents publics* »[660]. De la sorte, si un Français a falsifié une carte d'identité officielle égyptienne[661] sur le territoire koweïtien puis est retourné dans son pays, il ne peut être accusé de faux administratif en vertu de l'article 441-2 car la double incrimination n'est alors pas remplie *in concreto ;* sur le territoire koweïtien les documents administratifs étrangers n'étant pas assimilés aux documents administratifs nationaux selon la Cour de cassation koweïtienne. En outre, lorsque le juge français vérifie la condition de double incrimination, il vérifie également l'interprétation que les tribunaux étrangers donnent à leur propre loi nationale[662]. Et dans notre exemple, la double incrimination serait satisfaite si l'accusation était construite sur l'article 441-1 de faux général.

695. En matière d'abus de confiance, la perspective pourrait être toute autre, même avec une interprétation *in concreto* de la double incrimination. En raison de la suppression dans le nouveau Code pénal de la liste limitative des contrats sur lesquels l'infraction d'abus de confiance reposait[663]. Dans l'ancien article 408 du Code pénal la condition préalable se caractérisait par l'existence de l'un des contrats mentionnés. Depuis 1994, l'article 314-1 du Code pénal fait de la remise à une fin déterminée la condition préalable[664]. Ainsi,

---

660 Cour de cassation koweïtienne (Chambre criminelle) 2008-512. Cité par Adel ALMANE, « La nature des documents administratifs étrangers », *Journal of Law, University of Kuwait*, n° 3, septembre 2016. (article rédigé en Arabe)

661 L'Égypte adopte la même solution koweïtienne, Adel ALMANE, ibid.

662 Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 417.

663 Reynald OTTENHOF, « Infractions contre les biens », Chronique, *RSC*, 1995, p. 582.

664 Carole SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », *in mélange dédié à Jean LARGUIER*, Pug, 1993, n° 22, p. 317.

…/…

l'abandon du « carcan » qu'était la liste permet au juge répressif d'examiner le fond du contrat[665].

696. Aujourd'hui, l'article 314-1 de Code pénal prévoit ainsi que « *l'abus de confiance est le fait pour une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de less représenter ou d'en faire un usage déterminé* ». Dès lors, au cours d'une poursuite pour abus de confiance commis à l'étranger, le juge français peut se voir confronté à un obstacle découlant de la différence entre le traitement de l'infraction dans le pays de commission, et celui en France. Si l'État étranger limite l'infraction d'abus de confiance à une liste limitative de contrats, le juge pénal français ne peut accuser puis condamner son auteur lorsque la remise effectuée à l'étranger repose sur un contrat ne figurant pas dans la liste, et ce même si sa nature fait naître une obligation de restitution selon la loi française et la loi étrangère.

Mais le juge pénal français doit se référer quoi qu'il en soit à la loi pénale étrangère afin de déterminer si l'abus de confiance exige un contrat déterminé ou non, et si oui, se voit obligé de rechercher si le contrat litigieux comporte une obligation de restitution[666]. Une autre question pourrait éventuellement venir compliquer la situation lorsque le contrat aux yeux de la loi étrangère est nul ou non valide : faut-il pour autant conclure que la double incrimination fait défaut en appliquant l'interprétation *in concreto*? En matière de droit pénal international français il n'y a pas de réponse générale, et il apparaît que cette hypothèse n'ait pas été tranchée devant les juridictions françaises. Cependant, par un raisonnement analogique, et en vertu du principe d'autonomie du droit pénal, on peut supposer que la validité du contrat n'a pas d'incidence sur les poursuites pénales ; la Chambre criminelle a déjà eu à justifier cette position en rappelant ce que la loi pénale sanctionne et que ce n'est pas l'inexécution d'un contrat nul au regard du droit civil, mais bel et bien un détournement commis à l'occasion d'un contrat[667] qui est incriminé.

---

665 Michel VERON, « Du contrat préalable à l'abus de confiance », *Droit pénal*, 1995, chronique n° 21.

666 Jacques LE CALVEZ, op. cit., p. 345.

667 Crim., 12 mai 1964, *Bull. crim.*, n° 161, cité par Reynald OTTENHOF, op. cit., p. 384.

697. Toute infraction portant atteinte à la propriété et commise à l'étranger — si la situation juridique relative à la création de cette propriété ou sa transmission a été établie à l'étranger — exige la mise en œuvre des règles de droit international privé par le juge national français. Par exemple, l'article 322-1 du Code pénal punit « *La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui* ». La répression est ici conditionnée par la preuve que le bien abîmé n'est pas la propriété du seul prévenu. En effet, le droit pénal n'intervient pas dans l'utilisation d'un bien par son propriétaire exclusif qui demeure libre d'en disposer à sa guise, voire de le détruire. La Chambre criminelle a affirmé, à l'occasion d'un litige entre époux de nationalité marocaine s'opposant sur la destruction de biens mobiliers situés au domicile commun établi en France, que « *les juges auraient dû rechercher, en effet, à défaut de désignation par les époux, quelle était la loi applicable à leur régime matrimonial* »[668]. L'infraction n'existe que dans une situation juridique déterminée. Ici cette dernière dépendait de règles « extra-pénales » auxquelles le juge pénal ne pouvait que se référer, essentiellement dans un souci de cohérence, rien ne justifiant que le juge pénal se détourne des règles du droit international privé[669].

698. De manière générale le droit pénal vise d'une part à incriminer certains comportements, et d'autre part, à assurer la protection d'autres. Ainsi, Jacques LE CALVEZ a répondu à la problématique de la condition préalable dans une loi non répressive en distinguant entre les situations prévues uniquement dans le cadre du droit pénal dites « situations de fait », de celles qui sont également prévues par le droit civil dites « situations de droit »[670]. En cas d'infraction de détournement d'une victime, si l'auteur est de ceux qui ont autorité sur la victime, le juge doit se référer à la seule loi pénale française car il s'agit d'une situation de fait soumis à l'appréciation du juge pénal national. À l'inverse, si au cours

---

668 Cass. Crim., 5 septembre 2001 : juris-Data n° 2001-011115 ; *Bull. crim.*, n° 174. V. Cécile CASTELLA et Bertrand DE LAMY, « Quelques interrogations sur l'application des règles du droit international privé par le juge pénal à propos de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 5 septembre 2001 », *Droit pénal*, 2002, chronique 15.

669 Ibid.

670 Jacques LE CALVEZ, op. cit., p. 344.

…/…

du procès pénal l'auteur évoque l'existence d'un lien de filiation entre lui et la victime, le juge est alors devant une situation de droit qui l'oblige à se référer à la loi nationale régissant cette situation, non parce que la loi étrangère est une loi de garantie individuelle comme l'a souligné DONNEDIEU DE VABRES, mais parce que la situation est organisée en droit[671].

699. Cependant, concernant la double incrimination, la compétence personnelle active délictuelle française ne s'applique que si l'infraction est apparue *in concreto* dans l'État de commission, ce qui « *conduit en outre nos juge correctionnels à interroger la règle étrangère de conflit de lois civiles (le droit international privé de l'État du lieu de commission du délit) à quelle loi civile est-il attribué compétence pour traiter des questions préalables « extra-pénales »* »[672]. Citons l'exemple d'une Uruguayenne qui s'est mariée en France avec un Français, et domiciliés en Uruguay[673]. L'épouse a obtenu la nationalité française du fait de son mariage, et la loi uruguayenne s'oppose à toute perte de nationalité. Elle a ensuite divorcé en Uruguay et s'est remariée. Le juge uruguayen a appliqué son droit civil national, eu égard aux règles de droit international privé puisque l'ex-épouse avait conservé sa nationalité Uruguayenne et avait de plus son domicile en Uruguay. Selon le droit international privé français, la loi française est applicable du fait de la nationalité française des deux époux, au détriment donc de la loi Uruguayenne. Par conséquent, le jugement de divorce prononcé en Uruguay n'a pas été reconnu en France[674] et l'épouse a été accusée de bigamie en vertu de la compétence personnelle active[675] (bien que relaxée pour défaut d'intention et donc absence d'élément moral).

Les critiques adressées à l'encontre de cette décision se fondaient sur le défaut d'appréciation *in concreto* qui exige que le fait en question soit punissable dans son ensemble ou au moins dans ses éléments constitutifs ou ses conditions préalables. En

671 Ibid.

672 Alain FOURNIER, op. cit., p. 669.

673 Paris, 30 octobre 1964, *Rev. crit. DIP* 1966.223, note A. DECOQ

674 Condition négative désormais écartée. Cour de Cassation, 1re chambre civile, 20 février 2007, *Cornelissen*, note Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2007, 420.

675 À cette époque-là, la compétence personnelle passive n'était pas connue en droit pénal interne.

…/…

l'espèce, selon la loi uruguayenne, l'élément matériel n'était même pas constitué[676]. Or, lorsque cette condition est exigée, la loi pénale étrangère s'incorpore en quelque sorte à l'élément légal propre au texte répressif[677].

700. En principe le juge répressif français n'est pas amené à consulter la loi étrangère mais plutôt à en faire application en recourant aux règles de conflits à chaque fois que le comportement litigieux porte atteinte à une situation de droit présentant un élément d'extranéité. Cependant, la condition préalable d'une infraction n'est pas toujours un élément « extra-pénal » mais bien souvent un élément pénal caractérisé par l'exigence d'une infraction préalable à l'infraction principale. Or cette recherche exigée du juge sur l'infraction préalable peut poser problème concernant l'application de la double incrimination.

B. La condition préalable appartenant à une loi répressive

701. La criminalité ne cesse d'évoluer au fur et à mesure de l'amélioration des moyens de lutte mis en place par les instances étatiques et inter-étatiques. Il en résulte une complexification des infractions tant dans leur contenu (infractions complexes) que dans leur ampleur (ex : infractions transnationales).

702. L'infraction est dite complexe lorsque l'infraction suppose l'accomplissement de deux actes distincts à l'instar de l'escroquerie, et elle dite transnationale lorsque l'infraction dans son ensemble est commise sur le territoire de plusieurs États, à l'instar du blanchiment d'argent qui est à la fois une infraction complexe et transnationale.

703. D'ailleurs le blanchiment est défini à l'article 324-1 du Code pénal, comme étant « *le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect* » ou comme *« le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* ».

---

676 Alain FOURNIER, Conflits des lois (matière pénale), *Rép. Internat.*, Dalloz, 2008, n° 26.

677 Alain FOURNIER, « Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international », *in Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 333 et s.

…/…

Quelle que soit sa forme (blanchiment du produit de proxénétisme, stupéfiants, armes, douanière …etc.), le blanchiment d'argent implique l'existence d'un crime ou d'un délit principal appelé aussi « infraction sous-jacente ». Or pour la majorité de la doctrine cette infraction principale consiste en une condition préalable du blanchiment d'argent[678]. La Cour de cassation a, quant à elle, considéré, dans un arrêt savamment critiqué, que le vol commis en France constitue l'un des éléments constitutifs d'un recel « commis » à l'étranger. Cette interprétation jurisprudentielle fut le moyen d'élargir le champ d'application du principe de territorialité de l'article 113-2 qui énonce « *qu'il suffit, pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire de la République, qu'un de ses faits constitutifs ait eu lieu sur ce territoire* ».[679]

704. La problématique principale posée par blanchiment d'argent au regard de la double incrimination est qu'il peut se dérouler sur plusieurs États et que ses éléments constitutifs peuvent également être dispersés. En effet cela pose un problème car les produits d'une infraction commise par X sur un territoire A peuvent être blanchis en France. X pourrait ensuite s'associer à d'autres protagonistes en France dans le but de commettre une infraction sur le territoire A. Dans cette hypothèse, la question qui se pose est de connaître le rôle réservé à la double incrimination. Est-ce que la compétence de la France dans cette hypothèse dépendra de la réalisation effective de la double incrimination en ce qui concerne l'infraction principale caractérisant la condition préalable ? Ou bien, dans l'hypothèse de l'association ou de la participation à une organisation criminelle, faut-il conclure que la compétence de la France dépend de l'incrimination par l'État A de l'infraction projetée ou déjà commise ?

Dans ce cas de figure, la France en tant que lieu de commission du blanchiment d'argent voit des avantages patrimoniaux résultant d'une infraction étrangère circuler sur son

---

678 Michel VERON, *Droit pénal des affaires*, 11e édition, Dalloz, 2016, n° 146, p. 121. Agathe LEPAGE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON et Renaud SALOMON, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 2008, n° 410, p. 129. Wilfrid JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 6e édition, Dalloz, 2005, n° 68, p. 93. Morgan DAURY-FAUVEAU, Infraction générale de blanchiment, *J-Cl., Pén.*, art. 324-1 à 324-9, Fasc. 20, 2014, n° 10.

679 Cass. Crim., 26 septembre 2007, n° 07-83.829 JurisData n° 2007-040849. V. critique Morgane DAURY-FAUVEAU, Recel, *J-Cl., Pén*., art. 321-1 à 321-5, Fasc.30, 2012.

…/…

territoire bien qu'elle manque de compétence *ratione loci* vis-à-vis de l'infraction principale. Mais le fait que la France ne soit pas compétente vis-à-vis de l'infraction principale n'empêche pas qu'elle puisse punir le blanchiment[680]. De plus, il importe peu que des poursuites aient été mises en œuvre pour l'infraction principale ou que celle-ci ait été constatée par décision judiciaire[681]. La jurisprudence qualifie d'ailleurs le blanchiment d'argent comme une « *infraction générale, distincte et autonome* »[682].

705. Grâce, ou à cause des techniques électroniques qui facilitent les transactions financières d'un pays à un autre, le blanchiment est devenu un processus essentiellement international et s'inscrit généralement dans le cadre d'une criminalité organisée. D'ailleurs, la rédaction de l'article 324-1 n'impose pas que l'infraction principale ait été commise sur le territoire national, ni que les juridictions françaises aient été déclarées compétentes pour la poursuivre[683]. Cette solution a été adoptée par la Convention européenne relative au blanchiment de 1990, qui prévoit à l'article 6§ 2 que « *le fait que l'infraction principale soit ou non de la compétence des juridictions pénales de la partie n'entre pas en ligne de compte* »[684].

706. Néanmoins, la condition de double incrimination complique la situation du fait de l'existence d'un lien étroit entre l'infraction principale et le blanchiment lui-même. Faut-il pour autant conclure qu'il suffit que la double incrimination soit remplie uniquement concernant le blanchiment ? Ou bien convient-il d'aller plus loin en exigeant la double incrimination même pour l'infraction principale ? La question peut sembler évidente et simple, mais il n'en est rien. L'incrimination de blanchiment dépend inévitablement des faits constitutifs du blanchiment, et non de l'infraction principale. On entend ici par les éléments constitutifs du blanchiment l'élément matériel de l'infraction prévu à l'article 324-1 qui prévoit, en premier lieu, que le blanchiment consiste « *à faciliter, par*

680 Rapport de Guy STESSENS, op. cit., p. 393.

681 Michel VERON, op. cit., p. 121.

682 Cass. Crim., 16 janvier 2013, n° 11-83.689, JurisDatat n° 2013-000284

683 Crim., 21 février 2010, JCP 2010. 1180. Note C. MASCALA, cité par Michel VERON, op. cit. p. 122.

684 Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, 8 novembre 1990, STE n° 141.

…/…

tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect »[685], et en second lieu, que constitue également un blanchiment « *le fait d'apporter un concours à une opération de placement de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* »[686]. Par conséquent, l'application de cette incrimination ne requiert pas de compétence extraterritoriale ni de conditions supplémentaires. Toutefois, l'incrimination de blanchiment d'argent présuppose que les faits dont sont issus les avantages patrimoniaux (l'infraction principale) soient punissables en vertu de la législation du lieu de commission. Or, cette exigence de double incrimination ne doit pas être considérée comme une condition préalable à l'exercice de la compétence extraterritoriale, mais découle du principe de légalité[687].

707. Pour revenir à notre exemple, si le comportement commis sur le territoire de l'État A ne constitue pas une infraction selon ses lois, alors la condition préalable de l'infraction de blanchiment fait défaut, et l'infraction de blanchiment ne sera pas constituée en France. Et pour ce qui est de la participation à une organisation criminelle, la même logique s'appliquera[688]. En effet, l'organisation criminelle ou la participation à une association de malfaiteurs dépend de l'existence d'un projet criminel impliquant la commission d'une ou de plusieurs infractions dans le cadre cette association. C'est pourquoi l'on imagine mal condamner les auteurs d'une association de malfaiteurs commettant des actes dans un pays où ces derniers sont licites.

Donc la double incrimination est exigée en matière de blanchiment d'argent non comme condition d'exercice de la compétence extraterritoriale mais en vertu du principe de légalité criminelle. Toutefois, comme il ne s'agit pas d'une double incrimination pour

685 Code pénal, art. 324-1 al. 1er.

686 Code pénal, art. 324-1 al. 2.

687 Guy STESSENS, op. cit. p. 394.

688 L'article 450-1 du Code pénal prévoit que « *Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement …* ».

…/…

l'exercice d'une compétence extraterritoriale, il suffit de retenir la double incrimination « non-qualifiée », c'est-à-dire la condition comme telle, sans exigence supplémentaire[689].

708. Par ailleurs, la complexité peut venir du fait que l'infraction principale soit une infraction reconnue uniquement par certains États (*ex :* l'infraction principale du blanchiment d'argent eu égard aux actes la régissant : U.S. *Raceketeer influenced cprrupt practices* (RICO), *Continuing enterprises act* (CCE) et *l'Associazione per delinquere et Associazione di tipo mafioso italienne*). Le CCE précité fait par exemple reposer le trafic de stupéfiants sur plusieurs éléments : l'individu doit avoir commis l'une des infractions mentionnées au Titre 21 du Code des États-Unis ; l'infraction doit faire partie d'une série d'infractions de stupéfiants devant impliquer cinq individus ou plus ; l'individu mis en accusation doit être organisateur, contrôleur ou directeur, et avoir reçu une somme d'argent ou un avantage en contrepartie de cette participation[690]. On peut constater alors qu'il vaut mieux retenir l'interprétation *in abstracto* utilisée en matière d'extradition au vu de ces infractions complexes[691], et sans aller plus loin car l'infraction principale pourrait échapper à toute compétence extraterritoriale française.

709. Concernant la double incrimination et son application problématique à la condition préalable, il convient également de citer l'exemple du recel, qui reçoit le même traitement que celui du blanchiment d'argent. En effet, le recel exige également l'existence d'une infraction principale. L'article 321-1 du Code pénal prévoit à ce titre que « *le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit* ». En cela l'infraction principale est considérée comme étant une condition préalable[692].

710. L'infraction de recel, à l'instar du blanchiment, est une infraction distincte de l'infraction principale et ne dépend pas d'une condamnation ou d'une poursuite antérieure. Or pour

---

689 Guy STESSENS, op. cit., p. 400.

690 Gregory B. RICHARDSON, « Double criminality and complex crimes », *RIDP*, 1991, p. 82.

691 Richard A. MARTIN, « Dual criminality in organized crime cases », *RIDP*, 1991, p. 179.

692 Morgane DAURY-FAUVEAU, Recel, *J-Cl.*, op. cit., Fasc. 10, n° 3. V. Pierre BOUZAT, « Infraction contre les biens », chronique, *RSC*, 1988, p. 93.

une telle infraction, la double incrimination peut poser « un problème » à deux occasions : lorsqu'un recel est commis sur le territoire français et que l'infraction principale est commise à l'étranger, et lorsque le recel a été commis à l'étranger dans le cadre d'une infraction principale commise en France. Traitant ici de la condition préalable, nous nous intéresserons à la première hypothèse, réservant la deuxième à une Section ultérieure.

711. Le bien faisant l'objet de recel doit provenir d'une infraction, crime ou délit[693], de telle sorte qu'il est inadmissible de poursuivre un individu pour recel si les biens en question ne proviennent pas d'un crime ou d'un délit aux yeux de la loi étrangère du lieu de leur provenance. La double incrimination n'est pas non plus ici une condition de la compétence personnelle active mais une conséquence découlant du principe de légalité.

Ainsi, lorsque la condition préalable consiste en une infraction préalable la condition de double incrimination, n'est pas une condition d'exercice de la compétence extraterritoriale (l'infraction préalable pouvant échapper à toute compétence française) mais une simple condition liée au principe de légalité criminelle. La double incrimination exclut dès lors l'interprétation *in concreto* de cette condition. L'interprétation *in concreto* exige dans son contenu la vérification de l'utilisation spéciale de la double incrimination (*cf.* double reconnaissance de chef de compétence)[694], ce qui ne pourrait être appliqué à l'infraction préalable car cette dernière ne fait pas l'objet des poursuites engagées.

712. Pour conclure, l'expression « simple consultation » de la loi pénale étrangère utilisée par la Cour de cassation en matière de double incrimination ne semble pas adoptée à la condition préalable pour deux raisons. La première concerne le domaine de la consultation qui ne se limite pas à la loi pénale étrangère mais la dépasse pour inclure d'autres lois non répressives (civiles comme administratives). La deuxième raison est la nature de la consultation – terme inadaptée ici- le juge répressif faisant une application directe et explicite de la loi étrangère sur la condition préalable si celle-ci est déclarée compétente pour régir la question de la condition préalable. Mais la question de la

693 Agathe LEPAGE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON et Renaud SALOMON, op. cit., n° 376, p. 136.

694 V. supra n° 81 et s.

condition préalable n'est qu'une partie de la problématique soulevée par la condition de double incrimination, la construction pénale des incriminations en étant une autre.

Section II.

La prise en compte des composantes pénales des incriminations

713. La détermination de l'incrimination réciproque ne se limite pas, bien évidemment, aux questions préliminaires évoquées précédemment et visant à déterminer le caractère criminel des infractions en cause. Il convient également de s'intéresser au fait lui-même commis à l'étranger. Or l'acte matériel d'une infraction est toujours entouré d'un ensemble de concepts et circonstances jouant un rôle essentiel dans la construction criminelle. C'est pourquoi il convient de s'intéresser non seulement aux composantes objectives d (§ 1), mais aussi aux composantes subjectives des différentes incriminations (§ 2).

§ 1. La prise en compte des composantes objectives

714. Il s'agit d'étudier ici les composantes objectives de faits commis à l'étranger que ces faits constituent un fait principal (A), ou un acte de complicité (B).

A. Un fait principal

715. Pour ce qui est de l'application de la loi pénale française à des faits commis à l'étranger, il convient de rappeler les dispositions du deuxième alinéa de l'article 113-6 du CP qui précisent que la loi pénale française est applicable « *aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». Des dispositions qui rendent nécessaire d'analyser ce qu'on entend par « *aux délits* » et par l'expression « *si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ».

716. En effet, la mise en œuvre de poursuites pénales pour une infraction commise à l'étranger ne dépend pas de la simple courtoisie ; un État n'a pas pour but de protéger les intérêts

d'autres États, qu'ils soient concernés ou non par l'infraction. Le juge n'applique que sa propre loi en vertu du principe de solidarité entre les compétences législative et judiciaire en matière répressive. C'est pourquoi l'État ne déclenche de poursuites pénales suite à un fait commis à l'étranger que si ce fait consiste à priori en une infraction au regard de la loi pénale interne. Ainsi, qualifier un fait de « délit » au sens de l'article 113-6 alinéa 2 du Code pénal relève de la seule qualification française du fait reproché[695].

717. Malgré le fait que le juge pénal français n'applique que son propre droit interne, et que le rôle joué par la loi étrangère soit modeste[696], la simplicité de l'expression « *si les faits sont punis par les législations du pays où ils ont été commis* » ne reflète pas nécessairement la réalité et ne se retrouve pas dans son application. La question est de savoir à partir de quand la situation devient compliquée eu égard à l'alinéa 2 de l'article 113-6 du Code pénal. Mais se pose aussi une question préliminaire relative à la localisation du fait et à la recherche de la loi applicable.

718. La question de la double incrimination se pose dans trois hypothèses : pour les délits commis par des Français à l'étranger (113-6), en cas de complicité commise en France pour une infraction commise à l'étranger (113-5), et en matière d'extradition. Elle exige avant tout la localisation du fait reproché : l'infraction devra avoir été commise dans son intégralité à l'étranger. Autrement dit, se trouve exclu tout acte commis en son entier ou l'un de ses éléments constitutifs sur le territoire national, de même que les infractions commises à bord des aéronefs et navires battant pavillon français[697]. En effet, dans ce dernier cas, le juge français applique la loi pénale française en tant que *lex loci*, et non *lex fori*, ne cherchant donc pas si le fait a été commis à l'étranger ou non[698]. Cependant quelques infractions commises à l'étranger bénéficient d'un traitement exceptionnel au regard de leur particularité, telles que les entraves à la réglementation des changes d'un

---

695 Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 21e édition, Cujas, 2016, n° 213, p. 181. V. Laurent DESESSARD, Application de la loi pénale dans l'espace - infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République, *J-Cl. Pén.*, art. 113-1 à 113-12, Fasc. 20, 2011.

696 Jean STOUFFLET, « L'application de la loi pénale étrangère par le juge national », *RIDP*, 1960, p. 520.

697 Laurent DESESSARD, op. cit., Fasc. 10, n° 14 et s.

698 Jacques LE CALVEZ, op. cit., p. 354.

…/…

État étranger, ce qui n'est pas le cas par exemple de la contrefaçon d'une marque ou d'un brevet étranger ou français à l'étranger, en vertu du principe de territorialité des droits de propriété industrielle[699]. De même, la loi organique relative aux listes électorales consulaires et au vote des Français établis hors de France pour l'élection du Président de la République prévoit en son article 16 que « *Les infractions définies à ce chapitre sont poursuivies et réprimées comme si elles avaient été commises sur le territoire de la République* ». Dans ces différents cas d'application de la loi française, la double incrimination ne joue ainsi aucun rôle.

719. La deuxième question — celle des hypothèses complexes — ne se posera pas lorsque le fait aura été commis à l'étranger dans un seul État. Dans un tel cas, seule la loi de celui-ci sera appelée à être consultée. Il en va en revanche différemment lorsque le fait reproché a été commis dans plusieurs États. Dans ce cas, l'acte ou les actes matériels de l'infraction seront réaliser dans plusieurs États et la condition de la double incrimination se verra remplie si l'acte matériel est puni dans l'un de ces États, à condition que la France ne soit pas l'un d'eux auquel cas la double incrimination sera exclue ; la loi française étant alors applicable au nom du principe de territorialité[700].

720. Pour ce qui est du « *fait puni* », il faut que ce fait soit commis à l'étranger. Le caractère punissable de celui-ci relève donc de la loi étrangère et des limites que cette loi met aux comportements[701]. Cela suppose la commission d'une faute au sens large, qu'elle soit intentionnelle ou relève de l'imprudence ou de la négligence[702]. Est-il exigé que le fait commis à l'étranger revête la même qualification que la loi française ? Et doit-on exiger une identification de terminologie entre la loi étrangère et la loi française sur le modèle du système de « *liste d'infractions* » suivie par les anciens traités d'extradition ? Il n'en est rien. Les différences de ce type sont la conséquence de divergences linguistiques ou

699 André HUET, « L'incidence de principe de territorialité des marques et brevets nationaux sur la compétence des tribunaux français en matière de contrefaçon », *in Mélanges Jean Jacques BURST*, Litec, 1997, p. 268 et s. V. André Huet et Renée KOERING-JOULIN, op. cit., n° 20.

700 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 374, p. 482.

701 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 377, p. 484.

702 Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 21e édition, 2009, n° 369, p. 326.

…/…

politiques. Dès lors, ces divergences de qualification importent peu[703], comme M. LOMBOIS le soulignait : « *Pourvu que le fait, dans sa matérialité, comporte tous les éléments constitutifs prévus par la loi étrangère, il est sans importance que cela en fasse plus ou moins que dans la définition française* »[704]. Au sein de la jurisprudence française, la Cour de cassation a affirmé de son côté que la différence de qualification entre la loi étrangère et la loi française ne porte pas préjudice à l'application de la double incrimination lorsque le fait lui-même revêt une qualification criminelle dans les deux lois. Elle a à ce titre approuvé la décision rendue par une Cour d'appel qui avait requalifié l'évasion par bris de prison commise en Belgique par un Français (et non puni tel quel en droit belge) en dégradation de monument d'utilité publique qui, elle, est un délit prévu tant par la loi belge que la loi française[705].

721. Il en ressort que le fait reproché doit tout de même être « *puni* » par la loi étrangère. Mais il ne suffit pas que le fait soit incriminé par l'État étranger, il convient encore qu'une peine soit encourue, comme l'a expliqué M. REBUT, pour qui la double répression s'ajoute à la double incrimination[706]. Cependant il importe peu que la punition soit assortie d'une certaine sévérité par la loi étrangère. En effet, il est sans effet que l'acte soit par exemple un délit selon la loi française et un délit, un crime, ou une contravention dans la loi étrangère[707], du moment que le fait est puni par la loi étrangère, on ne cherche « *pas à savoir comment il l'est* »[708]. La différence faite entre les peines et les mesures de sûreté doit également être abandonnée lors de l'examen de la double incrimination, car il s'agit d'une question de politique criminelle propre à chaque État et donc déterminée selon ses propres critères[709]. En matière d'extradition, la satisfaction de la double

---

703 Delphine BRACH-THIEL, Compétence internationale, *Rép. Pén.*, Dalloz, 2012, n° 163. Laurent DESESSARD, op. cit., Fasc. 20, n° 29. Emmanuel DREYER, op. cit., n° 1864, p. 1251. Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 15e édition, 2008, n° 400, p. 357.

704 Claude LOMBOIS, idem.

705 Cass. Crim., 9 novembre 1988, n° 88-80.716. Bull.crim., 1988, n° 385.

706 Didier REBUT, Extradition, *Rép. Internat.*, Dalloz, 2009, n° 116.

707 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, op. cit., n° 27.

708 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 378, p. 485.

709 Theo VOGLER, « Les problèmes actuels d'extradition », *RIDP.*, 1968, p. 424.

…/…

incrimination pourrait être impossible en raison des circonstances extérieures qui ne sont pas liées à la politique criminelle de l'État requis, comme par exemple la situation géographique particulière de l'État requis si l'extradition est demandée pour une infraction littorale adressée à un État tel que la Suisse qui ne donne pas sur une mer. Dans cette hypothèse l'extradition pourrait être accordée malgré l'absence de double incrimination lorsqu'il n'existe pas de disposition pénale équivalente[710].

722. La multiplicité des actes matériels possibles joue un rôle essentiel dans la réponse pénale qui elle-même influe sur le rôle de la double incrimination. Les faits pourraient être classés en fonction de leur forme (commission ou omission), ou de leur mode de « déroulement » (infraction simple ou complexe). Mais ils pourraient être classés aussi en fonction de l'inscription de la commission dans le temps (infraction instantanée ou continue). L'évocation de l'acte caractéristique de l'infraction et ses classifications est un sujet qui concerne principalement le principe de territorialité et donc le lieu de commission et aide à répondre à la question de l'applicabilité de la loi pénale française. Ainsi, il nous apparaît nécessaire de retenir ces classifications puisqu'elles aident à déterminer le rôle de la double incrimination de manière ponctuelle à la lumière de la jurisprudence française.

723. L'infraction simple et instantanée semble être le cas le plus simple. Il s'agit d'une infraction (un délit) commise dans son entier à l'étranger par un Français (on exclut l'hypothèse de l'infraction partiellement commise sur le territoire qui « implique » la compétence territoriale). Dans cette hypothèse la compétence personnelle active s'applique avec l'application de la double incrimination. Toutefois, la situation peut s'avérer plus compliquée lorsque l'acte caractérisant l'élément constitutif commis à l'étranger et visant une victime française se trouve sur le territoire français comme les menaces de mort sur Internet, ce qui pousse les protagonistes à transformer l'infraction simple en infraction complexe[711]. Dans une espèce, un Français a porté plainte et s'est constitué partie civile dans une affaire de menaces de mort et propos tenus lors d'une

710 Heinrich GRUTZNER, « Les problèmes actuels d'extradition », op. cit., p. 383.

711 Delphine BRACH-THIEL, op. cit., n° 122.

conférence de presse en Croatie par le Président de la République de ce pays. La Cour d'appel, dont la solution a été approuvée par la Cour de cassation, a affirmé que le lieu de l'infraction était bien la Croatie, là où les propos avaient été proférés, et non le pays où ils avaient ensuite été rapportés par voie télévisée[712]. La Cour dans cet arrêt a nié le caractère territorial de l'acte commis[713], nous amenant à déduire que si l'auteur avait été français, les poursuites auraient été fondées sur la compétence personnelle active (si la victime n'est pas française) avec l'application de la double incrimination.

724. Les infractions complexes rendent difficile l'application de la double incrimination si l'infraction elle-même est commise à l'étranger et l'infraction préalable constituant sa condition préalable se situe en France (par exemple le recel). Pour reprendre cet exemple, abordé dans l'étude sur les conditions préalables, le recel est une infraction distincte de l'infraction principale. La problématique de la double incrimination, ne se pose que lorsque le recel est commis à l'étranger par un ressortissant français. De manière générale on peut dire que lorsque le recel est une infraction distincte, la double incrimination est exigée eu égard à l'article 113-6 alinéa 2 du Code pénal. Mais la position des juridictions françaises semble plus favorable à l'application du principe de territorialité lorsque le recel est lié à une infraction préalable commise en France. La Cour de cassation a par ailleurs justifié sa compétence de poursuivre le recel commis à l'étranger en se fondant sur son indivisibilité avec l'infraction principale[714]. Ultérieurement la Cour de cassation a admis l'application du principe de territorialité pour le recel commis à l'étranger lorsque l'infraction principale a été commise en France. Elle a considéré que le vol réalisé en France constituait l'un des éléments constitutifs du recel commis à l'étranger, ce qui aboutit à l'application de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal[715]. Cette position a été

712 Crim. 8 décembre 2009, n° 09-82.135 et 09-82.120, *Bull. crim.*, n° 206 ; D. 2010. 152, Yves MAYAUD, « menaces de mort proférées par un chef d'État étranger contre un français : éléments constitutifs et conditions de poursuites », *RSC*., 2010, p. 133.

713 La victime a tenté de prouver la territorialité du fait pour éviter l'application de l'article 113-8 exigeant une requête présentée par le ministère public.

714 Cass. crim., 9 déc. 1933 : *Bull. crim.* 1933, n° 237

715 Cass. crim., 26 sept. 2007, précité.

…/…

critiquée tant à propos de la connexité et l'indivisibilité prétendue[716], que sur le fait de considérer l'infraction préalable comme un élément constitutif du recel lorsqu'elle en est une condition préalable[717].

725. Pour aller plus loin, il est possible de prendre un autre exemple, non sans lien, et qui est celui du blanchiment d'argent. En effet le blanchiment n'existe que si la preuve d'une infraction préalable est rapportée. Toutefois l'inverse n'est pas vrai, d'où le fait que le lien entre le blanchiment et l'infraction préalable n'est pas un lien d'indivisibilité[718]. Dans le même sens, l'extension de compétence fondée sur l'article 203 du Code de procédure pénale sur la connexité entre l'infraction (blanchiment ou recel) accompli à l'étranger et l'infraction préalable commise en France est contestable. Il est vrai que la connexité est attributive de juridiction pour les infractions commises sur le territoire, sauf que cette position n'est pas transposable à l'ordre international car ni les motifs ni les conséquences ne sont identiques, et que la bonne administration de la justice commanderait qu'une unique juridiction apprécie l'ensemble des infractions liées entre elles et relevant toutes de la même loi[719]. En outre, cette extension de la compétence par connexité conduit également à une violation du principe de légalité lorsque des différences apparaissent entre la loi française et celle où le blanchiment a été commis[720].

726. Pareil refus est retenu pour la généralisation de l'extension de compétence territoriale pour les infractions telles que l'association de malfaiteurs qui se justifie par le fait de considérer les crimes préparés en France comme des actes « *caractérisant un élément constitutif de l'infraction* ». En l'espèce, il s'agissait d'une association de malfaiteurs qui s'était tenue en Belgique, ce qui a conduit la Chambre criminelle à approuver le chef de compétence territoriale indépendamment de toute participation en France aux crimes qui

716 Delphine BRACH-THIEL, op. cit., n° 130.

717 Morgan DAURY-FAUVEAU, op. cit., n° 43.

718 Valérie MALABAT, « Les aspects internationaux du blanchiment », *Rev. Droit bancaire et financier* n° 4, juillet 2005, étude 11, n° 13, p. 41 et s.

719 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 274, p. 328.

720 Valérie MALABAT, op. cit., n° 15.

…/…

y ont été commis[721]. Les juridictions françaises retiennent également la compétence territoriale sur le fondement de l'indivisibilité pour une association de malfaiteurs commise à l'étranger même si les infractions subséquentes ont eu lieu dans un État tiers au seul motif de passage dans les eaux territoriales françaises[722].

727. Force est de constater, au vu de cette indépendance des infractions complexes à propos des infractions principales, que la commission d'infractions complexes telles que le blanchiment d'argent, exige nécessairement le recours aux chefs de compétence extraterritoriale s'ils sont applicables en l'espèce. En effet, l'article 113-6 se voit applicable aussi lorsque l'auteur des infractions est français, cas dans lequel on appliquerait la double incrimination à condition que l'infraction principale ait été commise en France mais pas contre un ressortissant français. Sinon l'article 113-7 s'appliquerait, sans qu'il soit question de double incrimination.

728. Par ailleurs, les infractions d'omission méritent elles-aussi d'être étudiées. Il s'agit alors de s'abstenir d'agir, autrement dit « de ne rien faire »[723]. L'exemple le plus marquant étant celui de ne pas porter secours à une personne en péril (art. 223-6 Code pénal), ou encore le défaut de déclaration de naissance (art. R. 645-4 Code pénal).

Le point cardinal entre la double incrimination et l'infraction d'omission est la localisation de l'infraction d'omission si l'élément matériel est commis à l'étranger. La complexité de l'infraction d'omission est qu'il existe une obligation préalable d'agir ou d'effectuer un acte précis[724] *;* le résultat pouvant se produire dans un lieu autre que celui où l'obligation est née.

729. Ainsi, la non représentation d'enfant devient problématique si les parents ne se trouvent pas tous les deux en France. Dans un tel cas la jurisprudence affirme que la non

---

721 Crim. 20 févr. 1990, n° 89-86.610 et 89-86.611, *Bull. crim.* n° 84 ; D. 1991.

722 Cass. Crim., 11 juin 2008, n° 07-83.024, JurisData n° 2008-044400. Michel VIRON, *Droit pénal*, n° 9 – septembre 2008, p. 50.

723 Laurent DESESSARD, op. cit., Fasc. 10, n° 67.

724 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 662, p. 493.

…/…

représentation est commise au lieu où doit être accompli la remise de mineur[725]. Par conséquent, les juridictions françaises se déclarent incompétentes lorsque la remise doit être effectuée à l'étranger[726]. Dès lors, si la personne ayant le droit de garde est française et se trouve à l'étranger puis viole le droit de visite en refusant la remise de l'enfant, l'article 113-6 s'applique et la double incrimination est exigée.

730. Il en est de même pour l'abandon de famille, le non-paiement de pension alimentaire : l'infraction est considérée commise au lieu où aurait dû être exécutée l'obligation et non où l'obligation est née, autrement dit le lieu où se trouve le créancier d'aliments dans ce dernier exemple[727]. Par conséquent, si le créancier se trouve à l'étranger, la loi pénale n'est pas applicable, excepté dans l'hypothèse où le débiteur est français et se trouve à l'étranger (le créancier étant étranger et à l'étranger), l'article 113-6 étant applicable et la double incrimination exigée en cas de poursuites pénales engagée en France. Toutefois, la jurisprudence a aussi retenu le lieu de l'abstention fautive comme lieu de localisation de l'infraction[728]. Pour cela la Cour de cassation a affirmé que « *le fait d'abstention volontaire imputable au débiteur de la pension alimentaire, s'est trouvé réalisé en France* »[729]. Ainsi la double incrimination est appliquée lorsque le débiteur se trouve à l'étranger même si le créancier est sur le territoire français. Toutefois, c'est une analyse strictement théorique car il convient de se poser la question suivante : qui est la victime dans l'infraction de l'abandon de famille si le débiteur est le père : la mère ou les enfants ? Si l'on est favorable à ce que la mère soit considérée comme la victime, la double incrimination peut être appliquée lorsque la mère est étrangère. Si on part du principe que ce sont les enfants les victimes, leur nationalité française conduira à l'application de la personnalité passive sans exigence de double incrimination.

---

725 Cass. crim., 18 mai 1905 : *Bull. crim.* 1905, n° 244.

726 Cass. Crim., 27 octobre 1966, n° 66-91.280, *Bull. crim.* 1966, n° 244 ; *RSC* 1967, p. 438, obs. Legal

727 Laurent DESESSARD, op. cit., n° 69.

728 Cass. crim., 29 mars 1962 : *Bull. crim.* 1962, n° 153 ; *RSC* 1962, p. 746, obs. A. Légal

729 Cass. Crim., 29 janvier 2003 – n° 01-88-881.

…/…

731. En matière d'extradition, certaines conventions bilatérales d'extradition ont surmonté la problématique de la différence de qualification de l'acte en cause (en l'occurrence entre acte positif et simple omission) en affirmant, bien qu'implicitement, que les divergences de qualifications juridiques des éléments constitutifs ne font pas échouer la double incrimination[730].

732. Concernant l'infraction continue, la difficulté réside, comme cela a été vu précédemment, dans le dispersement du délit sur le territoire de plusieurs États. Ce qui ne fait pas obstacle à la satisfaction de la double incrimination dès lors que le fait est puni par l'un des États sur lequel l'infraction s'est déroulée.

733. En outre, les modalités d'application de la double incrimination posent aussi une question de temps. Le terme « *fait puni* » implique aussi « quand » ce fait doit être puni. En effet, à quel moment doit-on vérifier la présence de l'infraction au sein du droit pénal étranger ? Au moment de la commission du fait à l'étranger ou au moment d'engager les poursuites (en supposant que le texte d'incrimination a été adopté ultérieurement à la commission de fait par l'autorité française). La condition de double incrimination incarnée par la consultation de la loi pénale étrangère satisfait un sentiment élémentaire de justice[731], et le fait que l'application d'une loi pénale non en vigueur sur le territoire au moment de la commission serait choquante et violerait directement le principe de légalité[732]. De plus, l'appréciation *in concreto* de la double incrimination par l'État de poursuite entraîne la vérification que le fait en cause n'est pas seulement incriminé sur le lieu de commission mais également susceptible d'être puni selon la loi territoriale du lieu de commission. Ainsi, dans le respect du principe de non-rétroactivité des lois pénales, le fait ne serait pas susceptible d'être poursuivi. D'ailleurs, en matière d'extradition la double incrimination ne s'apprécie pas au moment des poursuites mais plutôt au moment de la commission du fait poursuivi. Dès lors l'incrimination ultérieure du fait est

730 Convention d'extradition entre la France et la République de Corée, art. 2 § 3.

731 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, op. cit., n° 62.

732 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 1864, p. 1251.

…/…

indifférente[733], conformément à l'avis défavorable qu'une Chambre d'accusation a émis à propos d'une demande d'extradition adressée à la France pour le chef d'accusation de blanchiment d'argent, non incriminé au moment des faits. Elle a alors affirmé que c'est à la date du fait qu'il convient de se placer pour voir si la condition de double incrimination est remplie ou non[734].

734. En ce sens, la Cour de Cassation a censuré l'avis favorable d'extradition émis par la Chambre de l'instruction répondant à la demande adressée à la France pour extrader un individu accusé d'avoir commis un génocide au Rwanda. Ainsi, la Chambre de l'instruction a recouru à une interprétation plus souple du principe de légalité au sein du droit pénal international en affirmant que le fait faisant l'objet de la demande d'extradition a été incriminé par l'adoption de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 ainsi que celle relative à l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité du 26 novembre 1968 ayant été ratifiées par le Rwanda en 1975. Malgré le fait que les lois pénales rwandaises relatives au génocide aient été adoptées en 1996 et en 2004, autrement dit après la commission des faits concernés, la Chambre de l'instruction s'est fondée sur la permission présentée par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié par le Rwanda en 1975, de même que sur le second paragraphe de l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme autorisant une dérogation. En effet, s'agissant aux crimes internationaux, il avait été rendu possible une dérogation au principe de légalité des délits et des peines, proclamé au premier paragraphe de chacun de ces textes conventionnels[735].

La Cour de Cassation a rejeté du fait de l'absence, à la date de commission, et dans la loi rwandaise, d'une définition précise et accessible tant des éléments constitutifs que de la peine encourue pour génocide en affirmant que « *le principe de légalité criminelle, consacré par la Pacte international relatif aux droits civils et politique ainsi que par la*

---

733 Didier REBUT, Extradition, op. cit., n° 68.

734 CA Aix-en-Provence, 24 nov. 1999, D. 2000. 245, note Jean-François RENUCCI, « Les frontières d'extradition », *D.*, 2000, p. 245.

735 Cass. crim., 26 févier 2014, n° 13-87.888, JurisData n° 2014-003302. Cass. crim., 14 octobre 2015, n° 15-84.420 : JurisData n° 2015-022759

Convention européenne des droits de l'homme et ayant valeur constitutionnel en droit français, fait obstacle à ce que lesdits faits soient considérés comme punis par la loi de l'État requérant au sens de l'article 696-3 1° du Code de procédure pénale ». Cette décision de la Cour de cassation fut critiquée de par son interprétation stricte et formelle du principe de légalité reposant sur un concept plutôt formel et conforme à celui appliqué en droit interne, alors que le comportement lui-même ne peut être considéré comme imprévisible lors qu'un texte international (tel que l'a souligné la Cour EDH) a été incorporé en droit interne[736]. Cependant, nous ne trouvons pas que cette prévisibilité soit acquise en matière de peine encourue puisque la loi rwandaise ne prévoyait pas de peine précise pour le fait en question au moment de la commission. L'argument avancé par certains auteurs était que « *la peine applicable est celle encourue au moment du procès, où qu'il se tienne, cette peine ne pouvant, au regard de la nature même des faits objet des poursuites, surprendre l'auteur de l'infraction »*[737]. En outre, si ce mécanisme a été innové au sein du droit international, plus particulièrement au sein des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, pour éviter l'impunité fâcheuse de faits graves et l'incapacité de la Communauté internationale à poursuivre des criminels dangereux, il en va différemment pour le cas présent. En effet, il s'agit ici d'une question propre à la coopération pénale internationale et non à la compétence judiciaire, et la double incrimination figurant à l'article 696-3 1° est une condition de « commencement » de la coopération judiciaire qui doit être remplie et vérifiée avant la remise de la personne et qui exige tant l'incrimination que la punissabilité du fait en question.

735. Par ailleurs, la décision de la Cour de Cassation sur le fait que la double incrimination faisait défaut à cause de l'absence d'incrimination du fait dans l'État requérant, ne confisque pas la compétence de l'autorité judiciaire dudit État à se déclarer compétente. L'utilisation spéciale de la double incrimination figurant à l'article 696-2 empêche la

---

[736] Thomas HERRAN, « La répression du génocide rwandais : une histoire sans fin », *JCP* 2014, p. 538 ; Cour EDH, 19 septembre 2008, affaire *Korbely c. Hongrie,* n° 9174/02 : JurisData n° 2008-010452 ; *Droit pénal*, 2009, chron. 4, n° 30 observation Emanuel DREYER.

[737] Damien ROETS, « L'extradition des personnes suspectées d'avoir participé au génocide des Tutsi du Rwanda », *D.*, 2013, 2570.

…/…

France de coopérer « *lorsque les juridictions françaises n'auraient pu exercer légalement des poursuites en se fondant sur des textes similaires* »[738]. Dès lors, la Cour de Cassation ayant adopté une conception formelle et interne du principe de légalité, il est alors logique que la double incrimination fait défaut lorsque l'utilisation spéciale de la double incrimination fait également défaut.

736. L'appréhension de la tentative obéit aux mêmes règles que celle applicables au fait principal car l'article 113-6 ne fait pas de distinction entre l'acte consommé et la tentative, permettant alors d'englober l'ensemble des faits, consommés ou tentés. En matière d'extradition le législateur, à l'article 696-3 du Code de procédure pénale, a séparé le fait d'une part, et la tentative et la complicité d'autre part, en prévoyant en son paragraphe 4 que : « *Les faits constitutifs de tentative ou de complicité sont soumis aux règles précédentes, à condition qu'ils soient punissables d'après la loi de l'État requérant et d'après celle de l'État requis* ». La tentative peut donc être un obstacle à l'extradition à défaut de double incrimination en raison des divergences de politiques criminelles sur le concept de la tentative. À ce propos, une Chambre d'accusation s'est prononcée en rejetant une demande d'extradition présentée par la Suisse parce que la tentative reprochée à l'inculpé avait fait finalement l'objet d'un désistement de sa part[739], la tentative n'étant pas punie en France même manifestée par un commencement d'exécution si l'auteur s'est désisté de son propre chef[740].

737. La complexité de l'application de la double incrimination dépasse le seul « *fait* » caractérisant l'élément matériel de l'infraction et englobe bien d'autres formes de participation criminelle telles que la complicité d'infractions comportant un élément d'extranéité. Dès lors il convient aussi d'aborder l'application de la double incrimination à la complicité en droit pénal international.

---

[738] Valérie MALABAT, « L'exigence de légalité en droit pénal international l'exemple comparé de l'extradition et du mandat d'arrêt européen », *in Des liens et des droits Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE*, Dalloz, 2015, p. 771.

[739] Paris, 12 décembre 1966, cité par Georges LEVASSEUR, « Les problèmes actuels d'extradition », op. cit., p. 561.

[740] Georges LEVASSEUR, ibid.

…/…

B. Un acte de complicité

738. La complicité est de par sa nature un mode accessoire de participation à une infraction. Elle consiste à s'associer à l'infraction d'autrui, et ne peut donc avoir d'existence autonome[741]. En droit pénal international, l'élément d'extranéité peut revêtir différentes formes, comme le lieu de commission ou la nationalité de l'auteur. Cette variété de formes de l'élément d'extranéité peut vite avoir un impact sur la complicité, notamment en cas de diversification des lieux de l'infraction entre le fait principal et la complicité. Ainsi, l'élément d'extranéité peut concerner la nationalité du complice (étranger ou français) ou le lieu de commission (commission en France et complicité à l'étranger). Tout cela s'ajoute au fait principal qui peut avoir eu lieu sur le sol français ou étranger. L'éventualité d'une dispersion des éléments d'extranéité en cas de complicité nécessite de s'attarder sur la complicité commise en France (1), puis sur la complicité commise à l'étranger (2).

1. Un acte de complicité commis en France

739. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, et par la force de la stricte application du territorialisme conjuguée à la théorie de la complicité criminalité d'emprunt, la localisation de la complicité au lieu de l'acte principal a conduit à deux résultats paradoxaux. Le premier est la compétence des tribunaux français pour juger un complice lorsqu'ils sont compétents pour juger l'auteur principal en vertu de la compétence territoriale. Le deuxième est l'absence de toute compétence juridictionnelle à l'égard de la complicité en France d'une infraction commise à l'étranger si l'acte principal échappe lui-même à toute autre compétence judiciaire[742]. Cette incohérence peut avoir un effet sur l'utilisation spéciale de la double incrimination en matière d'extradition. C'est le cas lorsqu'un étranger est complice en France d'un acte principal commis à l'étranger, et que son pays a adressé à ce titre une demande d'extradition à la France. En effet ici l'extradition devrait être refusée car la France ne possède pas de chef de compétence pour

741 Emanuel DREYER, op. cit., n° 1049, p. 735.

742 Alain FOURNIER, « Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises », *Rev. Crit. DIP.*, 1981, p. 31, n° 2.

juger le complice d'une infraction commise à l'étranger. Ce qui aboutit à une situation fâcheuse d'impunité du complice français agissant en France pour une infraction commise à l'étranger.

740. Ce risque fort d'impunité a poussé le législateur à modifier les règles de l'ancien Code. Aujourd'hui, les juridictions répressives françaises peuvent juger le complice même si elles s'avèrent incompétentes à juger l'auteur principal.

L'article 113-5 du Code pénal prévoit ainsi que « *La loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère* »[743]. La solidarité entre la complicité et l'infraction principale repose sur la dépendance de l'une à l'autre. Et cette dépendance découle quant à elle de l'idée selon laquelle la complicité emprunte son caractère criminel au caractère punitif de l'infraction principale. La double incrimination est présente explicitement dans la rédaction de l'article 113-5, mais cette simplicité de forme ne se retrouve pas nécessairement dans le fond.

741. En effet, la mise en œuvre de l'article 113-5 pose des conditions tenant à l'infraction principale et à la complicité. La double incrimination concerne donc ces deux catégories de conditions. Concernant les conditions de l'infraction, l'engagement des poursuites pénales pour une complicité commise en France dépend essentiellement de la compétence juridictionnelle de l'État étranger. L'article 113-5 inscrit sous l'intitulé « *les infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République* » incarne une compétence inspirée du territorialisme, mais seulement de sous-ordre[744]. Par contre, il est limité aux seuls crimes et délits, ce qui dès lors exclut les contraventions de sa sphère

---

743 L'article 690 ancien du Code de procédure pénale prévoyait que « *Quiconque s'est, sur le territoire de la République, rendu complice d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises si le fait est puni à la fois par la loi étrangère et par la loi française, à la condition que le fait qualifié crime ou délit ait été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère* ».

744 Alain FOURNIER, « La complicité en France n'est pas constitutive de localisation partielle sur le territoire national du crime ou délit commis à l'étranger », *D.*, 1999, p. 491.

…/…

d'application. L'engagement de poursuites pour complicité commise en France dépend donc de l'infraction principale qui lui est attachée et qui devra être incriminée tant en France que dans l'État où l'infraction principale s'est déroulée. Ainsi la double incrimination des faits est exigée[745].

742. De prime abord l'exigence de la double incrimination apparaît identique à celle figurant à l'article 113-6 sur la compétence personnelle active. Mais ce n'est pas la réalité. Le renvoi à la loi pénale étrangère au sein de la compétence personnelle active est restreint aux seuls délits figurant à l'alinéa 2 de l'article 113-6, ce qui exclut de son champ d'application les crimes commis à l'étranger par un Français. Ce n'est pas le cas au sein de l'article 113-5 où la double incrimination de l'infraction principale n'est pas limitée de la sorte et vise aussi la complicité de crime commis à l'étranger[746]. L'appréciation de la double incrimination du fait principal commis à l'étranger n'appartient pas par ailleurs uniquement au juge français. En effet, l'article 113-5 a ajouté à la suite de l'exigence de double incrimination : « *et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère* ». L'existence d'une décision étrangère définitive doit donc aussi être attestée, en plus de la double incrimination[747]. Dès lors, la solidarité entre la double incrimination et sa constatation par une décision définitive rendue par l'une des juridictions de l'État de commission s'avère renforcée. Nous pouvons ainsi affirmer que le défaut de décision étrangère définitive empêchera de remplir la condition de double incrimination. Cette nouvelle condition n'est cependant pas précise quant aux modalités de sa constatation ou de la condamnation. Peu importe a priori que l'auteur soit ou non puni, ou la façon dont il a été puni, il apparaîtrait suffisant que le tribunal étranger ait constaté la matérialité du fait principal et la possibilité qu'il soit punissable « *in abstracto* »[748].

---

745 Laurent DESESSARD, op. cit., Fasc. 10, n° 74.

746 Delphine BRACH-THIEL, op. cit., n° 61.

747 Cass.crim., 29 janvier 2008, n° 07-82.872. JurisData n° 2008-042904. Dr. Pénal, 2008, comm. 60, obs. Michel VERON.

748 Emanuel DREYER, op. cit., n° 1847, p. 734. Andrée HUET et Renée KORING-JOULIN, op. cit., n° 7.

…/…

En outre, le recours à l'interprétation *in abstracto* de la décision étrangère se justifie par la condition essentielle de mise en œuvre des poursuites pour un acte de complicité commis en France d'une infraction extraterritoriale, à savoir la double incrimination. Mais pour ce faire, il convient d'aller chercher dans un jugement et non dans la loi[749].

743. Pour ce qui est des conditions que doit remplir la complicité, en particulier la condition de double incrimination, sous l'empire de l'article 690 ancien du Code de procédure pénale la doctrine estimait que la double incrimination ne concernait pas seulement le fait principal mais autant le fait principal que la complicité, c'est-à-dire l'incrimination par la loi étrangère tant des faits de complicité que du crime ou délit principal[750]. Cependant, dans l'article 113-5, la double incrimination n'est appliquée qu'au fait principal commis à l'étranger, peu important que la complicité soit punissable à l'étranger puisque cela est justifié par le rattachement territorial de la complicité qui ignore toute éventuelle indifférence au regard de la loi pénale où l'infraction principale a été commise[751].

744. L'analyse qui précède aborde la question de la double incrimination sous la lumière d'un élément d'extranéité strictement géographique pour ce qui est de l'infraction principale commise à l'étranger, sans évoquer la question de la nationalité de l'auteur. Toutefois, bien qu'à priori sans aucun impact, cette dernière peut se voir attribuer un rôle dans certaines situations. Imaginons le cas d'une complicité en France pour une infraction commise à l'étranger par un Français. Nous serions alors face à une multiplication des chefs de compétence pour une seule et même infraction, puisque d'une part, l'auteur français ayant commis l'acte incriminé à l'étranger pourra être poursuivi en vertu de l'article 113-6 sur la compétence personnelle active, et que d'autre part, le complice sur le sol français pourra faire l'objet de poursuites pénales fondées quant à elles sur l'article 113-5 du Code pénal. Les difficultés apparaissent du fait que la double incrimination au sein de la compétence personnelle active se limite aux délits commis à l'étranger alors que la double incrimination englobe à l'article 113-5 tant le crime que le

749 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 410, p. 531.

750 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 267, p. 355. Alain FOURNIER, « Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises », op. cit., n° 20, p. 56.

751 Emanuel DREYER, op. cit., n° 1849, p. 735.

délit. Il convient alors de se demander si dans un tel cas on se trouve dans une situation déséquilibrante pour la même infraction. Convient-il d'analyser chaque participation séparément les unes des autres au nom de la distinction des chefs de compétence attributive et selon le rôle que chaque protagoniste a pu jouer ?

745. Soulignons tout d'abord que la notion de complicité en droit pénal international n'est pas aussi simple qu'elle n'y paraît. En effet, la doctrine n'est pas unanime à ce sujet. Il convient de noter que lorsque l'acte de complicité est commis en France pour une infraction extraterritoriale relevant de la compétence réelle, universelle ou personnelle passive, les juridictions nationales françaises sont compétentes à juger le complice sans condition de double incrimination, puisqu'il n'y est pas fait référence[752].

746. La situation est plus compréhensible lorsqu'il s'agit d'une infraction principale relevant de la compétence personnelle active (rattachement subjectif) d'un auteur principal français ayant commis une infraction à l'étranger à l'aide d'un complice sur le territoire français. Les difficultés naissent de l'absence de solution textuelle explicite notamment concernant le double rattachement territorial et personnel. Selon certains auteurs, la question dépend de la nationalité du complice : si le complice est français et que l'infraction relève de la compétence personnelle active (si l'auteur est français), l'article 113-5 doit être écarté en faveur de l'article 113-6 ; si le complice est étranger, l'article 113-5 joue son rôle supplétif et justifie la compétence française[753]. Lorsque le complice est en France et l'auteur à l'étranger tout en étant tous deux français, ce double rattachement personnel détermine une compétence personnelle active étendue tant à l'auteur qu'au complice, indépendamment de la localisation[754]. En ce sens, M. LOMBOIS précisait que l'article 690 ancien du Code de procédure pénale (aujourd'hui 113-5 du Code pénal) est une règle spéciale qui doit prévaloir sur la règle générale de compétence

---

752 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 3e édition, Puf, n° 141, p. 236. Claude LOMBOIS, op. cit., n° 268, p. 322.

753 Renée KOERING-JOULIN, « L'application de la loi pénale française dans l'espace (Avant-projet de Code pénal, 1983) » *RSC*, 1984, p. 266.

754 Alain FOURNIER, « Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises », op. cit., p. 65.

…/…

personnelle active, surtout en l'absence de toute distinction et réserve particulière. En outre il proposait d'adapter cet article 690 mais parvenait à la même conclusion que les autres auteurs[755].

747. Pourtant les juridictions françaises n'ont pas opté pour cette solution en affirmant que l'article 690 ancien du Code de procédure pénale « *ne trouve application que lorsque l'auteur du fait principal ne peut être jugé par les juridictions françaises* »[756]. Dès lors on comprend que l'article 113-5 doit être écarté lorsque la loi pénale française est applicable à une infraction commise hors du territoire français, conformément à l'article 113-6 sur la compétence personnelle active[757].

748. Mais que pensez de ces deux solutions au regard de la problématique de la double incrimination. D'après la solution doctrinale on doit effectuer une distinction selon que le complice ayant agi sur le territoire de la République est français ou étranger. Il en résulte une solution discutable car le champ de la double incrimination dépend dans ce cas de la nationalité du complice : s'il est étranger on exigera une double incrimination tant pour le crime que pour le délit en appliquant l'article 113-5, et si le complice est français la double incrimination ne sera exigée que pour les délits (*cf.* l'hypothèse de la nationalité française de l'auteur principal). On peut en déduire qu'est réservée une place plus favorable pour les étrangers que pour les nationaux pour le même fait incriminé. L'on pourrait dès lors dupliquer la solution jurisprudentielle qui consiste à appliquer l'article 113-5 au complice lorsque les tribunaux ne sont pas compétents pour juger l'auteur principal. Cela aboutit aussi à ce que la double incrimination varie dans son application selon le caractère volontaire de l'acte du complice, ou l'impact d'éléments extérieurs à sa personne, voire sur lesquels il n'a aucune prise au moment de l'acte, à l'instar de la nationalité de l'auteur principal.

749. Clair, général et non distinctif sont les caractéristiques que l'on peut attribuer à l'article 113-5. Au regard du principe de légalité, tout ce qui est prévu doit être appliqué

755 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 268, p. 322.

756 Cass. Crim., 20 février 1990, n° 89-86-610, 89-86.611. JurisData n° 1990-001110.

757 Laurent DESESSARD, op. cit., n° 75.

…/…

sans exagération. Il n'est donc pas concevable de renoncer à l'application territoriale de la loi pénale française sous prétexte que le complice en France doit être traité comme l'auteur principal d'une infraction commise à l'étranger. L'assimilation pratique de l'article 121-6 du Code pénal ne devrait pas neutraliser l'article 113-5[758].

750. La complicité pourrait aussi être étudiée dans le cadre d'infractions extraterritoriales dont l'acte matériel et/ou la détermination criminelle se trouvent dispersés sur le territoire de plusieurs États. Ce peut être le cas d'une infraction continue ou complexe, auquel cas il suffit que la double incrimination pour « le fait principal » soit remplie dans l'un de ces États[759]. À noter que la satisfaction de cette double incrimination devra s'effectuer *in concreto.*

751. La double incrimination comme la complicité ne vont pas gagner en simplicité lorsque la complicité se déroule à l'étranger.

2. Un acte de complicité commis à l'étranger

752. Dans ce second cas de figure, la complicité comporte plusieurs « sous-hypothèses ». C'est pourquoi il apparaît nécessaire de délimiter notre champ de recherche et de n'évoquer que les hypothèses où la question de la double incrimination se pose. La complicité commise à l'étranger d'une infraction principale commise en France ne soulève pas de véritable problématique lorsque la théorie de la criminalité d'emprunt est utilisée[760]. La jurisprudence est alors amenée à se déclarer compétente[761], et la double incrimination ne présente pas d'utilité.

753. Cependant, la doctrine reste très divisée en l'absence de solution législative directe et explicite. Premièrement, il convient de préciser que le complice étranger d'un auteur français d'une infraction commise à l'étranger est soumis à la législation française. En effet, si le complice emprunte la criminalité de l'auteur principal, il ne lui emprunte pas

---

758 Emanuel DREYER, op. cit., n° 1849, p. 735.

759 Alain FOURNIER, « La complicité en France n'est pas constitutive de la localisation partielle sur le territoire national du crime ou délit commis à l'étranger », op. cit., n° 12.

760 Laurent DESESSARD, op. cit., Fasc. 10, n° 72.

761 Cass. crim., 8 juin 1912 : DP 1913, 1, p. 154. – Cass. crim., 22 juill. 1948 : *Bull. crim.* 1948, n° 208 – Cass.crim., 30 octobre 2013, n° 12-83.995 : JurisData n° 2013- 023956.

sa nationalité, ce qui découle aussi du concept subjectif de la compétence personnelle active.

754. En outre, l'hypothèse la plus discutée concerne le complice français ayant agi à l'étranger d'une infraction commise à l'étranger. Dans une telle hypothèse il est nécessaire de déterminer si l'auteur principal est français ou étranger, autrement dit si le fait principal relève ou ne relève pas de la compétence des juridictions françaises. Rappelons qu'au contraire de l'article 113-5, il manque en la matière un texte législatif explicite. Dans le premier cas où l'infraction principale relève de la compétence personnelle active certains auteurs estiment que les juridictions françaises sont compétentes en justifiant leur opinion par la théorie de la complicité criminalité d'emprunt ; se fondant ainsi sur l'article 689 du Code de procédure pénale et affirmant que dès lors que les tribunaux français sont compétents à poursuivre le fait principal, ils le sont aussi pour le complice quelle que soit sa nationalité. À contrario, si les tribunaux français ne sont pas compétents à poursuivre et juger le fait principal, la complicité échappe alors à toute compétence française et ce même si le complice est de nationalité française[762]. Ainsi, lorsque la mise en œuvre des poursuites pénales exige la double incrimination, cette condition devra être aussi exigée pour la complicité.

755. Une autre partie de la doctrine a choisi d'adopter une sorte de compétence personnelle active complémentaire afin de poursuivre le complice français lorsque l'infraction principale ne relève pas de la compétence des juridictions françaises. Selon cette opinion, l'extension de la compétence personnelle active au complice trouve sa justification dans deux principes : d'abord la non-extradition des nationaux, ensuite, *aut dedere aut punire.* Par exemple, si un complice français se rend dans son pays après sa participation criminelle, il convient de le poursuivre en vertu de la compétence personnelle active[763].

---

762 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *droit pénal international*, op. cit., n° 141.

763 Alain FOURNIER, « Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises », op. cit., n° 13 et s. p. 46. L'auteur a précisé son opinion avant la modification de l'article 689 du Code de procédure pénale qui ne précisait – à cette époque là – pas le mode de la participation ce qui l'a amené à affirmer que dans le silence du texte et en l'absence d'une réserve ou distinction rien ne justifiait l'exclusion du complice de ce champ d'application. La rédaction actuelle de l'article 689 englobe tant l'auteur que le complice.

C'est pourquoi la complicité à l'étranger doit être traitée à l'image du fait principal en exigeant la double incrimination lorsqu'il s'agit d'un délit commis à l'étranger.

756. Par ailleurs, une autre opinion de la doctrine dénie quant à elle toute compétence des juridictions françaises pour juger les actes de complicité commis à l'étranger et ce pour deux raisons. La première pour des motifs purement techniques : le Code pénal punit désormais le complice comme s'il avait été lui-même l'auteur principal (cf. article 113-5), d'où le fait qu'en l'absence d'un texte équivalent, le complice devra être traité comme l'auteur d'une infraction commise à l'étranger et donc soumis à un droit étranger. La deuxième raison est relative à l'interprétation stricte de la loi pénale : le complice étant censé connaître la loi territorialement compétente, et non par conséquent la loi pénale du pays où l'infraction a été commise par un tiers (sans compter que la complicité peut être établie sans savoir exactement où l'infraction a été commise)[764].

757. L'article 113-6 sur la compétence personnelle active est rédigée de manière générale et énonce que la loi pénale française est applicable « *aux délits commis par des français [...] si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». Ici le législateur pose deux fondements à l'application de la loi pénale : la nature du fait (un délit) et la nationalité de l'auteur, sans faire de distinction entre les modalités de participation criminelle (en tant qu'auteur ou complice) à l'instar de l'article 689 du Code de procédure pénale. De ce fait, l'interprétation adoptée par M. FOURNIER n'incarne pas une extension inacceptable de l'interprétation juridique ni une violation du principe de légalité criminelle. Cette interprétation est susceptible de s'appliquer aussi à l'article 113-6 du Code pénal.

758. Par ailleurs, on notera que la Cour de cassation a admis, en matière d'extradition, la compétence française à l'égard d'un Français coupable de complicité sur le territoire chinois d'un délit de fabrication et de vente de stupéfiants commis en Chine par un auteur principal de nationalité allemande[765] ; et ce malgré le fait que l'article vise « *des*

764 Emanuel DREYER, op. cit., n° 1852, p. 737.

765 Crim., 23 avril 1936, D.H., 1936.316, cité par Alain FOURNIER, op. cit., p. 51.

…/…

personnes faisant l'objet d'une demande d'extradition » et ne prend pas en compte les différentes modalités de la participation criminelle[766]. Cette large interprétation faite de l'ancien article 689 du Code de procédure pénale érige un facteur de rattachement autonome du complice français permettant de déterminer une compétence personnelle active propre au complice français, corrigeant ainsi l'imperfection du système actuel. Selon nous, cette solution semble être la plus convaincante car elle permet en même temps d'appliquer la double incrimination à la complicité (à condition qu'il s'agisse d'un acte principal incriminé tant en France qu'à l'étranger) et à l'acte principal (qui échappe de toute façon à la compétence française). Elle doit cependant être retenue *in abstracto* en tant que simple application du principe de légalité et non comme une condition de mise en œuvre de la compétence extraterritoriale.

759. Au vu de cette analyse, la double incrimination doit être exigée aussi pour la complicité commise à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale (cf. article 689-11 du Code de procédure pénale). Ce dernier indique que « *toute personne […] qui s'est rendue coupable à l'étranger […]* » et n'apporte pas de précisions quant aux modalités de la participation criminelle, faisant comprendre que cette rédaction concerne tant l'auteur principal que le complice.

Tableau : double incrimination et complicité

Fait principal		Complicité en France	Complicité à l'étranger
Commis en France		Pas de double incrimination (Compétence territoriale)	Pas de double incrimination (Emprunte de criminalité)
Commis à l'étranger	Compétence réelle + personnelle passive + universelle	Pas de double incrimination (Sauf art. 689-11)	Pas de double incrimination (Sauf art. 689-11)
	Compétence personnelle active	Double incrimination fait principal seulement (113-5)	Double incrimination de complicité et fait principal (Interprétation extensive de 113-6)

Source : tableau établi par l'auteur

766 L'article 38 alinéa 2 du Traité franco-chinois du 7 juin 1858 prévoit que « *les français pour la répression des crimes et des délits commis par eux en Chine* », ibid.

760. Cette divergence d'opinions doctrinales sur le statut de la complicité en droit pénal international a ainsi un impact sur celui de la double incrimination. Notre démonstration ne signifie pas la faiblesse des autres opinions qui se fondent sur des bases solides et justifiées. Et quoi qu'il en soit, seule une modification par le législateur de l'article 113-6 du Code pénal précisant les modalités de la participation criminelle (auteur et complice) pourrait résoudre cette problématique.

761. En matière d'extradition, le Code de procédure pénale a effectué une distinction, à l'article 696-3, entre le fait d'un côté, et la complicité et la tentative de l'autre, ce qui est justifié d'une part par les divergences de concepts nationaux sur les notions de coauteur et de complice, et d'autre part par le fait que la peine encourue par le complice n'est pas toujours, comme en France, identique à celle encourue par l'auteur principal[767].

762. La complicité ne pose pas de problème particulier en matière d'extradition du fait des conventions bilatérales accordant l'extradition selon un seuil minimal de peine. L'extradition est alors accordée lorsque ce seuil minimal est atteint, peu important si l'acte est qualifié de fait principal dans un État, et de complicité dans l'autre. La situation s'avère plus délicate lorsque la Convention d'extradition repose sur le modèle « liste d'infractions », car il convient dans ce cas de procéder à la qualification des faits en fonction de chaque État et vérifier si cette complicité trouve ou non son fondement dans la Convention[768]. Malgré l'abandon de ces listes au sein les conventions bilatérales d'extradition et dans les lois nationales d'extradition, le mandat d'arrêt européen en prévoit une, afin d'exclure le contrôle de la double incrimination[769].

763. Ainsi, la détermination des composantes pénales objectives de la double incrimination s'avère bien plus complexe que ce que laissait entendre les expressions jurisprudentielles « *prise en considération de la loi pénale étrangère* » ou « *simple consultation de cette loi* ». Et il faut se demander si cette complexité s'étend également aux composantes subjectives d'une infraction.

---

767 Georges LEVASSEUR, « Les problèmes actuels d'extradition », op. cit., p. 561.

768 Georges LEVASSEUR, ibid.

769 La question de l'abandon de la double incrimination et le mandat d'arrêt européen sera traité dans le Titre II de cette partie.

§ 2. La prise en compte des composantes subjectives

764. Si les aspects objectifs de la construction criminelle (fait principal, complicité, tentative etc.) ont été les premiers aspects de la lutte contre le phénomène pénal, les aspects subjectifs attaché à la personnalité de l'auteur n'en sont pas pour autant ignorés, ceux-ci pouvant jouer un rôle essentiel dans la décision rendue par la juridiction saisie. Pour ce qui concerne la double incrimination, l'élément d'extranéité peut avoir trait aux aspects objectifs comme subjectifs, nous amenant à aborder ici les questions subjectives en lien direct avec la double incrimination, via l'étude des causes d'irresponsabilité pénale (A), puis celles des personnes responsables (B).

A. Les causes d'irresponsabilité pénale

765. Le droit pénal ne punit pas automatiquement l'auteur de l'infraction ou le participant. Ces derniers ne peuvent être condamnés que s'ils sont reconnus pénalement responsables[770]. La responsabilité se définit de manière générale comme l'obligation de répondre des conséquences de ses actes[771]. Elle est parfois confondue avec les notions de « *culpabilité* » et « *imputabilité* ». La culpabilité suppose la commission d'une faute au sens large ; sans faute, il n'y a pas de responsabilité au sens classique. Mais cela ne suffit pas à affirmer la responsabilité pénale. En effet, il convient que l'acte puisse être imputé à la personne poursuivie en raison de la faute qu'elle a commise[772]. C'est pourquoi il n'y a pas lieu de parler d'imputation lorsque la personne poursuivie a agi, par exemple, sous l'empire de certains troubles psychologiques, ou sous la contrainte.

766. Le droit pénal reconnaît des cas où l'acte criminel peut s'avérer justifié par des circonstances permettant d'ôter le caractère criminel à un acte : ce sont les causes d'irresponsabilité pénale. Chaque Code pénal précise explicitement les causes d'irresponsabilité pénale qu'il admet, au nom du respect du principe de légalité

---

770 Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 21e édition, Dalloz, 2009, n° 368, p. 326.

771 Ibid.

772 Georges LEVASSEUR, « L'imputation des infractions en droit français », *RDPC*, 1968-1969, p. 389 et s. Stefan GLASER, *Infraction internationale : ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, LGDJ, Paris, 1957 p. 110.

criminelle, et pour éviter que l'autorité judiciaire ne créée des cas d'irresponsabilité pénale en violation du principe de séparation des pouvoirs.

Le Code pénal français leur a consacré un chapitre indépendant intitulé « *Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité* » composé des articles 122-1 à 122-9. Non seulement il s'agit d'une cohérence formelle tout à fait louable d'avoir réuni dans le même chapitre toutes les causes d'irresponsabilité pénale, mais les formules utilisées par le Code pénal sont plus explicites que celle de l'ancien Code pénal[773]. Cependant, cette rédaction a subi quelques critiques quant à la classification sous une seule rubrique des différentes causes d'irresponsabilité pénale alors que ces causes subissent elles-mêmes des distinctions: la première catégorie concernant les causes subjectives d'impunité telles que l'abolition de discernement par un trouble psychique ou neuropsychique, la contrainte, l'erreur sur le droit et la minorité, et la deuxième concernant les causes objectives d'impunité (*cf.* les faits justificatifs) comme l'ordre de la loi, le commandement d'autorité légitime, la légitime défense et l'état de nécessité[774].

767. Selon cette distinction les faits justificatifs ne font pas partie des dimensions subjectives de l'infraction vu qu'ils concernent des circonstances extérieures à l'acte voire étrangères à la personne de l'agent. Pourtant cette vision n'a pas été adoptée en droit pénal international qui fait varier la réponse en fonction de la politique criminelle des États. Par exemple, dans la plupart des pays arabes, le fait justificatif est dans certains cas un volet subjectif de la détermination criminelle rattaché seulement à la personne de l'auteur, en particulier en matière du droit de la famille[775]. Il est dès lors possible d'analyser ici l'ensemble des causes d'irresponsabilité pénale.

768. Lorsque l'on regarde la liste des causes d'irresponsabilité, on comprend que la personne qui a commis l'infraction sert un intérêt social plus important que celui protégé par la loi

---

773 Corinne MASCALA, Faits justificatifs, *J-Cl. Pén.*, art. 122-4, Fasc. 20, 2012, n° 3 et s., 2012.

774 Ibid.

775 Dans la plupart des pays Arabes le père et le mari possèdent une autorité de réprimande envers ses enfants ou sa femme (s'inspirant d'un droit religieux) qui pourrait atteindre une réprimande corporelle sans causer des dommages ou du mal au corps ou ses fonctions.

…/…

qu'elle a méconnue[776]. Mais, à l'échelle internationale, les intérêts sociaux peuvent varier d'un État à l'autre, et remettent dès lors en question cette liste de causes d'irresponsabilité. De même il convient de se demander à quelles infractions elle s'appliquerait : celles commises en France et/ ou celles commises à l'étranger ? Et à quelle loi convient-il de se référer afin d'apprécier l'existence ou non d'une telle cause d'irresponsabilité pour une infraction extraterritoriale ?

769. Concernant la double incrimination et la consultation de la loi pénale étrangère, la doctrine comme on l'a montré affirme qu'il importe peu qu'il existe des différences entre la qualification du fait et la sévérité de la peine encourue lorsque le fait lui-même est puni par les deux lois. Cependant, la doctrine ne limite pas ce raisonnement à l'incrimination du fait mais précise que le fait doit être puni d'une part, et susceptible d'être punissable en vertu de l'interprétation *in concreto* de la double incrimination d'autre part. On parle alors plutôt de l'imputabilité du fait reproché, ce qui signifie que le fait commis à l'étranger ne sera pas susceptible d'être poursuivi mais d'être soumis à la peine. En effet, la méthode d'interprétation *in concreto* exige également l'examen des caractéristiques subjectives de l'infraction ainsi que les éventuels faits justificatifs ou les causes de non-imputabilité[777].

770. Il est vrai que l'exigence de la double incrimination tant par le Code pénal que le Code de procédure pénale ne réclame pas de véritable réciprocité d'incrimination mais a *minima* que l'acte en question relève d'une qualification criminelle en droit étranger[778]. Néanmoins, cela ne veut pas dire que l'existence d'une incrimination en droit étranger suffise à remplir la condition de double incrimination et donc à engager des poursuites pénales par les autorités françaises. Il est indispensable que le fait commis à l'étranger n'échappe pas à la répression en raison d'un fait justificatif ou d'une cause d'irresponsabilité admise par la loi étrangère[779]. C'est la raison pour laquelle la double

---

776 Jean PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 344, p. 304.

777 Theo Vogler, « Les problèmes actuels d'extradition », op. cit., p. 426

778 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 377, p. 484.

779 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, Compétence des tribunaux français, op. cit., n° 26. T. corr. Colmar, 11 mai 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 27. – CA Colmar, 31 juill. 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 189 ;

…/…

incrimination n'exige pas seulement l'existence d'une faute (*cf.* la culpabilité) mais que l'acte présente un caractère « antisocial » imputable à son auteur. Une personne ne pourrait être poursuivie s'il existe une « cause de non-imputabilité »[780].

771. En matière d'extradition, la double imputabilité est aussi reconnue par la doctrine. Elle consiste à vérifier si le fait incriminé est aussi punissable selon le droit de l'État requis et celui l'État requérant[781]. M. REBUT estime qu'« *il ne suffit donc pas que les faits soient incriminés également par l'État requis. Il convient aussi qu'ils puissent être réprimés selon sa législation* »[782]. Pour cela un examen doit être apporté par l'autorité de l'État requis sur le fait que l'objet de la demande d'extradition s'avère ou non couvert par un fait justificatif ou une cause d'irresponsabilité pénale[783].

772. La distinction entre les causes d'irresponsabilité pénale en matière d'infractions extraterritoriales est très utile voire indispensable en matière de double incrimination. Compte tenu de l'ensemble des causes de non responsabilité (faits justificatifs et causes subjectives d'impunité) il convient de les analyser sous deux angles dont le premier est leur nature juridique indépendante de tout élément d'extranéité, et le deuxième leur effet sur les participants à l'infraction.

Pour ce qui est de la nature des faits justificatifs, il s'agit de causes objectives de non responsabilité. Ces faits effacent l'élément légal de l'infraction, qui ne constitue donc plus objectivement ni un crime ni un délit et aboutit à ce que la responsabilité pénale ne soit plus retenue[784] ainsi que la responsabilité civile. Pour les causes de non responsabilité subjective c'est la seule responsabilité pénale qui est effacée, l'infraction en elle-même subsiste.

RSC 1950, p. 592, obs. L. Hugueney. V. Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 400, p. 357.

780 Georges LEVASSEUR, op. cit., p. 390.

781 Hans SCHULTZ, « les problèmes actuels d'extradition », *RIDP*, p. 797.

782 Didier REBUT, Extradition, op. cit., n° 116.

783 Delphine BRACH-THIEL, Extradition, *Rép. Pén.*, Dalloz, 2012, n° 70.

784 Bernard BOULOC, op. cit., n° 375, p. 330.

…/…

En ce qui concerne leurs effets sur les participants, on a pu observer que les faits justificatifs opèrent *in rem* et non *in personan*, autrement dit c'est l'acte lui-même qui est dénué de tout caractère infractionnel et non son auteur qui est exonéré de peine. Ainsi, tous les participants ayant aidé l'auteur bénéficient de cette cause d'irresponsabilité pénale[785]. En revanche, en cas de causes subjectives de non-responsabilité, les coauteurs et les complices ne bénéficient pas de l'exonération de responsabilité de l'auteur[786].

Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'une infraction commise à l'étranger et que celle-ci est couverte par un fait justificatif (cause objective) la double incrimination fait défaut tant chez l'auteur que chez les autres participants, ce qui rend les poursuites injustifiées à défaut d'élément légal de l'infraction. En sens inverse, lorsqu'il existe une cause subjective de non-responsabilité (par exemple l'abolition du discernement) la condition de la double incrimination fait défaut pour l'auteur de l'infraction principale mais continue d'exister pour les autres éventuels participants.

773. Cela étant, il convient de s'interroger sur l'appréciation de l'existence d'un fait justificatif ou d'une cause d'irresponsabilité subjective[787]. Est-ce que le juge doit prendre uniquement en compte la loi pénale étrangère ou bien lui incombe-t-il de traduire l'état réel de la personne par rapport au texte législatif ? Et peut-être faut-il aller plus loin en admettant que le juge étranger *lex loci délicti* doit apprécier les faits afin de prouver que la double incrimination ne s'applique pas ?

Selon nous, il s'agit de simples faits soumis à l'appréciation du juge français et non une question de droit[788]. Dès lors que le juge national est obligé d'examiner la loi étrangère par une « simple consultation », il lui appartient d'examiner en même temps si l'état réel de la personne tombe concrètement sous le coup de l'une des causes d'irresponsabilité pénale figurant dans la loi pénale étrangère.

---

785 Emanuel DREYER, op. cit., n° 1186, p. 834.

786 Bernard BOULOC, idem.

787 Nous n'abordons pas la question de la preuve de l'existence d'un fait justificatif car cette question sera abordée dans le Chapitre II de ce Titre.

788 Jean STOUFFLET, op. cit., p. 525.

774. Les causes d'irresponsabilité pénale relèvent en général du caractère infractionnel du fait. Et partant du principe que l'appréciation *in concreto* doit comprendre l'ensemble de l'infraction, il n'est dès lors pas possible d'éviter la position de la loi étrangère concernant les causes d'irresponsabilité et de n'appliquer que les causes françaises d'irresponsabilité pénale. En effet, l'infraction elle-même ayant été commise à l'étranger, la double incrimination exige en vertu de cette interprétation *in concreto* que la construction criminelle soit établie comme si l'acte en cause était poursuivi par l'État étranger.

775. Outre les causes d'irresponsabilité pénales, d'autres composantes subjectives liées à la responsabilité pénale doivent également être prises en compte.

B. Les personnes responsables

776. Comme nous venons de le voir, la situation personnelle de la personne en cause ne peut être ignorée lorsqu'il s'agit de sa qualité ou lorsqu'elle se trouve dans une situation particulière obligeant le juge à la prendre en considération afin, soit d'enlever le caractère infractionnel du fait, soit d'exclure l'application de la peine. Cette situation personnelle, en ce qu'elle englobe les causes d'irresponsabilité pénale, s'étend aussi à la responsabilité pénale.

Supposons qu'un Français commette une infraction à l'étranger, deux questions peuvent se poser concernant les personnes responsables. La première concerne l'âge de majorité de l'auteur (français) et de la victime (étrangère). Pour ce faire consulte-t-on la loi française en tant que *lex fori* ou la loi étrangère en tant que *lex loci déliciti* ? La deuxième interrogation est en lien avec l'article 113-6 alinéa 2 qui précise que la loi pénale française est applicable aux délits commis « *par un Français* ». Ce qui pose la question de savoir si cet article s'applique aux personnes physiques seulement ou aussi aux personnes morales ?

777. La détermination de l'âge de majorité pour une infraction commise à l'étranger n'a d'importance que lorsque la victime est étrangère dans le cadre d'une infraction qui n'est pas l'une des infractions contre les mineurs qui excluent la double incrimination[789]. En

[789] V. le Titre II de cette Partie

effet, si la victime est française l'article 113-7 s'applique et la condition de double incrimination n'est pas requise. Faut-il alors retenir l'âge de la majorité pénale du lieu de commission afin d'appliquer la condition de double incrimination pour les infractions commises contre un mineur ou celui prévue par la loi française ? Est-ce que le fait de retenir l'âge de majorité pénale prévue par la loi étrangère constitue une « simple consultation de la loi étrangère » ou bien s'agit-il d'une application concrète de cette loi ? Afin d'éclaircir cette problématique, prenons l'exemple des délits d'exhibition sexuelle et de harcèlement sexuel prévus par les articles 222-32 et 222-33 du Code pénal qui les punissent d'un an d'emprisonnement. Cette peine peut en effet être portée jusqu'à trois ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est commise sur un mineur de 15 ans. Imaginons deux cas d'espèce, l'un où l'auteur est un Français qui commet ce délit dans un État A contre une personne âgée de 17 ans mineur dans cet État, et l'autre où le même auteur commet le même délit dans un État B contre une personne âgée de 14 ans majeure dans cet État. Quand faut-il admettre que la double incrimination est remplie ? Dans le premier cas il s'agit d'une exhibition sexuelle contre un mineur de 17 ans si l'on tient compte de l'âge de majorité prévu par la loi étrangère ; dans le deuxième cas, la victime n'est plus un mineur selon la loi *lex loci délicti*, et la condition de double incrimination n'est plus remplie. Sur ces cas d'école, la doctrine se trouve divisée.

778. DONNEDIEU DE VABRES optait pour une large application de la loi pénale étrangère, et distinguait deux catégories de lois pénales : les lois pénales assurant la protection sociale et qui sont des lois générales et territoriales, et les lois assurant la protection des personnes comme celles fixant l'âge de la responsabilité du délinquant ou de la victime, appelées aussi « garanties individuelles » ou « lois personnelles »[790]. En outre il affirmait que la loi territoriale pouvait être une loi étrangère et précisait que la confusion quasi instinctive entre la *lex fori* et la *lex delicti* devait être dissipée[791]. Selon cette distinction entre les lois de protection sociale et les garanties individuelles, la loi personnelle (loi de garantie individuelle) est celle qui détermine le statut personnel de la personne concernant

790 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, op. cit., p. 185 et s.

791 Ibid.

l'âge minimum de responsabilité pénale. Il proposait alors que la loi personnelle de l'agent soit appliquée pour fixer l'âge de la responsabilité pénale (que ce soit pour l'auteur ou la victime). Selon lui la distinction entre la capacité civile et la responsabilité pénale n'étant pas justifiée car l'une et l'autre sont fixées d'après un ensemble de critères tels que le climat, l'éducation et l'environnement de chaque État et qu'il serait illogique que le seul franchissement des frontières ne change rien sur la capacité civile (fixée par la loi personnelle) alors que la responsabilité pénale, elle, changerait par ce franchissement de frontières[792]. M. DONNEDIEU DE VABRES était donc favorable à la transposition du système du droit international privé au droit pénal international.

779. Sur ce point, une autre partie de la doctrine a rejeté les idées préconisées par M. DONNEDIEU DE VABRES. En substance elle prône la possibilité d'emprunter à la loi pénale étrangère la norme de répression (la majorité pénale en tant que règle de procédure, le régime ou la nature des peines), en précisant que « *rien n'interdit, logiquement, que la majorité pénale soit fixée par la loi nationale du délinquant plutôt que par la loi applicable au délit* »[793].

Cette opinion a soulevé une vague de critiques. En effet, une partie de la doctrine précise qu'il est vrai que les disparités entre la majorité civile et pénale s'avèrent peu compréhensible si la loi pénale n'a pour objet que la protection de l'incapable. Mais la loi pénale cible aussi un autre objet qui est la protection de la société, ce qui implique que l'âge de majorité de l'auteur soit une question réglée par la loi pénale territoriale[794]. D'autres affirment quant à eux d'une part que le principe de non-discrimination entre nationaux et étrangers interdit de leur appliquer deux lois pénales différentes, et que

---

792 H. DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., p. 197 et s. cette analyse présentée par l'auteur concernait le cas d'une infraction commise en France ayant un élément d'extranéité comme la nationalité étrangère soit de l'auteur soit de la victime, a priori, cette analyse serait aussi applicable aux infractions commises à l'étranger.

793 Claude LOMBOIS, op. cit., n° 381, p. 521. Il faut quand même préciser que l'opinion de M. LOMBOIS a été présentée avant la réforme du Code pénal, à cette époque-là la compétence personnelle active figure à l'article 689 ancien du Code de procédure pénale sur la compétence des juridictions pénales françaises, la compétence de la loi pénale n'était alors qu'une conséquence attachée à la compétence juridictionnelle.

794 Pierre BOUZAT et Jean-Denis BREDIN, op. cit., p. 511 et s.

…/…

d'autre part, la responsabilité pénale n'existe que par rapport à des infractions déterminées, et qu'il n'est dès lors pas possible de renvoyer certains éléments aux normes étrangères et garder le reste pour les normes françaises[795].

780. La réponse aux hypothèses qui viennent d'être posées doit, il nous semble, être formulée avec simplicité, à la lumière de la rédaction de l'article 113-6 du Code pénal, ainsi que de l'interprétation *in concreto* de la double incrimination. L'article 113-6 se caractérise par sa clarté en précisant que « *la loi pénale française est applicable…* ». Il consacre l'exclusivité de l'application de la loi pénale française. Concernant l'interprétation *in concreto* de la double incrimination, il est difficile d'imaginer que la juridiction française considère la double incrimination remplie lorsque la victime étrangère est mineure en France (14 ans) mais majeure sur le territoire où l'infraction a été perpétrée (hypothèse dans laquelle il ne s'agirait pas de l'une des infractions dérogatoires en matière de double incrimination car l'acte ne serait pas imputable s'il a été poursuivi et jugé par le juge de *lex loci délicti*). Il en va de même lorsque la victime est majeure selon la loi française (17 ans) mais mineure selon la loi du lieu de commission. Dans ce dernier cas, le fait échappe à la qualification prévue par la loi française ; l'auteur ne risquant pas de poursuites pour le chef d'accusation d'exhibition sexuelle contre mineurs car la condition de double incrimination ne se trouve pas remplie.

Ainsi, la détermination de l'âge de la responsabilité pénale étant peu évidente, le seuil déterminé par la loi française devrait être le standard exigé lorsqu'est prise en considération la loi pénale étrangère afin de remplir l'exigence de la double incrimination.

781. La forme de la personne responsable pénalement pose également des difficultés en matière de double incrimination. Est-ce que la compétence personnelle active (*cf.* article 113-6) concerne tant la personne physique que la personne morale ? Ou est-ce que la spécificité de la conception de la personne morale exige un traitement particulier ?

782. Le Code pénal français reconnaît à l'article 121-2 la responsabilité pénale des personnes morales en prévoyant dans son premier paragraphe que « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des*

[795] Jacques LE CALVEZ, op. cit., p. 355.

articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Quant au terme «*Français* » qui est employé dans le cadre des compétences personnelles actives et passives (articles 113-6 et 113-7 du Code pénal), ou toute autre compétence extraterritoriale reposant sur une personne française, il vise tant la personne physique que morale.

783. La personne morale étrangère qui commet une infraction à l'étranger peut ainsi relever de la compétence des juridictions pénales françaises en vertu du principe de territorialité quand l'un des éléments constitutifs de l'infraction est localisé en France, ou lorsque l'infraction commise a un effet attentatoire aux intérêts fondamentaux de l'État (compétence réelle), ou lorsque la victime est de nationalité française (compétence personnelle passive). Dans ces cas de figure la question de la double incrimination ne se pose pas car elle n'est pas exigée pour la mise en œuvre de l'un de ces chefs de compétence. En revanche, la condition de double incrimination se pose lorsque la personne morale est française et commet une infraction (délit) à l'étranger. Convient-il alors de s'arrêter à la vérification de la criminalité du fait en droit pénal étranger ? Ou bien faut-il aller plus loin en vérifiant l'imputabilité du fait à une personne morale dans ce droit étranger ?

784. La doctrine n'est pas d'accord sur ce point. Certains auteurs estiment que malgré l'interprétation traditionnelle *in concreto* de la double incrimination, la question posée par l'article 113-6 concerne « *un fait puni* » par la législation du pays de commission « *n'étant pas une question relative à la culpabilité, élément de l'infraction, mais bien plus une question d'imputabilité, le contenu de la loi étrangère quant à la responsabilité pénale des personnes morales pourrait ne pas rentrer dans le domaine de la double incrimination* »[796]. Cet avis ne nous paraît pas convainquant, et ce pour les raisons suivantes : d'abord, pour qu'il y ait responsabilité pénale il convient de retenir tant la culpabilité que l'imputabilité car « l'imputabilité exige une culpabilité »[797], ensuite, en adoptant cet avis l'on se rapproche de l'idée de l'utilisation spéciale de la double

---

[796] Cristina MAURO, « Application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales », *AJ pénal*, 2012, p. 12.

[797] Georges LEVASSEUR, « L'imputabilité des infractions en droit français », op. cit., p. 390.

incrimination qui est fondée sur la reconnaissance mutuelle des chefs de compétence entre l'État requis et l'État requérant en matière d'extradition. Pourtant il s'agit de la double reconnaissance des formes de la responsabilité pénale. Par exemple, faut-il que la France mette en œuvre un acte d'entraide judiciaire de nature coercitive demandée par l'État requérant si la France ne reconnaissait pas la responsabilité pénale des personnes morales ? Ou faut-il affirmer que le traitement de la double incrimination doit être unifiée tant en matière de compétence extraterritoriale que de coopération pénale internationale ?

Il s'avère qu'une partie minoritaire de la doctrine n'hésite plus entre l'application *stricto sensu* du terme « *fait puni* » et l'imputabilité d'une telle incrimination à une personne morale en affirmant (en faveur d'une interprétation large) que la non imputabilité d'une infraction à une personne morale « *pourrait être analysée comme une cause d'irresponsabilité qui, admise par la loi étrangère, anéantirait la criminalité du fait reproché* »[798]. L'absence de responsabilité pénale au sein de la loi pénale du lieu de commission fait obstacle à l'imputabilité ; les poursuites ne pouvant donc avoir lieu en France[799]. La question de l'imputabilité et celle de la double incrimination sont liées à l'interprétation de cette dernière. Et même en matière d'extradition la doctrine déclare qu'il ne suffit pas que l'acte soit passible d'extradition mais doit être concrètement punissable en l'absence de toute opportunité « technico-législative » telle qu'un fait justificatif ou un élément excluant la culpabilité[800]. C'est pourquoi l'on dit que la double incrimination fait obstacle par conséquent à la non-imputabilité de la personne morale.

785. En effet, la personne morale occupe désormais une place essentielle dans la construction de plusieurs infractions en particulier des infractions complexes transnationales telles que le blanchiment d'argent ou le recel, ce qui a trait à la notion d'infraction continue et à l'exigence de l'imputabilité sur tous les territoires sur lesquels l'infraction s'est déroulée. En adoptant la même solution pour l'infraction continue, la double incrimination se voit

---

798 Mireille DELMAS-MARTY, « Personnes morales étrangères et françaises (question du droit pénal international) », *Revue des sociétés*, 1993, p. 255 et s.

799 Bernard BOULOC, « La responsabilité pénale des entreprises en droit français », *RIDC.*, Vol. 46, n° 2, Avril-Juin 1994, pp. 669-681.

800 Dietrich OEHLER, « Les problèmes actuels de l'Extradition », *RIDP*, 1968, p. 400 et s.

remplie lorsque la personne morale est reconnue responsable pénalement sur l'un des territoires en cause.

786. L'analyse de la détermination substantielle de l'incrimination réciproque prouve donc clairement deux points essentiels. Le premier est que l'expression utilisée par la jurisprudence de « *simple consultation de la loi pénale étrangère* » ne reflète pas toutes les hypothèses pratiques qui conduisent les juges, d'une part, à étendre leur examen aux lois pénales étrangères non répressives et d'autre part, à ne pas se contenter d'une simple consultation, mais plutôt à procéder à un examen judiciaire profond et analytique. Le deuxième est que la place réservée à la loi étrangère est plus large que celle imaginée par ladite expression et peut conduire à une application directe d'une loi étrangère (loi non répressive) afin que la double incrimination soit remplie.

Chapitre II.

La détermination de l'existence d'une double incrimination, aspects procéduraux

787. Le fait de classer la condition de double incrimination parmi « les conditions de fond » en droit pénal international, dans les domaines des compétences extraterritoriales et de la coopération pénale internationale, paraît incontestable. Toutefois, cela n'exclut pas la prise en compte d'aspects procéduraux.

La problématique posée par l'application de la double incrimination, ne concerne pas uniquement son contenu, mais s'étend aux procédures pénales. Il s'agit de comprendre la réalisation de cette condition tant dans le domaine des compétences extraterritoriales que celui de la coopération pénale internationale. En tout état de cause, les enjeux procéduraux ont souvent des liens étroits avec la détermination substantielle de l'infraction dont font partie les conditions de fond telles que la double incrimination.

Dès lors il apparaît nécessaire d'aborder ici non seulement les obstacles procéduraux à la double incrimination (**Section I**) mais également la question du contrôle judiciaire de la double incrimination (**Section II**).

Section I.

Les obstacles procéduraux à la double incrimination

788. La procédure pénale est l'un des éléments fondamentaux de la justice d'un État. Elle permet de mettre en œuvre les règles de droit pénal de fond (droit pénal général et spécial) en faisant participer le Ministère public, défenseur de la société- l'auteur, et la victime.

La procédure pénale, comme le droit pénal de fond, concerne ainsi à la fois l'ordre social troublé par l'infraction et les intérêts privés de la plus haute importance[801].

789. La théorie de la preuve se trouve au cœur de toute procédure pénale. Elle joue un rôle important dans la détermination du jugement, que ce soit de condamnation ou d'acquittement. Mais d'autres questions procédurales sont essentielles à la construction du jugement, en ce sens qu'elles peuvent faire obstacle à un jugement. Il en est ainsi de la prescription, ainsi que de l'amnistie.

790. La transposition des mécanismes de procédure pénale interne en droit pénal international pose des difficultés, plus particulièrement pour ce qui est des infractions commises à l'étranger impliquant une compétence extraterritoriale ainsi que pour les demandes de coopération pénale internationale. Ainsi, il apparaît nécessaire d'aborder les obstacles procéduraux ayant un lien direct ou indirect avec la double incrimination en droit pénal international que sont la prescription (§ 1), l'amnistie (§ 2) et ceux liés à la théorie de la preuve (§ 3).

§ 1. La prescription

791. L'examen de la prescription comme obstacle à la double incrimination en droit pénal international exige tout d'abord de comprendre le concept de prescription en droit interne ainsi que son fondement. La prescription de l'action publique se définit de manière générale comme « *un principe selon lequel l'écoulement d'un délai entraine l'extinction de l'action publique et rend de ce fait toute poursuite impossible* »[802].

792. Les fondements de la prescription de l'action publique se distinguent selon le domaine de droit pénal en cause, les fondements n'étant pas unifiés entre les pénalistes de droit pénal interne et ceux de droit pénal international. Pour les premiers, la prescription comprend deux principaux fondements, le premier est incarné par la « grande loi de l'oubli » considérant que, compte tenu de la durée écoulée depuis la commission des faits,

801 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 17e édition, Cujas, 2013, n° 2, p. 14.

802 Lexique des termes juridiques, 19e édition, 2012, p. 666.

…/…

l'opinion n'a plus à réclamer vengeance et il devient alors inutile de poursuivre une infraction tombée dans l'oubli[803] ; le deuxième réside dans l'idée que la négligence de la partie poursuivante lui faire perdre son droit à agir[804]. Pour les seconds, la prescription est considérée comme une sorte d'absence de la criminalité, ou plus précisément ils considèrent que le fait prescrit (en matière d'extradition par exemple) ne relève pas, au regard du droit de l'État requis, « *de cette criminalité commune dont la lutte est le fondement d'extradition* »[805]. La Cour de cassation est de cet avis en affirmant que « *la prescription de l'action publique ôte aux faits poursuivis tout caractère délictueux* »[806]

793. L'examen de la question de la prescription au regard de la question de la double incrimination convient d'être effectué en distinguant les compétences extraterritoriales (A), et la coopération pénale internationale (B). Cette distinction apparaît nécessaire au regard des différents objets de chaque mécanisme : les compétences extraterritoriales consistant en une application extraterritoriale de la loi française, alors que la coopération pénale internationale qui vise, quant à elle, à donner à l'État étranger (l'État requérant) la possibilité d'exercer sa compétence pénale.

A. La prescription en matière de compétence extraterritoriale

794. La double incrimination en tant que condition soulève une réelle réflexion sur « l'équité », traduisant quelque part le principe de légalité criminelle, et le respect non seulement de la liberté individuelle, mais aussi de la diversité des cultures et des politiques criminelles. En retenant l'opinion selon laquelle la prescription en droit pénal international aboutit à enlever le caractère criminel de l'acte et dénie parallèlement la question de l'imputabilité, la prescription deviendrait alors une sorte de cause de non-d'imputabilité empêchant l'autorité judiciaire d'engager les poursuites et de condamner l'accusé.

---

803 Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 10e édition, LexisNexis, 2014,, p. 802, n° 1330 V. A. MIHMAN, « Comment réformer la prescription de l'action public », *RPDP*, 2007, p. 517 et

804 Ibid. sur les critiques de ces fondements, v. Jean PRADEL, op. cit., n° 236, p. 193.

805 Didier REBUT, Extradition, op. cit., n° 116.

806 Cass.crim., 27 octobre 1993, n° 92-82.374.

795. Toujours selon cette analyse, on arriverait logiquement au fait que la prescription acquise selon le droit étranger (du lieu de commission) doit être prise en considération par le juge national dès lors que le fait n'est pas susceptible d'être « *puni* » selon la loi étrangère. Malheureusement, ce n'est pas la solution judiciaire adoptée par la jurisprudence française selon laquelle la prescription d'une infraction commise à l'étranger s'apprécie à partir de la seule loi pénale française[807]. De plus, la Cour de cassation a ajouté que « *le point de départ de la prescription de l'action publique doit être fixé selon les règles prévues par la loi française en considération de la qualification donnée par elle aux faits délictueux* »[808]. La solution de la Cour de cassation se justifie en considérant que la question de la prescription demeure une question de procédure et que la loi du for est alors la seule applicable[809]. De notre point de vue, cette position est également fondée sur la nature de la prescription qui est une cause d'extinction de l'action publique d'ordre public selon la jurisprudence française[810]. Ainsi, selon cette solution judiciaire, la consultation de la loi étrangère exigée en matière de double incrimination ne concerne pas le problème de la prescription.

796. Nous ne soutenons pas cette solution. Il est vrai que les autorités judiciaires françaises appliquent des règles strictement internes dans le cadre des poursuites pénales, excepté pour ce qui est de la prescription qui se situe à mi-chemin entre le droit pénal de fond et le droit pénal de forme. En effet, celle-ci revêt un caractère particulier en droit pénal international[811]. La prescription en droit pénal international peut être vue sous deux aspects : la nature de la compétence exigeant la double incrimination (c'est-à-dire la compétence personnelle active) de nature subsidiaire car elle ne s'applique qu'en

---

807 T. corr. Montbéliard, 3 juill. 1964 : D. 1965, p. 69, concl. Petit, invoquant les travaux préparatoires de la loi du 27 juin 1866. Clause LOMBOIS, op. cit., n° 380. Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 131, p. 80.

808 Cass. Crim., 5 juin 1996, n° 94-84.642, *Bull. crim.* 1996, n° 239, obs. Michel VERON, *Droit pénal*, n° 1, 1997, p. 9.

809 Cass.crim., 15 septembre 1984 : *Bull. crim.*, 1984, n° 272.

810 Jean PRADEL, *Procédures pénale*, op. cit., n° 251, p. 208. Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, op. cit., p. 813, n° 1345.

811 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 1938, p. 1292.

…/…

l'absence de compétence territoriale (c'est-à-dire du lieu de commission)[812] ; et la subsidiarité elle-même, liée à l'ordre public (du lieu de commission) qui se trouve avoir été troublé et qui n'est pas celui de la France qui n'a été pour sa part troublé que « fictivement », suffisamment pour justifier l'existence de ce titre de compétence et surmonter l'impunité flagrante lorsqu'un Français se réfugie dans son pays après avoir commis une infraction à l'étranger sans traité d'extradition des nationaux[813].

797. Une fois le lien fait entre les fondements de la prescription (*cf.* le droit de l'oubli en droit pénal interne et l'enlèvement de la criminalité en droit pénal international) et l'ordre public réellement troublé, on peut déduire que la prescription va de pair avec la double incrimination. De plus, « *lorsqu'elle est acquise, la prescription atteste de la disparition du trouble à l'ordre public dans l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise* »[814]. Il ne s'agit pas pour autant de réclamer une application complète de la loi étrangère en matière de prescription et d'ignorer ainsi la loi française. Il conviendrait idéalement de faire une application *in concreto* de la double incrimination, en vertu de laquelle lorsque la prescription est acquise en vertu de l'un des droits concernés (loi étrangère ou française), la double incrimination fait défaut, solution qui parait, à nos yeux, la plus juste.

798. On notera par ailleurs que si pour la jurisprudence française, il faut uniquement se référer à la loi française en matière de prescription, il n'en va pas de même concernant les actes interruptifs, pour lesquels elle a admis que les actes de poursuite accomplis à l'étranger interrompent la prescription d'une infraction reposant sur la compétence personnelle active[815]. Cette position n'est pas, selon nous, cohérente avec le principe général selon

---

812 L'art. 113-9 du Code pénal prévoit que *« Dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite* ». V. aussi, Delphine BRACH-THIEL, Compétence internationale, op. cit., n° 155 et s.

813 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit., n° 118, p. 194.

814 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 1939, p. 1293. V. aussi, Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparé*, Sirey, n° 1691, p. 965. Et même auteur, *Les principes modernes du droit pénal international*, op. cit., p. 76.

815 Cass. crim., 6 mars 1958 : *Bull. crim.* 1958, n° 232 ; *RSC* 1959, p. 388, obs. Robert. Cass.crim., 16 juillet 1987 : *Bull. crim.*, 1987, n° 298.V. aussi, Claude LOMBOIS, « Chronique de droit pénal international », *RSC*, 1988, p. 369.

lequel la prescription est gouvernée par la loi française. Il en va ainsi parce que la prescription a été interrompue par un acte de poursuite de l'autorité étrangère. Mais alors quelle loi définit « *l'acte de poursuite* » dans ce cas (la loi française ou la loi étrangère). Par ailleurs, à quelle loi doit-on se référer pour déterminer si cet acte de poursuite est « interruptif » ? Si l'on part du principe que c'est la loi française qui doit être appliquée dans ces différents cas, cela implique d'interpréter les concepts juridiques étrangers au regard des notions juridiques françaises, ce qui s'avère être une solution inconvenable. Si l'on estime que c'est la loi étrangère qui doit être applicable, cela revient à accepter explicitement l'application de la loi pénale étrangère par le juge national, aboutissant à une solution contraire au principe de solidarité des compétences législative et judiciaire. Cependant, l'acte de poursuite « interruptif » doit avoir été pris par une autorité étrangère compétente, ce qui suppose la prise en compte du système juridique étranger[816].

799. En cas de complicité en France d'une infraction principale commise à l'étranger, l'article 113-5 du Code pénal prend en compte le jugement rendu à l'étranger sur le fait principal, les actes de poursuite ou d'instruction qui ont précédé ce jugement interrompent donc la prescription à l'égard du complice en France[817].

800. Cette solution « sélective » apportée par la jurisprudence fait naître une certaine ambiguïté quant à la double incrimination. En effet, comme il a été dit, la prescription ne concerne pas la double incrimination, il n'y a pas de consultation de la loi étrangère en la matière car la prescription relève de l'ordre public et obéit donc à loi du for ; les causes interruptives de l'action publique prises par l'autorité étrangère étant traitées par ailleurs. Mais ce n'est pas le seul point négatif ressortant de cette jurisprudence. Elle cause aussi une certaine inégalité car il peut être recherché un système plus rigoureux contre l'accusé notamment quand la stricte application du principe de légalité criminelle peut produire une situation plus juste.

801. En outre, selon la loi pénale étrangère la prescription peut être appliquée indirectement par le juge national via l'article 692 du Code de procédure pénale prévoyant que « *Dans*

816 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 1941, p. 1294.

817 Ibid. n° 1942, p. 1294.

les cas prévus au chapitre précédent, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ». Cet article pose la règle « *ne bis in idem* » des juridictions françaises et la prescription peut, au vu des articles 689 à 689-13, être d'application indirecte si l'accusé a été jugé définitivement par un tribunal qui a décidé que l'action publique a été prescrite. C'est alors que le jugement définitif rendu à l'étranger empêche d'autres poursuites en France même si l'acquittement est fondé sur la prescription.

802. Cependant, la situation est encore plus compliquée dans les cas d'infractions complexes. En effet, ces dernières exigent une infraction préalable, et obligent à admettre que la prescription de l'infraction préalable n'a aucune influence sur la condition de double incrimination de l'infraction principale. Or ce n'est pas le cas : la double incrimination exigée pour l'infraction principale n'est qu'une condition de la compétence personnelle active et n'est en somme qu'une simple application du principe de légalité criminelle. Cette infraction préalable peut donc échapper à toute compétence extraterritoriale française lorsque l'infraction principale est distincte de l'infraction préalable.

B. La prescription en matière d'extradition

803. En matière d'extradition, les règles relatives à la prescription sont davantage unifiées eu égard à la volonté bilatérale ou multilatérale des instruments internationaux d'extradition, ainsi qu'en droit commun d'extradition qui se trouve grandement influencé par les engagements internationaux.

L'article 696-4, alinéa 5 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que l'extradition n'est pas accordée « *lorsque, d'après la loi de l'État requérant ou la loi française, la prescription de l'action s'est trouvée acquise antérieurement à la demande d'extradition, ou la prescription de la peine antérieurement à l'arrestation de la personne réclamée et d'une façon générale toutes les fois que l'action publique de l'État requérant est éteinte* ». Une telle disposition concernant la prescription figure également au sein des instruments internationaux d'extradition. En effet, la Convention européenne d'extradition prévoit en son article 10 que « *l'extradition ne sera pas accordée si la prescription de l'action ou*

de la peine est acquise d'après la législation soit de la partie requérante, soit de la partie requise », à l'image du texte de la majorité des conventions bilatérales d'extradition signées par la France[818]. Cependant, dans certaines d'entre elles, celles signées avec les États-Unis et le Canada par exemple, une telle disposition n'est pas formulée car ces États ne connaissent pas le mécanisme de la prescription.

804. La prescription est une cause de refus d'extradition ainsi bien en droit interne que dans les conventions internationales d'extradition. Elle en est une cause impérative de refus d'extradition et non une simple faculté ménageant la liberté d'action de l'État requis[819]. À ce propos, la Cour de cassation a récemment cassé la décision d'une Chambre d'instruction qui avait émis un avis favorable à l'extradition adressée par les autorités espagnoles en affirmant qu'il appartient aux seules autorités espagnoles d'apprécier le caractère interruptif de la prescription. Pour la Cour de cassation « *il appartenait à la Chambre d'instruction de vérifier, au regard du droit espagnol, si la prescription était acquise ou si elle avait été régulièrement interrompue* »[820].

805. L'exigence de l'absence de prescription aussi bien dans l'État requis que dans l'État requérant signifie d'une part que l'État requis considère qu'il est contre son ordre public de contribuer à une répression d'un fait qui n'est plus punissable ou susceptible de l'être, et d'autre part que le fait prescrit ne relève plus de la criminalité commune dont la lutte est le fondement de l'extradition[821]. Elle est justifiée également par le coût élevé des procédures d'extradition.

806. À l'échelle européenne la situation a toutefois subi une mutation depuis la Convention de Dublin du 27 septembre 1996 qui stipule en son article 8 que « *l'extradition ne peut être refusée au motif qu'il y a prescription de l'action ou de la peine selon la législation de l'État membre requis* ». Cette disposition fait suite à l'article 62,1 de la Convention de

---

818 Sur cette question v. le Titre I de la première partie de la double incrimination et la coopération pénale internationale.

819 CE. 22 septembre 1997, n° 182815.

820 Cass. Crim., 4 janvier 2006, n° 05-86.258. *Bull. crim.* 2006, n° 128. V. Cass. Crim., 23 septembre 2015, n° 15-83.991.

821 Didier REBUT, Extradition, op. cit., n° 116.

…/…

Schengen du 19 juin 1990 qui prévoit quant à lui qu'« *en ce qui concerne l'interruption de la prescription, seules sont applicables les dispositions de la Partie Contractante requérante* ». Cette mutation montre bien que la prescription est d'ordre public mais plus faiblement que la double incrimination[822].

807. La prescription ajoute ainsi une certaine complexité à la mise en œuvre de la double incrimination. Du fait des divergences d'opinions que cette dernière suscite, on peut remarquer que le législateur n'a pas effectué de traitement unifié et a déterminé qu'en matière de compétence personnelle active, l'interprétation *in concreto* de la double incrimination n'incluait pas la prescription, ce que nous semble contestable.

§ 2. L'amnistie

808. Les difficultés d'interprétation de la formule « *fait puni* » existent également en cas d'amnistie, que l'on peut définir comme étant une « *mesure qui ôte rétroactivement à certains faits commis à une période déterminée leur caractère délictueux* »[823]. L'amnistie éteint pleinement l'action publique si elle est réelle, inconditionnelle et survenue avant tout jugement, au contraire de l'amnistie personnelle qui laisse l'action publique encore possible, à l'égard de tout autre participant à l'infraction[824]. L'une ou l'autre incarne la volonté du législateur d'ôter le caractère criminel du fait incriminé : on dit alors qu'il n'est plus délictueux[825].

En droit pénal international l'amnistie des infractions extraterritoriales est un sujet discuté et qui divise les pénalistes, soulevant des questions quant à l'efficacité internationale des lois d'amnistie, et leur influence sur la double incrimination.

809. Le principe de territorialité interdit toute application de la loi étrangère pour une infraction commise sur le sol français. Il appartient au seul législateur national de sauvegarder l'ordre public interne par l'incrimination de certains faits troublant cet ordre public, et de

822 Didier REBUT, Extradition, op. cit., n° 118.

823 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11e édition, Puf, p. 63.

824 Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure générale*, op. cit., n° 1384, p. 831.

825 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 252, p. 209.

…/…

renoncer si besoin à cette incrimination lorsqu'il les considère moins graves ou qu'elles ne répondent pas au critère de dangerosité criminelle. Dès lors, aucune loi d'amnistie émise par une autorité étrangère n'a d'effet sur la mise en œuvre des poursuites en France, qui reposent sur le principe de territorialité[826]. Convient-il pour autant de conclure que la même solution prévaut lorsque le titre de compétence française est subsidiaire et plus précisément en cas de compétence personnelle active ? Ne serait-il pas logique de considérer que le fait commis à l'étranger couvert par l'amnistie, empêche toute poursuites en France puisque le fait n'est plus considéré infractionnel et n'est donc plus susceptible d'être puni ?

810. Avant de répondre à cette question, rappelons deux choses. La première est que l'amnistie acquise à l'étranger et constatée par une décision judiciaire définitive rend applicable l'article 113-9 du CP posant la règle *non bis in idem*, et fait obstacle à la mise en œuvre de toute nouvelle poursuite en France. La deuxième est qu'il en va différemment lors que l'amnistie est acquise dans l'État étranger sans jugement judiciaire par ledit État. Une partie de la doctrine affirme en effet qu'une distinction entre ces deux amnisties s'avère nécessaire au regard de l'article 692 du Code de procédure pénale et art. 113-9 du Code pénal car ces articles précisent clairement qu'un jugement définitif étranger peut seul faire obstacle à une nouvelle poursuite[827].

811. La problématique de l'amnistie émise à l'étranger a fait l'objet d'une décision du Tribunal correctionnel de Toulon[828]. Il s'agissait en l'espèce d'un Français ayant commis en Algérie une soustraction frauduleuse d'automobile entre l'indépendance de l'Algérie et le 3 juillet 1962, date de l'amnistie. Le Tribunal a estimé que la double incrimination n'était pas satisfaite eu égard à l'article 689 du Code de procédure pénale (*cf.* art. 113-6 alinéa 2 du nouveau Code pénal) car le délit de droit commun était couvert par l'amnistie

826 Cass. Crim., 26 janvier 1966, note André HUET, *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 661 et s. en l'espèce, la Cour de cassation a refusé de prendre en considération l'amnistie appliquée par l'ordonnance de l'Exécutif provisoire algérien -et elle a refusé par conséquente l'application de l'article 692 du Code de procédure pénale- car au moment de la commission le fait était considéré commis sur le territoire français (fait commis avant l'indépendance).

827 Alfred LEGAL, Chronique, Droit pénal général, *RSC*, 1964, p. 363 et s.

828 Tribunal correctionnel 17 mai 1963, *Gaz. Pal.*, 3 décembre 1963, cité par Alfred LEGAL, ibid.

algérienne, et que le vol reproché au prévenu ne pouvait être considéré comme punissable au vu de la législation locale du lieu de commission. Cette décision n'a pas échappé aux critiques d'une partie de la doctrine qui pense que la double incrimination se limite à la vérification que le fait fasse bien l'objet d'une incrimination par la législation locale du lieu de commission. Dès lors que cette condition est remplie, il convient de ne pas aller plus loin en recherchant si l'acte est susceptible d'être sanctionné ou non ; les politiques criminelles de l'État étranger, en renonçant à frapper certains faits infractionnels dans des circonstances particulières, ne doit pas avoir d'effets en faisant obstacle à la mise en œuvre de la compétence des tribunaux français[829]. En outre, la double incrimination sert à mesurer, en quelque sorte, la gravité d'un fait. Or l'amnistie ne rend pas le fait moins grave mais est plutôt une liberté qui se trouve dans les mains du législateur[830].

Mais cette position ne reflète pas la réalité de l'amnistie tant en droit interne qu'en droit pénal international. Le point essentiel en matière d'amnistie au regard de la double incrimination est la nature de l'amnistie ainsi que ses effets sur les poursuites pénales. En effet, comme cela a été dit, l'amnistie fait perdre tout caractère infractionnel au fait en cause ; par conséquent, elle empêche toute poursuite pénale[831]. Dès lors, logiquement, rien n'empêche la transposition de cette conception en droit pénal international et de considérer que la loi d'amnistie adoptée par l'État étranger a pour l'effet de « *dépouiller les faits de leur caractère pénalement répréhensible* »[832], en vertu de l'interprétation *in concreto* de la double incrimination. Nous soutenons l'avis selon lequel l'amnistie par la loi étrangère fait échouer la double incrimination[833] car en réalité, c'est l'ordre public de l'État du lieu de commission qui a été troublé et non l'ordre public français.

812. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'une infraction complexe et que la double incrimination est exigée pour l'infraction préalable, et que cette dernière a été amnistiée, la double

829 Alfred LEGAL, ibid.

830 Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit., p. 520, n° 380.

831 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 1616.

832 André HUET, *Rev. crit. DIP*, op. cit., p. 670.

833 Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, op. cit., n° 400, p. 357. André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit., n° 137, p. 230.

incrimination ne s'applique pas à l'infraction principale. Cet exemple supportera mieux notre critique contre la partie de la doctrine qui n'inscrit pas l'amnistie dans la question de la double incrimination. Si l'on suivait leur raisonnement, seraient acceptées les poursuites pour des infractions complexes bien que l'infraction principale ait été amnistiée. Lorsque la double incrimination concernant l'infraction préalable est une simple condition du principe de légalité et non une condition de mise en œuvre d'une compétence personnelle active, il s'agit alors d'une violation du principe de légalité que d'accepter d'ignorer la loi pénale étrangère.

813. En matière d'extradition la doctrine s'accorde plus facilement qu'en matière de compétence extraterritoriale. L'acte faisant l'objet d'une demande d'extradition ne doit pas seulement être incriminé par l'État requérant et l'État requis, mais doit également être susceptible d'être puni par ces deux législations. L'amnistie empêche cette « possibilité », rendant dès lors les poursuites impossibles, quel que soit l'État qui a décidé de l'amnistie, et rend la double incrimination ineffective[834].

814. Dans le Code de procédure pénale, l'amnistie n'a cependant pas été mentionnée parmi les motifs de refus d'extradition. Il en va de même dans la Convention européenne d'extradition. D'où le deuxième protocole additionnel qui stipule à l'article 4 que « *l'extradition ne sera pas accordée pour une infraction couverte par l'amnistie dans l'État requis si celui-ci avait compétence pour poursuivre cette infraction selon sa propre loi pénale* »[835]. Ce qui a été repris au sein de la Convention de Dublin du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne. Ce motif de refus d'extradition est limité aux cas où l'État est déclaré compétent. Ainsi, on comprend que l'amnistie est conditionnée par l'attribution de compétence de l'État requis. À contrario, si l'État requis n'est pas compétent, l'amnistie ne fait donc pas obstacle à l'extradition.

---

834 Diertrich OEHLER, « Les problèmes actuels de l'Extradition », *RIDP*, op. cit., p. 403. Delphine BRACHE-THIEL, Extradition, op. cit., n° 149.

835 Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, Strasbourg 17 mars 1978, STE, n° 98.

…/…

L'amnistie octroyée par l'État requérant fait obstacle à l'extradition puisque le fait n'est plus punissable dans cet État[836] quel que soit le moment où elle a été déclarée, que ce soit avant ou après la demande d'extradition[837].

815. Il n'en va pas de même en revanche avec la grâce dont la nature juridique est différente. En effet, la grâce suppose préalablement une culpabilité reconnue par l'autorité judiciaire et une condamnation définitive exécutoire[838]. Selon l'article 133-7 du Code pénal, la grâce dispense ainsi le condamné d'exécuter tout ou partie des peines prononcées contre lui, de sorte que la grâce n'enlève pas le caractère infractionnel à l'acte commis. En droit pénal international, la grâce prononcée par l'État du lieu de commission ne pose pas de problème particulier avec la double incrimination car l'individu est déjà condamné à l'étranger et le principe *non bis in idem* s'applique alors.

En matière d'extradition, il n'apparaît pas logique que l'État requérant adresse une demande d'extradition pour un fait condamné et dont la condamnation aurait fait l'objet d'une grâce par cet État. Toutefois, si le cas survenait, la France se devrait de refuser ladite extradition en ce qu'elle n'a pas de sens ; le fait n'est plus punissable[839], ou du moins la peine n'est plus exécutoire.

816. Ainsi, en droit pénal international, l'amnistie n'est pas sans conséquence sur la double incrimination qui doit être examinée et prouvée devant les juridictions compétentes. Ce qui soulève in fine la question de la charge de la preuve.

§ 3. La preuve de la double incrimination

817. Lors du procès pénal, la place de la preuve est essentielle. Elle joue un rôle cardinal en permettant à chaque partie de construire sa conviction judiciaire sur la culpabilité ou l'innocence de l'individu poursuivi. Le principe général de la preuve en procédure pénale est le principe dit de la liberté de la preuve[840], précisé clairement à l'article 427 du Code

836 Eileen SERVIDIO-DELABRE, Extradition, *J-Cl. Dr. internat.*, Fasc. 405, 2007, n° 84.

837 Ibid.

838 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 1711, p. 1154.

839 Eileen SERVIDIO-DELABRE, op. cit., n° 85.

840 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 406, p. 351.

de procédure pénale prévoyant que « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve […]* ».

Cette importance de la preuve dans le procès pénal se manifeste aussi en matière de double incrimination. Le nombre de questions entourant la construction substantielle et procédurale de la double incrimination amène en effet à se demander sur qui pèse la charge de la preuve de l'incrimination par la loi étrangère : le ministère public, le tribunal, ou la personne poursuivie ?

Il semble illogique de charger l'individu poursuivi de prouver lui-même que la double incrimination est remplie. Il s'agit ici d'une preuve allant dans le sens d'une condamnation et non d'innocence et il est interdit d'obliger l'accusé à présenter de quelconques preuves contre lui-même. Cela laisse comme possibilité le ministère public ou le tribunal saisi.

818. La double incrimination est une condition de mise en œuvre de la compétence pénale extraterritoriale, et en cela remet en question la nature juridique de cette condition dans en cas de compétence personnelle active. La Cour de cassation considère que la double incrimination est une condition d'ordre public[841]. De ce fait aucune condamnation pour un délit commis à l'étranger ne peut être prononcée sans qu'il ait été constaté que le fait a bien été puni par la législation du pays de commission[842].

819. La détermination de la double incrimination par la preuve de l'existence d'une incrimination par la loi étrangère est un moyen d'accusation qui pèse, selon le droit commun, sur les parties poursuivantes telles que le Ministère public ou la partie civile[843]. Le Ministère public est l'acteur principal dans les procédures pénales et le procès pénal. Il est chargé du maintien de l'ordre public de la société et de ses intérêts généraux en menant l'action publique[844]. Il est la partie poursuivante qui doit poursuivre les délinquants et les mettre en accusation en réunissant les preuves de la commission. Ainsi

---

841 Michel VERON, Application de la loi pénale dans l'espace, commentaire sur Cass. Crim., 26 mai 2010, n° 09-86.499 ; JurisData n° 2010-009375, *Droit pénal*, novembre 2010, n° 11, p. 33.

842 Cass. Crim., 10 octobre 1988, n° 331.

843 Roger MERLE et André VITU, op. cit., p. 417. Claude LOMBOIS, op. cit., p. 483, n° 376.

844 Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, op. cit., n° 1091, p. 702.

il est obligé de prouver, pour ce qui est des délits extraterritoriaux, que la double incrimination est remplie en indiquant le texte législatif étranger relatif au fait commis. L'incrimination par la loi étrangère dans ce cas est un moyen de preuve dès lors que le texte législatif étranger construit l'élément légal de l'infraction en cause.

820. Cependant, l'obligation qui pèse sur la partie poursuivante ne se limite pas à la double incrimination du fait commis et pèse également sur la preuve des conditions préalables lorsque celles-ci sont comprises dans la notion infractionnelle du fait, comme par exemple la notion d'agent public. Concernant les infractions complexes comportant une condition d'infraction préalable, la charge de la preuve vaut aussi pour cette dernière. En effet, selon cette hypothèse, deux conditions de double incrimination se dégagent : la première pesant sur l'infraction principale en tant que condition de la compétence extraterritoriale, et la deuxième sur l'infraction préalable en ce qu'elle découle du principe de légalité.

821. S'il est à la charge de la partie poursuivante de prouver l'incrimination du fait par la loi étrangère, les juridictions répressives françaises sont aussi chargées de la constatation de la double incrimination pendant le procès pénal. Cette constatation découle de la nature juridique de la double incrimination qui relève de l'ordre public, la Cour de cassation ayant affirmé à plusieurs reprises qu'« *il appartient à la Chambre d'accusation de rechercher si les faits ainsi retenus à la charge des inculpés étaient également punis par la législation en vigueur au lieu de leur perpétration* »[845]. En outre, elle affirme aussi que la non constatation de la double incrimination par le juge pénal constitue une violation de l'article 689 du Code de procédure pénale (*cf.* art. 113-6 du nouveau Code pénal)[846]. Ainsi elle n'a pas hésité à sanctionner le jugement d'une Cour d'appel qui avait surmonté la constatation de la double incrimination en disant que « *méconnaît ce principe la Cour d'appel qui condamne le dirigeant d'une entreprise […], sans rechercher si le délit retenu était également puni par la législation en vigueur au lieu de sa perpétration* »[847].

845 Cass. crim., 6 mars 1984, n° 83-95.041.

846 Cass. crim., 27 juin 1984, n° 82-94.281.

847 Cass. crim., 26 septembre 1996, n° 95-80.301.

822. Ainsi, la preuve de la double incrimination conditionnant la compétence personnelle active est utile à la mise en accusation d'une part, et à l'émergence de ladite compétence d'autre part. Elle repose aussi bien sur la partie poursuivante que sur le tribunal saisi. Cette solution ne diffère pas en matière d'extradition excepté dans l'hypothèse où l'État requérant joint à la demande d'extradition les textes législatifs concernés. Le Ministère public et le juge doivent alors vérifier que ce comportement est aussi incriminé selon la législation française. En matière d'extradition la France ne vise pas à établir sa compétence extraterritoriale mais à aider l'État requérant dans l'exercice de sa compétence.

823. Enfin, l'individu poursuivi n'est pas dénué de tout rôle en la matière. En effet, si la constatation de la condition de double incrimination comme moyen d'accusation et de condamnation est à la charge de la partie poursuivante, l'individu poursuivi peut toujours nier la constatation de la double incrimination soit par l'absence d'incrimination par la loi étrangère (abrogation, modification), soit par l'une des causes d'irresponsabilité pénale à même d'enlever objectivement le caractère infractionnel du fait (fait justificatif), ou encore faisant obstacle à l'imputabilité du fait. Pour ce faire, généralement, conformément à la règle *reus in excipiendo fit actor*, il appartient à l'individu poursuivi d'établir l'existence des exceptions qu'il allègue[848].

824. Il existe ainsi plusieurs obstacles procéduraux à la double incrimination, lesquels soulèvent quelques interrogations quant à la construction de la double incrimination, du fait des divergences d'opinions doctrinales d'une part, et de la sélectivité des solutions judiciaires d'autre part. ce qui pose la question du rôle joué par les autorités judiciaires chargées de la constater.

848 Roger MERLE et André VITU, op. cit., p. 417.

Section II.

Le contrôle judiciaire de la double incrimination

825. La multiplication des fonctions de la double incrimination, que ce soit en matière de compétences extraterritoriales ou de coopération pénale internationale, la place à mi-chemin entre une application proprement unilatérale comme c'est le cas de la compétence personnelle active, et une application bilatérale voire multilatérale à l'instar de la coopération pénale internationale. Malgré la judiciarisation du système d'extradition en droit commun français (contrôle antérieur), l'autorité exécutive conserve quand même un rôle dans les procédures d'extradition (la faculté de refus, émission du décret d'extradition), ce qui rend l'extradition susceptible de subir un contrôle judiciaire postérieur de la part du Conseil d'État.

Il apparaît donc nécessaire de s'interroger sur les autorités judiciaires compétentes pour apprécier la double incrimination (§ 1), avant d'aborder l'étendue du contrôle judiciaire de ladite condition (§ 2).

§ 1. Les autorités judiciaires compétentes

826. L'application problématique de la double incrimination soulève la question de l'autorité compétente chargée d'apprécier la double incrimination. De prime abord cela ne pose pas de problème particulier, mais la question n'est pas aussi simple car certains actes de coopération pénale internationale et plus précisément l'extradition nécessitent l'intervention de l'autorité exécutive ; ces actes pouvant alors être contrôlés aussi bien par les juridictions pénales que par les juridictions administratives. Il convient dès lors de distinguer selon que l'acte et donc la double incrimination font l 'objet d'un contrôle unique (A) ou double (B).

A. Un contrôle unique de la double incrimination par la juridiction pénale

827. La juridiction pénale joue un rôle spécifique sur l'appréciation de la double incrimination. Elle est la seule compétente à apprécier cette condition, sans intervention d'aucune autre

autorité et ce dans deux situations : en matière de compétence pénale extraterritoriale (1) et de coopération pénale internationale autre que l'extradition (2).

1. En matière de compétence extraterritoriale

828. Les règles de compétence sont d'ordre public et amènent ainsi le juge ou le tribunal saisi à les soulever en tout état de cause et même pour la première fois devant la Cour de cassation[849]. La condition de double incrimination posée par ces règles de compétence est donc également d'ordre public et pourra être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation.

L'exercice d'une compétence pénale est par ailleurs propre au droit interne de chaque État. Il ne concerne que les juridictions pénales instituées par les législations internes. Dès lors, l'exercice d'une compétence pénale est le résultat d'une volonté et d'un acte unilatéral exercé par l'État et uniquement par ses juridictions pénales.

829. Une affaire pénale passe par une série d'étapes afin de construire la conviction du tribunal saisi. Ce qui nous intéresse particulièrement est le déroulement de l'affaire pénale et le rôle joué par le Ministère public, les juridictions d'instruction et celles de jugement. Ayant déjà abordé le rôle du Ministère public à l'occasion de la théorie de la preuve, il convient de se concentrer ici sur le contrôle strictement « judiciaire » de la double incrimination. Et de se demander qui est chargé de contrôler cette condition : les juridictions d'instruction ou de jugement ?

830. Le juge d'instruction est chargé, en vertu de l'article 79 du Code de procédure pénale, des affaires criminelles, correctionnelles et de police[850], mais est également compétent pour connaître toute infraction extraterritoriale si la loi pénale française est déclarée applicable. De même il lui revient d'examiner les conditions de mise en œuvre de la compétence personnelle active et plus particulièrement la condition de double incrimination[851]. Malgré l'intervention facultative du juge d'instruction en matière de délits, cette

---

849 Cass. crim., 26 septembre 1986, n° 89-80.281.

850 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 76, p. 83.

851 Ludovic BELFANTI, Juge d'instruction, *Rép. Pén.*, Dalloz, 2015, n° 566.

…/…

« mission » d'examen de la double incrimination est justifiée par sa mission globale qui est de rechercher les preuves établissant l'existence d'une infraction ainsi que la culpabilité de l'auteur présumé[852]. Dès lors, si le juge d'instruction est saisi, il est chargé de contrôler l'existence de la double incrimination, à défaut de laquelle il doit se déclarer incompétent.

À la suite de cette vérification, le juge d'instruction prend sa décision de non-lieu ou de renvoi devant une juridiction de jugement. Pour autant, faut-il conclure que la vérification et le contrôle de la double incrimination s'arrêtent avec la position du juge d'instruction et sa constatation ?

831. Le caractère d'ordre public de la double incrimination fait que cette question peut être évoquée par toutes les juridictions pénales saisies d'une affaire et, en tout état de cause, même pour la première fois devant la Cour de cassation. Dans cette hypothèse, les juridictions de jugement ne sont pas paralysées par l'avis du juge d'instruction sur la question de la double incrimination, étant également compétentes pour exercer un contrôle juridictionnel sur la double incrimination, même si cette question a déjà été traitée préalablement par le juge d'instruction.

832. Les juridictions de jugement ont affirmé depuis longtemps leur compétence à l'égard de la constatation de la double incrimination et son contrôle, une compétence confirmée par la Cour de cassation. À ce propos, elle a affirmé « *qu'il appartient à la Cour d'appel de rechercher si les faits étaient également punis par la législation en vigueur au lieu de leur perpétration ; qu'à défaut d'une justification à cet égard renfermée dans l'arrêt, celui-ci manque de base légale et doit être cassé* »[853]. Cet attendu est plus révélateur que créateur ; révélateur concernant le rôle confié au juge pénal par le droit français, à savoir un rôle actif dans la recherche de la vérité qui demeure sur ses épaules jusqu'à la fin du procès pénal.

833. En outre, l'existence de la condition de double incrimination ne doit pas se manifester seulement au moment de l'engagement des poursuites. Elle doit être remplie tout au long

---

852 Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, op. cit., n° 255, p. 235.

853 Cass.c crim., 17 juillet 1913, cité par Jean STOUFFLET, op. cit., p. 525.

du procès pénal jusqu'au prononcé du jugement, ce qui en fait une condition continue et non instantanée. En effet, elle n'est pas seulement une condition de commencement mais davantage une « condition de continuité ». Pour cette raison, la condition de double incrimination peut être remplie au moment de l'engagement des poursuites mais faire défaut au cours du procès pénal si l'État du lieu de l'infraction a abrogé le texte relatif à l'infraction poursuivie par les juridictions françaises. Ainsi, les juridictions de jugement demeurent compétentes pour contrôler la double incrimination même si ce contrôle a été réalisé par le juge d'instruction. La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que le juge pénal violerait la loi française s'il se déclarait compétent sans avoir vérifié l'existence de l'incrimination en droit étranger[854]. La situation n'est pas différente en cas de compétence pénale territoriale fondée sur une complicité commise en France, d'une infraction principale commise à l'étranger, et prévue par l'article 113-5 du Code pénal.

834. Les juridictions pénales ont ainsi un rôle spécifique dans l'appréciation de la double incrimination lorsqu'il s'agit de compétence extraterritoriale, plus précisément en cas de compétence personnelle active correctionnelle. Cette exclusivité se justifie par la nature juridique des faits poursuivis, qui apparaît comme un enjeu proprement interne soumis à la volonté unilatérale de l'État. Cependant, les juridictions pénales ont également un rôle essentiel à jouer dans l'appréciation de la double incrimination en matière de coopération pénale internationale, autre que l'extradition.

2. En matière de coopération pénale internationale autre que l'extradition

835. Les actes de coopération pénale internationale classiques se trouvent à mi-chemin entre l'administratif et le judiciaire, leur statut est expressément prévu par le titre X du livre IV du Code de procédure pénale intitulé « *De l'entraide judiciaire internationale* »[855]. Cependant, en droit français, il existe des instruments de coopération pénale internationale à caractère purement judiciaire et faisant l'objet d'une communication directe entre les autorités judiciaires de la France et des autres États. Il en est ainsi, par

854 Cass. crim., 19 mai 1971 : JCP G 1972, II, 16947, note André Vitu ; Cass. crim., 27 juin 1984 : *Bull. crim.* 1984, n° 248 ; Cass. crim., 10 oct. 1988 : *Bull. crim.* 1988, n° 331

855 V. art. 694 et 696-1.

…/…

exemple, du mandat d'arrêt européen[856], ou du mandat européen d'obtention de preuves[857].

836. La double incrimination a subi une grande mutation au sein de ces instruments européens, puisqu'elle a été remise en cause au profit d'une liste exhaustive de trente-deux infractions énoncées à l'article 2 § 2 de la décision cadre sur le mandat d'arrêt européen. Une place moins importante est désormais réservée à la double incrimination que ce soit par la décision-cadre ou la loi de transposition du mandat d'arrêt européen dans le Code de procédure pénale. La double incrimination y a en effet été maintenue en tant que condition de remise lorsque l'infraction fondant le mandat d'arrêt européen ne figure pas dans la liste des trente-deux infractions. En revanche, la double incrimination conserve sa place ordinaire dans les instruments de coopération pénale internationale.

837. La grande différence entre l'extradition et le mandat d'arrêt européen est que l'extradition est un acte de souveraineté tandis que le mandat d'arrêt européen est un acte judiciaire[858]. La judiciarisation complète du mandat d'arrêt européen a entraîné deux conséquences : la dépolitisation de la remise faisant des décisions de remise des décisions purement judiciaires, et le fait que désormais seule une décision judiciaire suffit pour l'arrestation et la remise en même temps[859].

838. La judiciarisation du mandat d'arrêt européen apparait à l'article 695-11 du Code de procédure pénale qui définit le mandat d'arrêt européen comme une décision judiciaire. Les formalités d'exécution du mandat d'arrêt européen sont divisées entre celles incombant au Procureur général territorialement compétent et à la Chambre d'instruction. Néanmoins, cette dernière est la seule compétente pour statuer sur l'exécution du mandat

---

856 Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JOCE, 18/7/2002, L 190/1

857 Décision-cadre 2008/978/JAI du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, JOUE, 30/12/2008, L 350/72

858 Isabelle JEGOUZO, « Le mandat d'arrêt européen ou la première concrétisation de l'espace judiciaire européen », *Gaz. Pal.*, 21-22 juillet 2004, p. 2311-2313

859 Sophie BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Larcier, 2009, n° 215, p. 169.

…/…

d'arrêt européen[860]. Il convient alors de se demander si l'examen de la double incrimination repose sur la compétence de cette Chambre ou sur celle du Procureur général. La Chambre est chargée principalement d'examiner la légalité du mandat d'arrêt européen[861], dans le but de vérifier que les conditions d'exécution du mandat d'arrêt européen sont réunies[862], ce qui comprend logiquement la condition de double incrimination. Que ce soit en cas de non-contrôle de la double incrimination pour la liste des trente-deux infractions, ou de mandat d'arrêt européen émis pour une infraction ne figurant pas dans la liste, la Chambre d'instruction est donc appelée à vérifier la condition de la double incrimination.

839. Les prérogatives de la Chambre d'instruction sont encadrées par l'article 695-29 du Code de procédure pénale prévoyant que « *la Chambre d'instruction est immédiatement saisie de la procédure. La personne recherchée comparaît devant elle dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la date de sa présentation au procureur général* ». Cependant, le contrôle exercé par la Chambre d'instruction sur la double incrimination est régi quant à lui par l'article 695-31 qui prévoit au paragraphe 3 : « *Si la Chambre d'instruction constate que les conditions légales d'exécution du mandat d'arrêt européen sont remplies, elle rend un arrêt …* ».

840. La Chambre d'instruction est également compétente pour contrôler la condition de double incrimination exigée dans l'exécution de tout autre instrument ou acte judiciaire d'entraide adressé à la France. Elle contrôle ainsi la double incrimination en matière de reconnaissance des décisions d'enquête européenne (*cf.* art. 694-29 et 694-31 du Code de procédure pénale), pour l'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve prises par l'autorité étrangère pour certaines mesures de nature coercitive (*cf.* art. 695-9-10 et 695-9-17). En revanche, c'est le juge des libertés et de la détention qui est compétent pour contrôler et examiner la condition de double incrimination lors de reconnaissance des décisions de contrôle judiciaire (*cf.* art. 696-70 et 696-73 n° 4).

---

860 Lionel RINUY, Mandat d'arrêt européen, *Rép. Pén.*, Dalloz, 2005, n° 76.

861 Philippe BELLOIR, Chambre de l'instruction, *Rép. Pén.*, Dalloz, 2015, n° 644.

862 Marie-Anne CHAPELLE, Entraide judiciaire internationale- Mandat d'arrêt européen, *J-Cl. Pr. Pén.,* art. 695-11 à 695-51, Fasc.20, n° 33, 2017.

841. Quoi qu'il en soit, le contrôle judiciaire de la condition de double incrimination demeure confié à une « juridiction pénale » non seulement lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la compétence pénale (compétence personnelle active et complicité commise en France d'une infraction principale commise à l'étranger), mais aussi pour la mise en œuvre ou plutôt l'exécution d'un instrument judiciaire de coopération pénale internationale. Toutefois, cette compétence n'est pas toujours exclusive, d'autres juridictions pouvant parfois exercer un tel contrôle.

B. La dualité du contrôle judiciaire de la double incrimination en matière d'extradition

842. Le contrôle de la double incrimination ne se limite pas à celui exercé par la juridiction pénale lorsqu'un élément extra-judiciaire intervient et entraîne la compétence d'autres juridictions tels qu'un décret, par exemple, pour mettre en œuvre la coopération pénale internationale. C'est le cas en matière d'extradition, instrument de coopération pénale internationale où la double incrimination conserve une place essentielle tant en droit commun qu'au sein des conventions internationales d'extradition. Il en résulte alors un double contrôle possible de la double incrimination.

En effet, l'existence d'un décret émis par le gouvernement en matière d'extradition soulève la possibilité de faire contrôler la double incrimination par une juridiction administrative (le Conseil d'État) à titre de contrôle judiciaire postérieur (2) après un premier contrôle assuré par la juridiction pénale (la Chambre d'instruction) (1).

1. Le contrôle assuré par la Chambre d'instruction

843. L'extradition en France a subi une mutation majeure au XXe siècle avec la loi relative à l'extradition de 1927. En effet, avant cette loi, l'extradition était une procédure administrative de nature purement bureaucratique commençant par une demande d'extradition, puis l'arrestation de l'individu en question par la police sur ordre du préfet, et enfin l'émission d'un décret d'extradition signé par le chef d'État, et ce sans aucune

garantie judiciaire telle que la présence d'un avocat, la communication des pièces du dossier, l'intervention d'un magistrat ou même le droit d'user de voies de recours[863].

844. La loi de 1927 est venue judiciariser l'extradition en confiant un rôle important à l'autorité judiciaire, celui d'examiner les demandes d'extradition. Cette mutation correspond en réalité à la nature judiciaire de l'extradition qui est à fin répressive en donnant à l'État requérant la possibilité d'exercer sa compétence pénale. C'est pour cette raison qu'après cette loi, cet examen a été confié aux magistrats de l'ordre judiciaire. Les procédures d'extradition passive donnent désormais lieu à l'intervention du Procureur de la République, du Procureur général, de la Chambre d'instruction et de la Cour de cassation[864]. Cette évolution de la nature de l'extradition reflète la grande mutation d'extradition décrit par M. DONNEDIEU DE VABRES : « *l'extradition, qui fut jadis un acte de souveraineté, et seulement cela, tend à devenir, à mesure que la communauté internationale se resserre, un acte de juridiction* »[865]. Mais la Loi du 10 mars 1927 a, depuis, été abrogée par la loi du 9 mars 2004 dite « *Perben II* », laquelle n'a pas opéré de grandes modifications, notamment en ce qui concerne la judiciarisation des procédures d'extradition, y compris l'intervention de l'autorité administrative.

845. Les procédures d'extradition sont organisées par les articles 696-8 à 696-24-1 du Code de procédure pénale, en particulier l'examen judiciaire de toute demande d'extradition, et ce qu'elle soit adressée en vertu d'une convention bilatérale ou multilatérale entre l'État requérant et la France, ou par des États qui ne sont pas liés par une convention d'extradition avec la France. Il en va ainsi pour deux raisons : d'abord, la judiciarisation de l'extradition ne varie pas en fonction du fondement de la demande d'extradition, ensuite les conventions d'extradition n'organisent pas la procédure judiciaire, laquelle relève exclusivement du droit interne des États[866].

846. La juridiction pénale est chargée selon le Code de procédure pénale de mettre en œuvre les procédures pénales d'extradition y compris par la vérification des conditions de fond

---

863 Roger MERLE et André VITU, op. cit., n° 333, p. 449.

864 Didier REBUT, Extradition, op. cit., n° 10.

865 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, op. cit., p. 251.

866 Didier REBUT, Extradition, op. cit., n° 161.

et de forme. La double incrimination est considérée comme une condition de fond de l'extradition eu égard à l'article 696-3. Le contrôle de la double incrimination par la Chambre de l'instruction résulte donc d'une mission conférée par le législateur au moyen des articles 696-13 à 696-15 qui la chargent, après comparution de la personne sujet de la demande d'extradition, de vérifier la réunion des conditions d'extradition afin d'émettre un avis favorable à celle-ci. À la suite de l'interrogatoire de la personne réclamée, la Chambre d'instruction est chargée d'examiner la légalité de l'extradition et de contrôler que toutes les conditions légales d'extradition sont réunies (qu'elles figurent dans la loi ou dans la convention[867]) y compris la condition de double incrimination.

847. Le Code de procédure pénale prend en considération le consentement de la personne réclamée pour son extradition, et fait la distinction entre le cas où celui-ci a donné son consentement (*cf.* art. 696-13 et 696-14 du Code de procédure pénale), et celui où il ne l'a pas donné (*cf.* art. 696-15). Dans la première configuration, que le consentement ait été donné devant le Procureur général ou plus tard devant la Chambre d'instruction, celui-ci ne la décharge pas d'examiner toutes les conditions d'extradition, y compris la condition de double incrimination. La Chambre d'instruction n'est pas en droit de « fermer les yeux » lorsque l'une des conditions d'extradition n'est pas remplie, même en présence du consentement de la personne réclamée[868]. Ainsi l'on doit admettre que la double incrimination en matière d'extradition n'est pas formulée en faveur de l'individu recherché mais vise à respecter l'ordre public interne.

848. Ainsi, la juridiction pénale en tant que gardienne des libertés individuelles est la première compétente pour contrôler la condition de double incrimination et procéder à la qualification de l'infraction d'après la loi pénale française. Elle vérifie si l'infraction faisant la demande d'extradition est incriminée tant dans le droit de l'État requérant qu'en droit français. Dans la négative, l'avis défavorable émis par la Chambre d'instruction paralyse le pouvoir de l'autorité exécutive d'accorder l'extradition (*cf.* art.696-17 du Code de procédure pénale). Mais, l'avis favorable n'oblige pas pour autant le

867 Philippe BELLOIR, Chambre d'instruction, op. cit., n° 656.

868 Delphine BRACH-THIEL, Extradition, op. cit., n° 261.

gouvernement à accorder l'extradition car celle-ci n'est pas un instrument judiciaire de coopération internationale. Il appartient donc au gouvernement d'accorder ou de refuser l'extradition. En cas d'accord, elle prend la forme d'un décret du Premier ministre pris après rapport du Ministre de la Justice (*cf.* art. 696-18 du Code de procédure pénale) lequel peut être contrôlé par le juge administratif.

2. Le contrôle assuré par le Conseil d'État

849. La judiciarisation de l'extradition depuis la loi de 1927 n'est pas la seule évolution remarquable en ce domaine. Le rôle confié au juge administratif constitue une autre évolution toute aussi remarquable, qu'il convient d'exposer au préalable, afin de comprendre le contrôle de la double incrimination que ce juge peut exercer.

850. Le Conseil d'État a considéré pendant longtemps l'extradition comme un acte de haute administration (acte de gouvernement) qui échappait par sa nature à tout contrôle juridictionnel[869]. Cette jurisprudence est le reflet d'une époque où l'extradition était considérée comme un acte non détachable de la conduite des relations internationales[870].

C'est en 1952 que, le Conseil d'État a admis pour la première fois la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un décret d'extradition[871], dans l'affaire *Kirkwood*[872], peu après l'entrée en vigueur de la Constitution du 27 octobre 1946[873]. Le Conseil d'État a alors admis que la personne extradée puisse invoquer à l'encontre du décret d'extradition la violation d'une Convention internationale. Par ailleurs, le Conseil d'État a alors délimité le champ du contrôle de la légalité dudit décret à la seul légalité externe, laissant l'appréciation des conditions de fond selon lesquelles l'extradition est

869 CE, 2 juillet 1836, *Boidron* : *Rec.* CE, p. 330.

870 Elisabeth ROLIN, *Le conseil d'État juge de l'extradition*, LGDJ, 1999, p. 16.

871 CE, 28 mai 1937 Decerf, *Rec.* P.534 ; S. 1937.3.75 note Larouque.

872 CE, 30 mai 1952 *Dame Kirkwood*, *Rec.* CE, p. 291.

873 L'article 26 de la Constitution dispose « *Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois internes françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autre dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification* »

…/…

demandée, au juge judiciaire, c'est-à-dire à la Chambre d'accusation (Chambre d'instruction)[874].

851. Un retentissant revirement quant au champ du contrôle du Conseil d'État a été opéré en 1977 dans l'affaire *Astudillo Calleja*[875] puis l'affaire *Croissant*[876]. Le Conseil d'État a alors abandonné la position adoptée dans l'arrêt *Kirkwood* en ajoutant à son domaine de compétence le contrôle du bien-fondé du décret d'extradition. Il a décidé que l'avis émis par la Chambre d'accusation sur les conditions de fond d'extradition n'avait que valeur consultative, transformant ainsi le juge administratif en une instance supérieure de la justice répressive[877].

852. Face à cette position du Conseil d'État, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a délaissé son rôle dans l'affaire *Doré*[878] en refusant de contrôler le caractère prétendument politique de l'infraction fondant la demande et la condition de double incrimination et en limitant son contrôle à la régularité formelle de l'avis de la Chambre d'accusation. En parallèle, le Conseil d'État a eu l'occasion, lors d'un recours présenté devant lui par trois autonomistes basques[879], de définir son rôle dans l'extradition passive : la Cour de cassation contrôle la régularité formelle de l'avis des Chambres d'accusation, tandis qu'il incombe au Conseil d'État d'examiner le décret d'extradition et sa base légale (ou conventionnelle).

853. Cette intervention du Conseil d'État dans le contrôle des conditions d'extradition est justifiée tout d'abord pas sa compétence légale en tant que juridiction responsable de la légalité des actes administratifs et de l'excès de pouvoir. Cependant, en matière d'extradition le Conseil d'État, depuis les arrêts *Astudillo* et *Croissant*, considère que la

---

874 Elisabeth ROLIN, « Développement récents du contrôle du Conseil d'État en matière d'extradition », *RSC*, 1994, p. 491.

875 CE, 24 juin 1977, *Astudillo Calleja*, *Rec.*, p. 290.

876 CE, 7 juillet 1978, *Croissant*, *Rec.*, p. 292.

877 Marie-Hélène RENAUT, « De la nécessité de revitaliser le droit extraditionnel », *JCP*, n° 42, 16 octobre 2002, doctr. 173, n° 18.

878 Cass.crim., 17 mai 1984, D. 1984, p. 536, note Wilfrid JEANDIDIER.

879 CE, 26 septembre 1984, *Lujambio Galdenao, Rec.*, P.308.

…/…

Chambre d'accusation, en matière d'extradition, exerce une fonction administrative et que l'avis émis n'est pas un acte judiciaire. Il en est ainsi pour deux raisons : la première concerne l'absence de voie de recours contre l'avis de la Chambre d'accusation (Chambre d'instruction), la deuxième concerne le caractère administratif du décret d'extradition (après avoir abandonné la théorie de l'acte du gouvernement) qui fait naître une possibilité de recours devant le juge administratif[880]. Cependant, depuis la réforme de 2004, le recours devant la Chambre criminelle est ouvert en vertu de l'article 696-15 Code de procédure pénale mais de manière limitative puisque « *le pourvoi formé contre un avis de la Chambre d'instruction ne peut être fondé que sur des vices de forme de nature à priver cet avis des conditions essentielles de son existence légale* ». La divergence d'opinions entre pénalistes et publicistes persiste donc, mais comme l'a souligné M. LABAYLE, « *le temps des querelles sinon celui des guerres de religions à propos de l'intervention du juge administratif apparaît aujourd'hui bien dépassé au vu des progrès de l'État de droit que cette intervention a permis de réaliser* »[881].

854. Ainsi le juge administratif s'est déclaré compétent pour contrôler la condition de double incrimination dans les affaires *Astudillo* et *Croissant*. Cependant, il convient de relever une certaine différence. Dans l'affaire *Astudillo* Bruno GENEVOIS, commissaire du gouvernement, avait indiqué que le contrôle de légalité risquerait d'être difficile concernant l'appréciation que la Chambre d'accusation effectue sur la qualification des faits fondant la demande d'extradition, il préconisait de s'en tenir au contrôle exercé par la Chambre d'accusation conformément aux intentions du législateur de la loi de 1927[882]. Mais, dans l'affaire *Croissant,* Michel MORISOT, commissaire du gouvernement également, a écarté cette analyse en indiquant que ce qui est réservé au juge pénal est l'application des peines prévues par la loi, et que ce qui est en cause en matière d'extradition n'est pas l'application de la peine mais l'interprétation d'un texte pénal pour

880 Marie-Hélène RENAUT, op. cit., n° 10.

881 Henri LABAYLE, « Le juge et le droit administratif d'extradition face aux logiques de l'entraide répressive internationale », *RFDA*, 1994, p. 21.

882 Elisabeth ROLIN, *Le conseil d'État juge de l'extradition*, op. cit., p. 100.

…/…

tirer des conséquences non pas sur le plan pénal mais sur un acte administratif. Dès lors, le juge de l'excès de pouvoir est compétent pour interpréter tous les textes en question[883].

855. Selon nous, le contrôle de la double incrimination par le Conseil d'État à l'égard des justifications déjà mentionnées transforme le juge administratif en juge pénal comme ce fut le cas dans l'affaire *Gabor*[884]. En l'espèce, le juge administratif, afin d'examiner la condition de double incrimination, avait analysé l'article 265 du Code pénal relatif à l'association de malfaiteurs pour prouver que les éléments constitutifs du fait fondant la demande d'extradition correspondaient à cette infraction malgré les différences de termes entre la loi pénale française et la loi étrangère. Or si un juge administratif est compétent pour interpréter un texte pénal, quelle est donc l'utilité d'avoir des juridictions spécialisées ?

Une telle solution peut être dommageable et aboutir à une compétition entre le juge administratif et le juge pénal[885]. La classification du Conseil d'État de l'avis de la Chambre d'accusation (Chambre d'instruction) en tant qu'avis consultatif, ne relevant pas des actes judiciaires, l'a ainsi poussé à réexaminer la double incrimination et provoqué une vague de critiques de la part des pénalistes.

856. L'argument du Conseil d'État dans l'affaire *Decerf* et l'opinion de M. LAROQUE consistent en plusieurs points. L'avis rendu par cette Chambre n'a qu'une valeur consultative, et n'a donc pas l'autorité de la chose jugée. Dans ce contexte il a été souligné que « *la Chambre des mises en accusation intervient en l'occurrence non comme une juridiction de l'ordre judiciaire, mais comme collaboratrice d'une autorité administrative. Son avis ne saurait avoir une valeur juridique différente de celle de l'avis de n'importe quelle commission* ». Cependant, cette argumentation du Conseil d'État ne vaut que lorsque l'avis est positif[886]. De plus, lorsque la Chambre d'instruction refuse

883 Ibid.

884 CE, 15 février 1980, *Rec.*, n° 17224.

885 Wilfrid JEANDIDIER, « La tutelle du Conseil d'État sur le Chambre d'accusation en matière d'extradition (à propos de l'arrêt *Astudillo Calleja* rendu par le Conseil d'État le 24 juin 1977) », *RSC*, 1979, p. 239 et s.

886 Op.cit., p. 241.

…/…

l'extradition car la double incrimination fait défaut le Conseil d'État n'a pas le droit de réexaminer la question de la double incrimination car le décret d'extradition n'existe pas.

857. Une partie de la doctrine pénaliste se prononce différemment selon que l'avis est favorable ou défavorable. On parle alors de théorie mixte[887]. S'il s'agit d'un avis défavorable l'avis possède selon eux une valeur juridictionnelle qui emporte la chose jugée et s'impose au gouvernement. Si l'avis est favorable, il ne possède pas de nature juridictionnelle, « *bien que ne ressortissant pas à la censure du Conseil d'État puisqu'elle appartient aux actes de l'ordre judiciaire* »[888].

Une autre partie de la doctrine est allée plus loin en admettant que l'avis de la Chambre d'accusation (Chambre d'instruction) est de nature juridictionnelle[889] pour les raisons suivantes : le dessaisissement de la juridiction par l'effet du consentement de l'intéressé se soumettant à la demande dont il fait l'objet est un cas très particulier[890]. L'acquiescement, acte unilatéral qui met fin au lien juridique d'instance, est également connu en procédure civile et ne modifie pas pour autant la nature juridictionnelle du jugement qui constate alors le bien-fondé de la prétention adverse et la sanctionne. Concernant l'absence de voie de recours, il ne constitue pas non plus un argument convaincant à l'égard de l'existence des législations qui ont une conception similaire. M. LEMONTEY a ajouté aussi que « *s'il est vrai que seuls les actes juridictionnels peuvent acquérir l'autorité de chose jugée, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. En effet, dans des cas sans doute assez rares, il peut arriver que l'autorité de chose jugée soit écartée pour des raisons d'ordre strictement pratique sans que la nature juridictionnelle de l'acte considéré soit démentie pour autant comme dans le cas des jugements en l'état* ».

---

887 Maurice TRAVERS, *L'entraide répressive et la loi de 1927*, Paris, 1928, n° 290, p. 246 et s.

888 André VITU, note sous CE, 18 novembre 1955 et 3 février 1956, *Pétalas*, *JCP*., 1956.II.9184, repris par Wilfrid JEANDIDIER, « La tutelle du Conseil d'État sur la Chambre d'accusation en matière d'extradition », op. cit., p. 241.

889 Jacques LEMONTEY, *Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive*, LGDJ, 1966, p. 232 et s.

890 Cette réponse concerne l'argument du Conseil d'État qui évoque que l'intervention de la Cour n'a pas de caractère indispensable lorsqu'il y a un dessaisissement de l'autorité judiciaire par la seule volonté de la partie poursuivie en cas d'extradition volontaire.

…/…

La nature juridique des procédures d'extradition devant la Chambre d'instruction doit aussi être tranchée afin d'analyser l'avis de ladite Chambre. Les procédures lient le Ministère public et la personne faisant la demande d'extradition. Celle-ci aura le droit d'user de tous les moyens de droit qui lui apparaissent utiles pour refuser son extradition, ce qui montre que la décision de la Chambre d'instruction est de nature contentieuse[891].

858. L'intervention exagérée du Conseil d'État s'avère claire tant en droit civil[892] qu'en droit pénal car il ne s'est pas limité au jugement des conditions de fond de l'extradition dont fait partie la condition de double incrimination, mais traite de questions pénales. En effet, il s'est prononcé dans l'affaire *Guarini*[893] sur une infraction de recel en cherchant à savoir si cette infraction, érigée en délit autonome par la Loi du 22 mai 1915, est une infraction donnant lieu à extradition ou non. On a montré que le recel en tant qu'infraction complexe possède une particularité quant à la double incrimination. Selon nous, cette particularité relève de la nature pénale de l'infraction et ne concerne alors que la juridiction pénale afin d'unifier les principes pénaux et assurer une garantie judiciaire suffisante par le recours à une juridiction spécialisée.

859. Les publicistes n'hésitent pas à saluer en revanche l'élargissement des compétences du Conseil d'État dans son contrôle sur la légalité interne du décret d'extradition. Ils estiment que sa politique jurisprudentielle tend à trouver un équilibre entre la protection de la liberté individuelle et la nécessaire coopération pénale internationale[894]. Toutefois, on voit que la question de la coopération pénale internationale est un enjeu étroitement lié à la politique criminelle de l'État et aux engagements internationaux de l'État. Le contrôle de toutes les conditions strictement pénales doit être confiées à une juridiction spécialisée en droit pénal afin de correctement mettre en œuvre cette politique criminelle.

---

891 Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit., p. 579, n° 458.

892 Le Conseil d'État estime qu'il lui appartient de se prononcer sur la question de la nationalité sans renvoyer au juge civil de droit commun tel que prévu par l'article 29 du Code civil. V. CE, 27 juillet 1979, *Salati* ; *Gaz. Pal.*, 1979, 2, p. 686, note Julien-Laferrière.

893 CE, Assemblée, 30 avril 1982, Guarini, D. 1982, p. 580, note François Julien-Laferrière.

894 Jean-Claude BONICHOT, « L'évolution récente de l'extradition passive en France », *AFDI*, 1984, p. 35.

860. Exceptionnellement le contrôle du Conseil d'État peut être admis, c'est lorsque la double incrimination fait défaut, après l'émission du décret d'extradition et avant la remise de la personne à l'État requérant, à condition toutefois que la double incrimination fasse défaut en raison de l'abrogation complète du texte législatif constituant la double incrimination. L'abrogation d'un texte pénal conduisant à ôter le caractère criminel à l'acte est le moindre seuil pénal qui pourrait être exercé par un juge administratif eu égard à la simplicité de la question et au respect du principe de légalité et de l'équité de la double incrimination.

861. Après ce constat sur la variété des rôles judiciaires exercés dans le contrôle de la condition de double incrimination, il apparaît nécessaire d'étudier le champ de ce contrôle judiciaire.

§ 2. L'étendue du contrôle judiciaire

862. Le contrôle judiciaire de la double incrimination correspond en quelque sorte à l'autre façade de la construction criminelle de l'incrimination réciproque. En effet, tout ce qui a été analysé au sein du premier Chapitre du présent Titre constitue le champ de la mission confiée au juge pénal afin d'exercer sa compétence en matière de contrôle de la double incrimination.

Toutefois, la question est susceptible d'ouvrir plusieurs portes selon la base légale sur laquelle on part : c'est l'extradition et les procédures équivalentes. L'appréciation de la double incrimination en matière d'extradition et des procédures équivalentes par la Chambre d'instruction ne peut se faire sans connaître les limites et les pouvoirs de celle-ci.

863. L'interprétation *in concreto* de la double incrimination a été expliquée dans le Chapitre précité et concernait la mise en œuvre d'une compétence extraterritoriale. Cependant, en matière de coopération pénale internationale il convient d'assouplir cette interprétation. La première raison est que l'extradition et les procédures équivalentes ont une finalité répressive et coopérative dans le but de lutter contre la criminalité, ce qui exige un traitement moins rigide de cette condition. La deuxième raison est que la finalité de ces procédures n'est pas d'exercer une compétence pénale française mais de donner au juge

étranger l'opportunité d'exercer sa compétence pénale et d'examiner la culpabilité de la personne poursuivie.

Dès lors, le contrôle de la double incrimination par la Chambre d'instruction en matière de coopération pénale internationale peut s'étudier sous deux aspects : le premier étant l'examen de la double incrimination au sein du droit pénal du pays requérant, le deuxième au sein du droit pénal du pays requis.

864. Faute d'avoir les données nécessaires, l'État requis ne peut examiner le caractère délictuel du fait poursuivi selon le droit de l'État requérant. En outre, les documents transmis avec la demande d'extradition s'avèrent bien souvent insuffisants. Mais il appartient à la Chambre d'instruction de vérifier qu'à la demande d'extradition correspondent les conditions nécessaires au regard du droit de l'État requérant. Néanmoins, cela ne signifie pas que la Chambre d'instruction doit se substituer au juge étranger ou déformer le droit étranger[895]. La consultation de la loi étrangère doit débuter dès l'application de la qualification étrangère du « fait » afin de savoir si l'infraction, selon cette qualification, est encore punissable ou si l'action publique est déjà prescrite par exemple[896]. La jurisprudence française affirme pour sa part qu'il résulte des principes généraux du droit d'extradition qu'il n'appartient pas aux autorités françaises, lorsqu'elles examinent une demande d'extradition, de vérifier si les faits ont reçu une exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de l'État requérant[897].

865. Concernant l'examen de la double incrimination au regard de la loi pénale de l'État requis, la question semble plus sensible. En effet, l'État requis examine la culpabilité selon sa propre loi pénale et doit pour ce faire partir des faits mentionnés dans la demande d'extradition, et non de la qualification des faits accomplie selon la loi pénale de l'État requérant. L'État requis doit établir l'acte infractionnel en fonction de son propre droit

---

895 Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit., p. 571, n° 451.

896 Ibid.

897 CE 24 mai 1985, *Mac Caffery*, *Rec.* P.160

…/…

car dans la plupart des cas, l'État requis n'est pas concerné directement par l'acte faisant la demande d'extradition, faute de compétence pénale propre[898].

866. Lorsqu'elle examine la double incrimination, il n'appartient pas à la Chambre d'instruction d'examiner le bien-fondé des poursuites ou de la condamnation[899]. Cela est justifié par le fait que l'État requis n'est pas chargé de poursuivre et de juger l'individu en cause, et n'est souvent d'ailleurs pas compétent pour le juger. Si la Chambre d'instruction est chargée d'examiner la criminalité réciproque par les deux États et que cette criminalité existe encore dans ces éléments, il ne lui appartient cependant pas de se prononcer sur les circonstances matérielles susceptibles d'ôter la criminalité, telles que la légitime défense par exemple, car elle ne serait pas tenue sans examen au fond des circonstances de fait qui dépasse les pouvoirs attribués à la Chambre d'instruction[900].

Ainsi, il semble nécessaire que l'État requis contrôle un minimum la matérialité de l'infraction faisant l'objet de la demande d'extradition malgré la réticence de la jurisprudence française à aller plus loin dans son pouvoir de contrôle, précisant qu'il n'appartient pas aux autorités françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée ont reçu une exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de l'État requérant[901]. Cependant cette restriction est limitée par la présence d'une erreur évidente, comme cela est formulé à l'article 696-15 alinéa 4 : « *cet avis est défavorable si la cour estime que les conditions légales ne sont pas remplies ou qu'il y a une erreur évidente* ».

867. En ce sens, on se rapproche de la situation du mandat d'arrêt européen pour lequel la double incrimination est exclue s'il porte sur l'une des trente-deux infractions citées dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et à l'article 695-23 du Code de procédure pénale. Par exemple, un mandat d'arrêt européen a été émis par l'autorité polonaise pour fraude selon l'article 286 du Code pénal polonais. Pour refuser la remise, la Chambre d'instruction s'est fondée sur l'article 286 du Code pénal polonais concernant

---

898 Dietrich OEHLER, « Les problèmes actuels d'extradition », *RIDP*, op. cit., p. 401.

899 Crim., 13 novembre 1952, *Bull. crim.*, n° 252. V. Didier REBUT, Extradition, op. cit., n° 185.

900 Delphine BRACH-THIEL, Extradition, op. cit., n° 285.

901 CE 27 juillet 1979, affaire *Salati*, *AFDI*, 1986, p. 953, n° 89.

la fraude en disant qu'il ne s'applique pas aux faits poursuivis, et a ajouté que les agissements en cause ne pouvaient être qualifiés d'escroquerie en droit français. La Cour de cassation a sanctionné cet arrêt en affirmant qu'« *il n'appartient pas à la Chambre d'instruction, sauf inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue, d'apprécier le bien-fondé de la qualification donnée par l'autorité judiciaire de l'État d'émission, le juge méconnu le texte susvisé* »[902].

868. La Chambre d'instruction est aussi chargée, en matière d'extradition, d'examiner l'utilisation spéciale de la double incrimination qui incarne la facette procédurale de cette condition, en vérifiant que le chef de compétence sur lequel l'État requérant se repose est connu et reconnu par la loi française, auquel cas la double incrimination fera défaut[903].

869. La consultation de la loi étrangère par juge national aux fins d'examen de la double incrimination échappe au contrôle de la Cour de cassation et relève de la liberté d'appréciation du juge du fond. La Cour de cassation refuse de contrôler l'application de la loi étrangère par le juge national en raison de sa mission qui se limite à assurer le respect de la loi française et l'uniformité de son interprétation. Elle est gardienne de la loi française et non de la loi étrangère[904]. C'est pourquoi la Cour de cassation ne contrôle pas l'appréciation de la double incrimination exercée par le juge du fond. Cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation admet la recevabilité d'un pourvoi fondé sur le refus du juge du fond de tenir compte de la loi étrangère ou de consultation de cette loi alors que la loi pénale française l'y oblige. En effet, le juge du fond dans ce cas violerait la loi française en ce qui concerne la condition de double incrimination justifiant alors le contrôle de la Cour de cassation. À contrario, nous sommes favorables à un contrôle sur ce point de la Cour de cassation sur ladite appréciation de la loi étrangère. Le juge ne doit pas être libre de déduire n'importe quelle conséquence, la Cour de cassation doit pouvoir,

---

902 Cass.crim., 21 novembre 2007, n° 07-87.540 : JurisData n° 2007-041896.

903 V. L'utilisation spéciale de la double incrimination dans cette thèse, supra n° 81 et s.

904 Cass. crim., 31 déc. 1936 : *Gaz. Pal.* 1937, 1, p. 420 ; *RSC* 1937, p. 308, obs. Carrive. Cass. crim., 12 nov. 1997 : *Bull. crim.* 1997, n° 383. Jean STOUFFLET, « L'application de la loi pénale étrangère par le juge national », op. cit., p. 525. André HUET et Renée KOERING-JOULIN, Compétences des tribunaux pénaux français, op. cit., n° 25.

…/…

au nom de l'équité, annuler une mauvaise interprétation qui pourrait être faite par le juge du fond[905]. Cette solution se rapproche de celle de l'interdiction posée à la Chambre d'instruction d'apprécier le bien-fondé d'un mandat d'arrêt européen sauf en cas d'inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue.

La double incrimination en tant que condition d'équité doit toujours être l'une des plus importantes conditions de la coopération pénale internationale et surtout de l'extradition. Cependant, elle ne doit pas faire obstacle à l'efficacité de celles-ci. C'est pour cela que les États ont été invités à la traiter avec souplesse (au contraire de la compétence extraterritoriale) afin de ne pas créer d'espace transfrontalier favorable à la délinquance internationale.

905 Jean STOUFFLET, ibid.

Conclusion du Titre I

870. Le mécanisme de détermination du caractère criminel d'un fait punissable en droit pénal consiste en un ensemble de procédures et de phases juridiques complexes visant la quête de vérité. Ce mécanisme de détermination se complique davantage en droit pénal international, où la présence d'un élément d'extranéité, tel que par exemple le lieu de commission, ou la nationalité de l'auteur, nécessite de ne pas se limiter au droit pénal interne.

871. La double incrimination n'occupe qu'une modeste place au sein des textes la prévoyant et les expressions utilisées par la jurisprudence française telles que « *simple consultation de la loi pénale étrangère* » ou « *simple prise en considération* » sont loin de refléter les problématiques d'application posées par cette condition.

Tout d'abord, l'application de la double incrimination ne consiste pas uniquement en une consultation de la loi pénale étrangère, son application exige selon le cas de consulter une loi non répressive étrangère, notamment s'il existe une condition préalable appartenant à une loi non répressive. La forme et les modalités de l'infraction jouent alors un rôle certain dans le mécanisme d'application de la double incrimination. Pour des infractions complexes on exigera ainsi une double application de la double incrimination, à la fois pour l'infraction préalable et pour l'infraction principale.

Les modalités de participation à l'infraction compliquent également l'application de la double incrimination en ce qu'elle rend difficile la consultation de la loi étrangère. À cela s'ajoute, la nature juridique du participant, à savoir s'il s'agit d'une personne physique ou morale et ce qu'en dit ladite loi étrangère. La double incrimination en tant que condition de fond n'échappe pas par ailleurs aux contraintes procédurales, ces dernières influant sur la criminalité et son existence juridique appelant le juge à les prendre en considération dans sa consultation de la loi étrangère.

872. Cette application problématique de la double incrimination aussi bien pour ce qui est des compétences extraterritoriales que de la coopération pénale internationale, permet d'expliquer d'ailleurs la remise en cause de cette condition afin de surmonter les obstacles découlant de son existence.

Titre II.

Une application de la double incrimination remise en cause

873. Comparer le développement de la criminalité et celui de la répression pénale est toujours discutable. En effet, le développement de la répression pénale est en général une conséquence du développement de la criminalité. Or du fait de la nécessaire intervention législative, le développement de la répression pénale ne peut intervenir qu'au fil d'un long processus législatif et administratif, au contraire du développement de la criminalité qui se réalise en s'affranchissant de ces procédures.

Cette comparaison apparaît encore plus injustifiée sur le plan international. La criminalité transfrontalière en effet est beaucoup plus développée que les instruments internationaux de lutte contre cette criminalité, d'autant que se sont accumulées en ce domaine nombre de conditions (de fond et de forme) et de procédures alourdissant la coopération internationale en matière pénale. Aujourd'hui la criminalité internationale s'avère, qui plus est, de plus en plus organisée et se réalise davantage en groupes, parfois même professionnels, à l'instar de la mafia, munis d'expérience juridique leur permettant de surmonter les obstacles de la répression pénale, de sorte que « *la justice est quelque peu désemparée devant la montée de la criminalité transnationale, d'origine économique — les mafias — ou politique — les groupes terroristes* »[906]. Et les instruments internationaux classiques de lutte contre la criminalité n'ont pas réduit cette disparité entre le développement de la criminalité internationale et la réponse pénale puisqu'il n'existe pas de mise à jour efficace et périodique de ces instruments.

Un tel décalage semble même s'être accentué à la fin de XXe siècle et au début de XXIe siècle, amenant la communauté internationale à vouloir renforcer la solidarité des États dans la lutte contre cette criminalité[907].

874. Or la condition de la double incrimination apparait comme un élément cardinal dans le débat visant la recherche des causes de l'affaiblissement de la répression pénale internationale face au développement de la criminalité internationale. L'analyse de son application quelque peu problématique au sein du premier Titre de la présente Partie, a

---

906 Yves JEANCLOS, *Droit pénal européen, Dimension historique*, Economica, 2009, p. 538.

907 Communication de la commission européenne, vers une espace de liberté, de sécurité et de justice, 14 juillet 1998, COM (1998) 459 final, p. 5 et s.

montré que cette condition assurait le principe de légalité et permettait de garantir la liberté individuelle. Mais cette condition est également un véritable obstacle au développement de la coopération internationale en matière pénale. Le domaine de l'incrimination réciproque, ses conditions préalables, la construction du fait principal d'une infraction simple ou complexe, la complicité et le champ du contrôle juridictionnel sont autant d'éléments qui participent à sa complexité en tant que condition primordiale à toute coopération internationale ainsi qu'à toute compétence extraterritoriale.

875. Pour surmonter les difficultés posées par la criminalité internationale les États ont adhéré à des conventions bilatérales ou multilatérales voire à des organisations internationales dans le but de créer une base commune dans la lutte contre la criminalité nationale et internationale. L'émergence d'organisations internationales et régionales a ainsi permis l'adoption d'un standard commun de droits en matière répressive d'une part, et le rapprochement des législations nationales en matière criminelle d'autre part. Un tel standard de droits et un tel approchement peuvent être constatés au sein des Nations-Unies via l'adoption de Chartes, de déclarations et de conventions. Cependant le succès s'est avéré plus grand sur le continent européen grâce au Conseil de l'Europe et à l'Union Européenne.

876. Le fondement de toute coopération internationale en matière pénale repose sur les intérêts réciproques des États à se prêter assistance pour réprimer les infractions. Dès lors, si les faits ne sont pas incriminés dans l'un des États concernés, cela peut faire obstacle à cette coopération comme le montre la condition de la double incrimination, à défaut de laquelle la coopération internationale se trouve privée de tout fondement[908].

877. Or face à l'évolution de la criminalité internationale toute la difficulté réside dans l'équilibre à trouver entre la double incrimination et l'efficacité des mécanismes de coopération internationale en matière pénale. Au regard du grand développement de la criminalité ces dernières années, les mécanismes de coopération pénale internationale classiques s'avèrent aujourd'hui obsolètes, les mécanismes telles que l'extradition et

[908] Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 217, p. 134.

…/…

l'entraide judiciaire se heurtent en effet à des inconvénients majeurs comme la complexité et la lenteur des procédures, l'existence de règles propres à chaque État et des intérêts spécifiques caractéristique de leur système pénal[909].

878. Cependant, le contenu des accords et conventions instituant les mécanismes de coopération internationale en matière pénale est souvent le fruit d'une approche minimaliste des règles faisant l'objet de la convention ou de l'accord. En effet, il est souvent plus facile de réunir les États autour d'idées minimales afin d'assurer la plus grande acceptation possible des parties[910]. Cet accord minimaliste se justifie en outre par le caractère sensible de la coopération judiciaire qui se trouve fortement marquée par le principe de souveraineté, selon lequel le sentiment de responsabilité politique des autorités publiques est très vif et les principes constitutionnels intangibles[911].

879. La condition de la double incrimination en tant que condition de mise en œuvre d'une demande de coopération judiciaire a été pourtant vivement critiquée par une partie des pénalistes, alléguant des enjeux proprement techniques tels que la prescription, et revenant sur le fait que refuser de répondre à une demande de coopération judiciaire lorsque la double incrimination fait défaut revient à refuser les divergences culturelles et législatives qui doivent pourtant être acceptées[912].

880. En réalité, la confiance mutuelle que les États s'accordent est davantage une question procédurale, comme cela a été affirmé par l'Union Européenne dans un programme destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle. Pour l'Union européenne « *cette confiance mutuelle repose en particulier sur le socle commun que constitue leur attachement aux principes de liberté, de démocratie et de respect des Droits*

---

909 François-Xavier ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, 2014, n° 108, p. 78.

910 François-Xavier ROUX-DEMARE, *op.cit.*, n° 118, p. 83.

911 Gustaaf BORCHARDT, « Vers un espace judiciaire européen : aspects institutionnels », *in L'espace judiciaire européen, actes du colloque d'Avignon*, Ministère de la Justice, 1999, p. 125.

912 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1938, n° 1772, p. 998. Maurice TRAVERS, *Le droit pénal international et sa mise en œuvre et temps de paix et en temps de guerre*, t. IV, 1921, n° 2158, p. 675.

…/…

de l'Homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'État de droit »[913]. Elle repose aussi sur la connaissance que les États membres ont des standards communs et des décisions rendues par l'autorité de l'autre État (État requérant ou État membre) qui reposent sur des critères et des garanties reconnus par les États parties. Par conséquent, cette confiance ne concerne pas le droit pénal du fond à savoir les différences d'incriminations selon les législations. En effet, le fait pour un État d'incriminer tel acte et non un autre relève de la politique criminelle et plus généralement du système de valeurs de l'État[914].

881. Quoi qu'il en soit, la condition de la double incrimination favorise le développement de la criminalité internationale et sa professionnalisation. La criminalité organisée grâce à la double incrimination peut faire jouer le « *forum shopping* » consistant en l'exploitation des divergences et des différences entre les systèmes juridiques afin d'échapper à toute répression. Ce dernier, très présent dans le domaine du droit international privé, est considéré comme une « *manipulation des critères de compétence juridictionnelle* »[915]. Il existe aussi en matière pénale même s'il est moins connu. En effet, la personne poursuivie peut avoir un intérêt dans le lieu où l'affaire sera jugée[916], et conduire les criminels à franchir les frontières et par la même occasion à bénéficier des lacunes prévues par les instruments de coopération judiciaire en matière pénale[917]. Les criminels peuvent ainsi introduire un élément d'internationalisation afin de se servir de cette possibilité de choix de la juridiction, et opérer alors un choix stratégique[918].

---

913 Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décision pénales, JOCU, C 12/10 du 15 janvier 2001.

914 Daniel FLORE, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaire pénales dans l'Union européenne*, Edition de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 67.

915 Pierre MAYER et Vincent HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ- Lextenso, 11e édition, 2014, p. 191.

916 Christine VAN DEN WYNGARET, « Corpus juris, parquet européen et juge national : vers une chambre préliminaire européenne ? » *in Vers un espace judiciaire pénal européen*, Edition de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 132 et s.

917 François-Xavier ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, op. cit., n° 93, p. 70.

918 Patrick BERNASCONI, « Les infractions transfrontalières : terrorisme, trafic de stupéfiants, délits financier », *in Quelle politique pénale pour l'Europe ?,* Economica, 1993, p. 80.

…/…

882. L'abandon de la double incrimination par exemple en matière d'extradition afin de faciliter la coopération judiciaire en matière pénale a pourtant été complètement exclu et contesté par le Xe congrès de l'Association internationale de droit pénal[919]. Le problème de la double incrimination était, aux yeux des pénalistes, lié à son étendue en tant qu'une condition et non pas due à son existence[920]. Cependant, affirmer que la double incrimination est nécessaire, n'a pas empêché certains auteurs d'avouer que le maintien de la double incrimination complique l'extradition[921]. Certains parmi eux ont même été plus audacieux en suggérant l'abandon de la double incrimination en veillant simplement à ce que le prévenu soit livré à un État dont la justice s'inspire de principes fondés sur le droit, et dont le système pénitentiaire est humain[922], ce qui relève dès lors davantage de la confiance mutuelle entre États.

Tous ces débats ont finalement poussé à reconsidérer toute vision antagoniste de la coopération judiciaire internationale en général et de la double incrimination en particulier.

883. En outre, envisager le rapprochement des législations nationales dans le monde contemporain n'est pas inutile, bien au contraire. L'adoption de conventions multilatérales dans la lutte contre certains crimes graves nationaux et transnationaux, tant au sein des Nations-Unies que du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne[923], peut permettre de faire converger les législations sur des valeurs communes et tendre à faire fondre progressivement, au fil des textes, les disparités entre les cultures juridiques facilitant de facto la double incrimination. Et ce rapprochement influence non seulement la remise en cause de la double incrimination dans le domaine de la coopération judiciaire internationale, mais aussi en matière de compétence extraterritoriale. Dans l'un et l'autre domaine, on assiste ainsi à une remise en cause certes partielle de la double incrimination,

---

919 Xe Congrès de l'Association internationale de droit pénal, Rome 1969, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968.

920 Theo VOGLER, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, op. cit., p. 424.

921 Georges LEVASSEUR, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, op. cit., p. 568.

922 Constantin VOUYOUCAS, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, op. cit., p. 587, il s'est référé à l'idée de Maurice TRAVERS dans son développement.

923 Sur cette question v. Titre I de la première partie de cette thèse.

mais manifeste (**Chapitre I**). Une remise en cause qui n'est cependant que très récente et n'a pas encore de contours bien définis, entre autres, en raison du maintien des divergences législatives et culturelles entre les États. Des divergences qui ne rendent d'ailleurs guère concevable une remise en cause absolue de cette condition (**Chapitre II**).

Chapitre I.

Une remise en cause de la double incrimination partielle manifeste

884. La problématique de la coopération judiciaire internationale en matière pénale met en cause deux principes généraux bien souvent contradictoires : le principe de la solidarité des États dans la lutte contre la délinquance et celui de la souveraineté des États. La territorialité des lois pénales incarne en quelque sorte cette souveraineté. Pour autant, la solidarité et l'intention de s'entraider mutuellement exige des États la reconnaissance de l'extraterritorialité des compétences judicaire et législative dans la lutte contre la criminalité. Le professeur BOUZAT soulignait à ce titre que « *l'entraide internationale ne peut être véritablement efficace que si, sacrifiant au moins en partie le territorialisme, le législateur reconnaît à la sentence pénale étrangère une efficacité sur son propre territoire* »[924].

Or la remise en cause de la double incrimination s'inscrit au cœur de ce débat. D'un côté cette condition est une manifestation de la souveraineté nationale, mais d'un autre, elle peut faire obstacle à la solidarité internationale dans la lutte contre la délinquance.

885. Toutefois, le maintien de la double incrimination au sein de la coopération internationale en matière pénale n'est pas seulement justifié par l'ordre public de l'État requis, mais également par la réponse que cette condition apporte à la différence des structures politico-sociales entre les États. Divers pénalistes ont d'ailleurs, il y a 50 ans, avancé que le rapprochement entre les législations permettrait de favoriser l'abandon de cette condition, et les progrès réalisés par certains pays démontrent que ce rapprochement

924 Pierre BOUZAT, « Les effets internationaux de la sentence pénale », IXe congrès de l'Association internationale de Droit pénal, *RIDP*, 1963, p. 92.

…/…

diminue les disparités législatives, comme on peut le constater par exemple dans les États du Benelux, les États nordiques et les États européens[925].

886. Pourtant, on a pu observer que le maintien de la double incrimination, même entre des États ayant des législations et des valeurs communes comme les États européens, aboutit parfois à des situations inacceptables et scandaleuses. Pour exemple, citons la fameuse affaire *Pinochet* et la décision rendue par *la Chambre des Lords* le 24 mars 1999, approuvant l'extradition de l'ancien dictateur uniquement pour certains chefs d'accusation. En effet, selon *la Chambre des lords* l'extradition ne pouvait être accordée que pour les faits commis après le 8 décembre 1988, date d'entrée en vigueur au Royaume-Uni de la Convention internationale contre la torture datant de 1984, et la date à laquelle la condition de la double incrimination pouvait être considérée comme remplie[926]. Cette affaire a montré à quel point la condition de la double incrimination est « *de nature à handicaper les procédures d'extradition entre les États membres de l'Union. Il s'agissait de faits d'une extrême gravité, dont le caractère éminemment répréhensible ne faisait pas l'objet de divergences entre les États membres* »[927].

887. Malgré l'adoption de conventions multilatérales instaurant un cadre normatif de coopération internationale en matière pénale entre les États européens, et ce après la Seconde guerre mondiale (comme la Convention européenne d'extradition et la Convention européenne d'entraide judicaire), ce cadre normatif a été jugé insuffisant par rapport à l'évolution de la criminalité régionale. Cela a conduit les États membres des Communautés européennes à vouloir conférer une spécificité à la coopération judiciaire pénale comme le montre le projet présenté par le Président français Valéry GISCARD D'ESTAING devant le Conseil européen à Bruxelles le 5 décembre 1977 qui visait à créer un espace judiciaire européen. Cette proposition d'un haut représentant étatique répond alors à l'inquiétude des dirigeants européens face à la montée de la criminalité en Europe.

---

925 Hans SCHULTZ, « Rapport général : Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, op. cit., p. 803. Pierre BOUZAT, idem.

926 Jean-Yves De CARA, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des lords », *AFDI*, 1999, V.45, p. 72 et s.

927 Anne WEYEMBERGH, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », *in Vers un espace judiciaire pénal européen*, édition de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 158.

Il faut noter par ailleurs que les changements dans le paysage géopolitique européen, surtout de la création du Conseil de l'Europe puis de l'Union européenne, a affecté le développement régional de la criminalité, lequel a conduit certains auteurs à développer la notion d'« *eurocrime* ». Cette dernière fait toutefois l'objet de deux interprétations différentes sans être pour autant contradictoires. La première vise les infractions commises à l'échelle européenne au sein d'un espace géographique fondé sur le principe de la liberté de circulation, tandis que la deuxième vise les infractions qui touchent le fonctionnement propre de l'Union européenne telles que les fraudes au budget européen et la corruption de fonctionnaires européens[928].

888. Or face au développement de ces « eurocrimes », l'Europe a dû se réunir autour de ses valeurs morales et politiques, la proximité géographique étant propice à une certaine homogénéité entre États permettant la création d'un espace juridique européen[929]. Ces éléments de rapprochement géopolitique ou politico-sociaux ont ainsi aidé les États européens à créer une base commune pour lutter contre la criminalité par l'adoption de conventions multilatérales en matière pénale, comme par exemple dans les domaines du blanchiment d'argent, du terrorisme, de la corruption, de la traite d'êtres humains, de la criminalité organisée ou de la cybercriminalité[930].

889. Au niveau de l'Union européenne, une harmonisation des législations entre États membres est par ailleurs apparue comme un élément essentiel à l'occasion du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE). L'article 83 du TFUE dans son premier paragraphe prévoit ainsi que : « *Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes* ».

---

928 François-Xavier ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, op. cit., n° 75, p. 56.

929 Jean CHARPENTIER, « Vers un espace judiciaire européen », *AFDI*, 1978, p. 933.

930 V. supra partie I titre I de cette thèse.

…/…

890. L'Europe, par ces richesses institutionnelles et juridiques communes, possède ainsi un terrain favorable à la remise en cause de la condition de double incrimination surtout du fait de l'existence d'un cadre normatif dédié à la coopération judiciaire en matière pénale entre les États tant au niveau du Conseil de l'Europe que de l'Union européenne[931]. Mais la remise en cause de la double incrimination ne se limite pas au droit pénal européen (**Section I**), elle se manifeste également en droit pénal interne (**Section II**).

Section I.

La remise en cause de la double incrimination en droit pénal européen

891. La grande transformation géopolitique qui a touché l'Europe après la Seconde guerre mondiale a été suivie par une évolution solide et forte en matière de coopération judiciaire pénale et qui s'est opérée à deux niveaux. Le premier concerne le Conseil de l'Europe et son cadre normatif dédié à la coopération judiciaire pénale (Convention européenne sur l'extradition et Convention européenne sur l'entraide judiciaire en matière pénale) ; le deuxième niveau concerne l'Union européenne qui possède ses propres instruments sur la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires fortement propices à la suppression de la double incrimination.

Or la remise en cause de la double incrimination n'est pas aussi intense et aboutie dans ces deux organisations européennes, le degré de confiance entre États, de même que les valeurs communes partagées, n'étant pas aussi poussés au sein du Conseil de l'Europe qu'au sein de l'Union européenne. Cette différence d'intensité peut être constatée dans les instruments classiques de coopération inter-étatique européenne (§ 1), ainsi que dans les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle (§ 2).

931 Ce qui n'existe pas dans le cadre des Nations-Unies qui ne possèdent pas ce type de cadre normatif dédié à la coopération judiciaire.

§ 1. Une remise en cause de la double incrimination via les instruments européens classiques en matière de coopération

892. Il s'agit d'étudier ici les instruments européens dédiés à l'extradition et à l'entraide judiciaire en matière pénale. La Convention européenne d'extradition de 1957 et la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 sont en effet assorties d'autres instruments européens visant l'amélioration et la simplification des instruments adoptés au sein du Conseil de l'Europe et dans lesquels la double incrimination est parfois remise en cause.

Mais distinguons les instruments en matière d'extradition (A), de ceux portant sur les autres formes de coopération judiciaire (B).

A. Une remise en cause de la double incrimination en matière d'extradition

893. L'extradition sur le continent européen peut relever de plusieurs instruments et être « classique » ou simplifiée. On trouve une extradition dite classique, organisée dans le cadre du Conseil de l'Europe par la Convention de 1957 et ses protocoles additionnels. À cette procédure classique, il faut toutefois ajouter une procédure simplifiée mise en place par l'Union européenne dont les bases ont été posés par la CAAS aux articles 59 à 66[932] et qui a ensuite fait l'objet d'une convention dédiée : la Convention relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les États membres de l'Union européenne du 10 mars 1995. L'Union européenne est par ailleurs également à l'origine d'une convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européennes, tandis que le Conseil de l'Europe a instauré, à son tour, une procédure simplifiée, objet du troisième protocole additionnel du 10 novembre 2010 à la Convention de 1957.

932 Cependant, la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen a abrogé les articles 59-66. V. Laurent MOREILLON et Aline WILLI-JAYET, *Coopération judiciaire dans l'Union européenne*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 291.

…/…

894. La Convention européenne d'extradition a constitué un grand progrès, puisqu'elle est venue remplacer toutes les conventions bilatérales existantes entre les États membres du Conseil de l'Europe[933]. Cependant, au fil des années, la Convention européenne d'extradition n'a plus été à même d'accélérer la coopération judiciaire face au développement de la criminalité sur le continent européen. Reposant sur des procédures longues ainsi que sur la condition de double incrimination, cette convention est apparue insuffisante alors que l'on assistait au développement et au rapprochement des législations étatiques au sein de l'Union européenne.

895. Avant le Traité de Maastricht[934], il n'existait pas de cadre normatif dédié à la coopération judiciaire en matière pénale propre à l'Union européenne. Le seul cadre existant se trouvait au sein du Conseil de l'Europe avec les Conventions de 1957 et de 1959. Mais ce Traité, en définissant l'objectif de l'Union européenne en trois piliers, a permis à l'Union européenne de se doter de normes en ce domaine. Le troisième pilier – objet du titre VI du TUE- va permettre à l'Union européenne d'adopter des dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale et l'article K.3 de ce traité prévoyant que « *L'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise entre autres à : b) faciliter l'extradition entre États membres* ». Et c'est sur la base de ces dispositions que seront adoptés les conventions précitées de 1995 et 1996. Cette volonté de faciliter l'extradition apparait d'ailleurs dans l'exposé des motifs de la convention de 1996 qui prévoit que « *les États membres ont un intérêt commun à s'assurer que les procédures d'extradition fonctionnent d'une manière efficace et rapide dans la mesure où leurs systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques et où les États membres respectent les obligations fixées par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950* »[935].

---

933 Jean PRADEL et Geert CORSTENS et Gert VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3e édition, Dalloz, 2002, p. 102, n° 106.

934 Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, JOCU, C 191, 29 juillet 1992.

935 Cité par Pierre-Yves GAUTIER, « La Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne », *Europe*, décembre 1996, p. 2

…/…

Dans cette perspective, la Convention de 1996 va rénover profondément les conditions d'extradition entre États membres de l'Union européenne. Elle va par exemple réduire le seuil minimal de peine pour les faits donnant lieu à extradition, assouplir fortement quelques principes tels que la non-extradition des nationaux, et le principe de spécialité, sans compter le fait qu'elle va diminuer les motifs de refus de l'extradition[936].

Et pour ce qui est de la double incrimination, elle a non seulement assoupli la rigueur de cette condition en tant que condition générale d'extradition, mais aussi l'a remise en cause pour certaines infractions dûment énumérées.

896. Dans l'ensemble, la Convention de 1996 se montre ainsi moins exigeante que la Convention européenne d'extradition de 1957, l'article 2 de cette Convention intitulé : « Faits donnant lieu à extradition » précise ainsi que l'extradition doit être accordée lorsque les faits faisant la demande d'extradition sont « *punis par la loi de l'État membre requérant d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins douze mois et par la loi de l'État membre requis d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins six mois* ». Sur ce point, la Convention de 1957 s'avère plus exigeante puisqu'elle vise les faits punis par la loi de l'État requérant et l'État requis, par une peine privative de liberté ou par une mesure de sûreté privative de liberté d'au moins un an ou d'une peine autre plus sévère. Cette modification du seuil de peine encourue dans l'État requis montre bien à quel point la double incrimination freine la coopération judiciaire en matière pénale, amenant à assouplir cette condition afin de mieux coopérer. Cependant, cet assouplissement a été limité au taux de la peine et n'a pas impacté la méthode d'interprétation de la double incrimination, que ce soit *in concreto* ou *in abstracto*.

897. Par ailleurs, la double incrimination a été entièrement supprimée dans ladite convention lorsque le fait faisant l'objet de la demande d'extradition est qualifié, par la loi de l'État requérant, de conspiration ou d'association de malfaiteurs punis par une peine privative de liberté ou une mesure de sûreté privative de liberté d'au moins douze mois. L'article 3 de la Convention de 1996 est clair à ce sujet, prévoyant que « *l'extradition ne peut être*

936 Didier REBUT, Extradition, *Rép. Internat.*, Dalloz, 2009, n° 24.

refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne prévoit pas que ces mêmes faits sont constitutifs d'une infraction ». Toutefois, la remise en cause de la double incrimination pour ces infractions est conditionnée par la nature de l'infraction principale visée (commise dans le cadre d'une conspiration ou d'une association de malfaiteurs) ; la double incrimination ayant été supprimée pour la conspiration ou l'association de malfaiteurs lorsqu'elles ont pour but de commettre une infraction de nature terroriste ou comme l'a prévu la paragraphe 1.b de l'article 3 : « *toute autre infraction punie d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins douze mois relevant du trafic du stupéfiants et d'autres formes de criminalité organisée ou d'autres actes de violence dirigés contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté d'une personne, ou créant un danger collectif pour des personnes* ».

898. Cette remise en cause de la double incrimination par la Convention de 1996 est une véritable innovation[937] qui trouve diverses justifications. Concernant les infractions de nature terroriste, le Conseil de l'Europe avait déjà adopté la Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 qui emporte modifications des traités d'extradition y compris la Convention européenne d'extradition de 1957 afin d'englober tout acte de nature terroriste au regard de sa gravité. Dès lors, il convient d'admettre que la présence de la double incrimination au sein de la Convention de 1996 n'avant plus de sens dès lors que la plupart des États européens de l'époque avait adopté et ratifié la Convention européenne pour la répression du terrorisme[938]. Quant aux autres infractions figurant au paragraphe 1.b de l'article 3, il a été admis que ces actes ne pouvaient rester impunis en Europe.

Cette remise en cause de la double incrimination se justifie également, au moment de l'adoption de la Convention de 1996, par le fait que certains pays européens ne connaissaient pas alors l'infraction d'association de malfaiteurs dans leur droit interne, à

937 Anne WEYEMBERG, Coopération judiciaire pénale, *J-Cl. Dr. Internat*. Fasc. 408-20, 2009, n° 26.

938 Aujourd'hui, la Convention européenne pour la répression du terrorisme est signée et ratifiée par tous les Etats de l'Union européenne. V : http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/090/signatures?p_auth=3UGfFUX4

…/…

l'instar de la Suède et des Pays-Bas[939]. Partant il apparaissait nécessaire de supprimer cette condition pour ce type de fait.

899. Toutefois, la volonté européenne de remettre en cause, au moins partiellement, la double incrimination dans la Convention de 1996 apparait fragile. Une fragilité qui se manifeste dans la faculté donnée aux États d'émettre une réserve. Le paragraphe 3 de l'article 3 prévoit à ce sujet que : « *Lorsqu'il procède à la notification visée à l'article 18 paragraphe 2, tout État membre peut déclarer qu'il se réserve le droit de ne pas appliquer le paragraphe 1 ou de l'appliquer dans certaines conditions précises* », ainsi, la suppression de la double incrimination a pu être vidée de son intérêt par cette possibilité de réserve donnée aux États[940].

900. Toujours en lien avec la remise en cause de la double incrimination, il faut également évoquer ici les dispositions de la Convention de 1996 sur la prescription. En cas de prescription, un fait qui était punissable ne l'est plus, ce qui peut faire obstacle à une extradition au même titre que l'absence de double incrimination. En ce sens, la Convention européenne d'extradition de 1957 prévoit dans son article 10 que « *L'extradition ne sera pas accordée si la prescription de l'action ou de la peine est acquise d'après la législation soit de la partie requérante, soit de la partie requise* ». Sur ce point, la Convention de 1996 apporte une véritable modification en prévoyant en son article 8 paragraphe 1 que « *L'extradition ne peut être refusée au motif qu'il y a prescription de l'action ou de la peine selon la législation de l'État membre requis* ». Et cette remise en cause de la règle de la prescription va de pair avec la remise en cause de la double incrimination opérée par cette Convention.

901. Cependant là aussi, l'Europe est restée sceptique à cet égard, voire réticente, comme le montre le paragraphe 2 du même article octroyant aux États membres la faculté d'émettre une réserve et dès lors de ne pas appliquer le paragraphe 1 dudit article. Il convient

---

939 Christian PHILIP, Rapport à l'Assemblée Nationale sur le projet de la loi adopté par le Sénat autorisant la ratification des conventions établies sur la base de l'article K3 du Traité sur l'Union européenne, relative à l'extradition, la procédure simplifiée d'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale, n° 1621, disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r1621.pdf

940 Anne WEYEMBERG, Coopération judiciaire pénale, op. cit. n° 26.

néanmoins de noter que cette réserve est conditionnée par l'hypothèse où l'État requis serait en même temps compétent à poursuivre le fait faisant l'objet de la demande d'extradition, ce qui signifie donc que cette faculté n'est à l'inverse pas admise lorsque l'État requis ne peut poursuivre le prévenu. Une solution reprise en matière d'amnistie, l'article 9 de la Convention prévoyant que « *l'extradition n'est pas accordée pour une infraction couverte par l'amnistie dans l'État membre requis si celui-ci avait compétence pour poursuivre cette infraction selon sa propre loi pénale* ».

902. Toutes ces dispositions ont toutefois largement perdu de leur intérêt, aujourd'hui, avec le mandat d'arrêt européen, entré en vigueur le 1er janvier 2004, et qui a remplacé la procédure d'extradition prévue par la Convention de 1996. Cette covention demeure toutefois applicable lorsque les États européens ont limité le champ d'application temporel du mandat d'arrêt européen[941], comme la France. Le mandat d'arrêt européen n'y étant applicable qu'aux faits commis après le 1er novembre 1993[942].

903. Pour conclure, il ressort de l'examen de la remise en cause de la double incrimination au sein de la Convention de 1996 un vrai courage européen, permettant une évolution majeure en termes d'amélioration de l'extradition au sein de l'Union européenne, et faisant prendre conscience aux États qu'ils ont le pouvoir d'avancer et de développer leurs relations coopératives en matière pénale dans un but commun de lutte contre la criminalité. Mais l'importance des réticences en ce domaine a amoindri cette remise en cause aboutissant à ce que les chefs d'État de l'Union européenne estiment nécessaire de repenser les procédures d'extradition de fond en comble[943].

L'Europe a alors été amenée à reconsidérer l'existence-même de cette procédure. Mais, au préalable il convient de voir si cette remise en cause se manifeste également pour les autres formes que revêt la coopération judiciaire.

---

941 Cass.crim., 23 juillet 2008, n° 08-83.111 ; Cass.crim., 21 novembre 2007, n° 07-86.160.

942 Christian PHILIP, Rapport à l'Assemblée Nationale, op. cit., p. 11.

943 Pierre MONVILLE, « Le mandat d'arrêt européen : remise en cause du mécanisme de la simple remise », JTDE, 2003, p. 168 et s.

B. Une remise en cause de la double incrimination affectant les autres formes de coopération judiciaire en matière pénale

904. La stricte application du principe de territorialité et le grand attachement à la souveraineté nationale ne sont guère favorables à l'adoption d'un cadre normatif international d'entraide judiciaire en matière pénale, sans oublier la grande diversité juridique existant entre les États qui induit plus de méfiance et affaibli toute confiance mutuelle. C'est pourquoi il n'existe pas de cadre normatif adopté par les Nations-Unies en ce domaine, limitant l'entraide judiciaire en matière pénale à une coopération par conventions bilatérales.

905. L'entraide pénale internationale a en revanche trouvé sa place au sein de l'Europe qui est apparue « *comme une terre propice à l'épanouissement de règles multilatérales, favorisée en cela par l'existence de deux organisations internationales régionales* »[944]. Cette entraide a en effet été structurée par les deux organisations européennes. En premier lieu est intervenu le Conseil de l'Europe qui est à l'origine de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959, et ses protocoles additionnels, puis, en second lieu, l'Union européenne a pris le relai par des dispositions dédiées à l'entraide judiciaire pénale entre les États membres dans la CAAS (Titre I de la première partie) visant à étendre le champ d'application de la Convention de 1959 et à la faciliter. Des objectifs qui ont été ensuite poursuivis par la Convention du Conseil européen du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre États membres[945], et son protocole du 16 octobre 2001[946].

906. Concernant la remise en cause de la double incrimination dans ces instruments, il convient au préalable de déterminer la nature des actes susceptibles d'être qualifiés comme « actes d'entraide judiciaire ». En effet, les actes d'entraide judiciaire peuvent revêtir plusieurs

---

944 Cécile CASTELLA, « *Les investigations judiciaires internationales* », sous la direction de Olivier BEAUVALLET, Berger Levrault, 2014, p. 99.

945 Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du Traité sur l'Union européenne, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, JOCU, C 197, 12 juillet 2000, p. 1

946 Protocole à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, JOCU, c 326, 21 novembre 2001, p. 2.

formes comme, par exemple, l'exécution d'un acte d'enquête ou d'instruction, la remise d'actes de procédure et de décisions judiciaires, la comparution de personnes, les échanges d'information, la dénonciation officielle aux fins de poursuites, ou encore l'exécution de mesures destinées à la confiscation.

Si l'entraide judiciaire en matière pénale présente de nombreux points communs avec le processus de l'extradition, elle s'en distingue de par sa nature juridique et ses conditions de mise en œuvre. En principe, les actes d'entraide judiciaire en matière pénale n'ont pas de caractère coercitif à la différence de l'extradition. Ce qui explique que la double incrimination ne soit pas requise en tant que condition de mise en œuvre d'une demande d'entraide judiciaire pénale[947], comme le montre la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 qui ne mentionne pas la double incrimination en tant que condition obligatoire à une demande d'entraide adressé par un État requérant. Cependant, stipuler que la demande d'entraide pourrait être refusée « *si la partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autre intérêts essentiels de son pays* »[948], est considéré par certains auteurs comme un « *motif utile pour pallier l'absence de condition de double incrimination* »[949].

907. Toutefois, certains actes d'entraide judiciaire peuvent être de nature coercitive lorsqu'ils sont à fin de perquisition ou de confiscation par exemple, ce qui a conduit la Convention de 1959 à octroyer aux États la possibilité de subordonner l'exécution des demandes d'entraide concernées à la condition de double incrimination[950].

908. La double incrimination n'est ainsi pas exigée dans la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 en tant que condition obligatoire de mise en œuvre de l'acte d'entraide suscité, peu important comment les législateurs nationaux ont traduit cette volonté européenne dans leurs lois internes. Envisager la remise en cause de cette condition ici semble dès lors inutile, les dispositions figurant au sein de la CAAS et la

---

947 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 505, p. 304.

948 Art. 2.b de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959.

949 Didier REBUT, op. cit., n° 506.

950 Art. 5 § 1.a.

Convention d'entraide judiciaire entre les États membres de l'Union européenne de 2000 et de son protocole additionnel ne présentant a priori guère d'intérêt.

909. Toute dépend cependant du sens que l'on donne à l'expression « remise en cause ». À cette fin, convient-il d'être attaché à une interprétation stricte de « la remise en cause » comme étant une suppression explicite de la double incrimination, comme dans la Convention relative à l'extradition de 1996 ? Ou bien doit-on l'entendre dans un sens plus vaste qui engloberait tout changement ou bouleversement tant de son existence que de son application ? À notre avis, cette expression de « remise en cause » doit être entendue largement. En effet, cette condition peut être considérée comme un rocher sur le chemin de la coopération judiciaire internationale et par conséquent tout changement apporté à cette condition, qu'il s'agisse de sa suppression ou seulement de modifications la concernant, doit être interprété comme une sorte de remise en cause.

910. Pour ce qui est de la CAAS, elle a amélioré la coopération judiciaire entre les États de l'Union européenne à bien des égards : l'entraide judiciaire, l'extradition, la transmission de l'exécution des jugements répressifs et la règle *Non bis in idem* sont en effet améliorer par cette Convention. Toutefois, toutes ces améliorations demeurent relativement ordinaires[951]. Il convient en effet de rappeler que la CAAS en son article 48 complète la CEEJ de 1959, qui n'a pas, comme cela a été expliqué, stipulé la double incrimination dans la mise en œuvre de la demande d'entraide judiciaire, même si elle peut être maintenue via la faculté donnée aux États de se fonder sur l'atteinte à l'ordre public même pour des actes non coercitifs[952].

911. Toutefois, dans cette Convention, la double incrimination a subi une certaine mutation qui apparait à l'article 49 de la CAAS prévoyant que « *l'entraide judiciaire est également accordée : a) dans des procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national d'une des deux Parties Contractantes ou des deux Parties Contractantes au titre*

951 Anne WEYEMBERG, Coopération judiciaire pénale, op. cit., n° 19.

952 Il en est de même du protocole additionnel du 17 mars 1978 de la CEEJ de 1959 qui a aussi maintenu la double incrimination en matière fiscale bien que les deux législations n'aient pas de similitude en la matière Art. 2 de protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 17 mars 1978, STE n° 99.

d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale ». Par la même la double incrimination a été remise en cause par une modification de son domaine d'application qui englobe alors non seulement les infractions poursuives pénalement, mais aussi les infractions poursuivies par des autorités administratives des parties contractantes[953].

Ce que l'on pourrait appeler ici une remise en cause partielle de la double incrimination pour les infractions poursuivies par des autorités administratives, relève de la bonne administration de la justice pénale qui vise à obtenir une réponse pénale rapide et selon des procédures simplifiées en adéquation avec ce qu'a soutenu et encouragé le Conseil de l'Europe[954]. Et il est vrai qu'une application stricte de la double incrimination découlant des instruments classiques d'entraide judiciaire européenne ne peut aller de mise avec une justice pénale efficace et en temps réel.

912. Par ailleurs, on sait que les actes d'entraide judiciaire de nature coercitive comme les perquisitions ou les saisies, sont souvent soumis à la double incrimination. Par la même, l'État requis s'assure que son pouvoir coercitif ne sera utilisé que pour des faits relevant d'une criminalité commune. Il peut en être ainsi dans le cadre de la CEEJ de 1959 qui permet aux États d'émettre une réserve afin d'appliquer la double incrimination pour des actes d'entraide coercitifs. Ce qui n'est pas le cas de la France qui n'a pas opté pour une telle déclaration, signifiant alors qu'elle ne refuse pas l'exécution d'une perquisition ou d'une saisie à défaut de double incrimination[955].

Sur ce point, la CAAS en son article 51 apparait moins rigoureuse quant à l'interprétation stricte de la double incrimination pour les actes d'entraide coercitifs en prévoyant que « *Les Parties Contractantes ne subordonnent pas la recevabilité de commissions rogatoires aux fins de perquisition et de saisie à des conditions autres que celles ci-après:*

953 Magali SABATIER, *La coopération policière européenne*, L'Harmattan, 2001, p. 152.

954 Conseil de l'Europe, recommandation n° R (87) 18, du comité des ministres aux États membres concernant la simplification de la justice pénale, disponible sur : https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDécision-cadreTMContent?documentId=09000016804e3ccf

955 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 512, p. 308.

a) le fait qui a donné lieu à la commission rogatoire est punissable selon le droit des deux Parties Contractantes d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté restreignant la liberté d'un maximum d'au moins six mois, ou punissable selon le droit d'une des deux Parties Contractantes d'une sanction équivalente et selon le droit de l'autre Partie Contractante au titre d'infraction aux règlements poursuivie par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale ». Il convient en effet d'admettre avec cet article que la rigueur de cette condition a été réduite dans cette Convention par la possibilité de considérer que la double incrimination est remplie même pour les actes d'entraide coercitif dès lors que le fait faisant la demande d'entraide est une infraction de type administratif.

913. Il n'en demeure pas moins vrai que « la remise en cause » de la double incrimination par la CAAS reste assez limitée. Cela peut se justifier d'un point du vu chronologique puisque l'on se situe en 1990 période où les systèmes pénaux européens n'ont pas été bien harmonisés, que ce soit en droit pénal matériel ou procédural. Il faut y ajouter également la question de la confiance mutuelle qui était encore fragile à cette époque. L'avantage principal de la CAAS (dans son ensemble) est qu'elle est applicable à toutes les parties signataires et harmonise les engagements internationaux pris par les États entre eux[956].

914. Cette évolution initiée par la CAAS a été ensuite suivie par le Conseil de l'Europe et l'adoption d'un deuxième protocole à la CEEJ du 8 novembre 2001[957]. Le Chapitre I de ce protocole reprend ainsi textuellement dans son article premier paragraphe 3 ce qui a été prévu à l'article 49 de la CAAS. La reconnaissance de l'entraide judiciaire pour des infractions poursuivies par des autorités administratives a ainsi été intégrée et vue comme une véritable reconnaissance du « droit pénal administratif » déjà appliqué en droit allemand par exemple (à savoir l'*Ordnungswidrigkeit,* pourtant méconnu par certains États membres du Conseil de l'Europe[958]). Il en résulte que l'entraide judiciaire entre

956 Michel MASSÉ, « Développement de l'entraide répressive internationale », *RSC*, 1992, p. 807.

957 Deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, Strasbourg, 8 novembre 2001, STE n° 182.

958 Rapport explicatif du la Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, 8 novembre 2001, STE n° 182, n° 20.

l'État requérant et l'État requis peut s'appliquer indépendamment de la nature du mécanisme de poursuite, pénale « pure » ou « pénale-administrative », chaque fois qu'un stade ultérieur de la procédure est susceptible de donner lieu à un recours juridique devant une autorité compétente, notamment pénale.

915. La notion de double incrimination, comme cela a été vu précédemment est indivisible de la notion de double « punissabilité ». Lorsqu'il est fait référence à la personnalité juridique en matière pénale (personne physique ou personne morale) et par exemple lorsque l'État requis ne reconnaît pas la personnalité juridique de la personne morale, le double caractère punissable fait alors défaut. Or, le développement de la criminalité transnationale organisée ne concerne pas uniquement les personnes physiques mais aussi les personnes morales qui peuvent être impliquées. L'impunité de ces comportements peut dès lors sérieusement handicaper la bonne entraide judicaire entre les État membres du Conseil de l'Europe en créant un « paradis criminel » pour les personnes morales. Le protocole précité a résolu ce problème au paragraphe 4 de son premier article en prévoyant que « *L'entraide judiciaire ne sera pas refusée au seul motif que les faits dont il s'agit peuvent engager la responsabilité d'une personne morale dans la Partie requérante* ». Force est d'admettre alors que ce paragraphe apporte une véritable remise en cause de la double incrimination : l'entraide judiciaire devant être accordée même si le fait concernant la personne morale n'est finalement pas punissable dans les deux États.

916. Les instruments classiques de coopération pénale internationale dans leur ensemble ont ainsi fait un pas vers une remise en cause de la double incrimination, illustrant par la même la volonté des États de s'entraider effectivement et efficacement contre la criminalité. Cependant, cette intention n'a pas conduit à un vrai inversement de cette condition. Le mouvement européen ainsi initié a été constamment marqué par la réticence et la timidité des États contractants, pouvant choisir de ne pas appliquer cette suppression (complète ou partielle) de la double incrimination. Toutefois, l'émergence d'un nouveau type de coopération judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle, est à l'origine d'une révolution juridique de nature à surmonter la condition de double incrimination au sein de l'Union européenne.

§ 2. Une remise en cause via les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle

917. DONNEDIEU DE VABRES a écrit en 1922 : « *Devant les progrès effrayants de la criminalité internationale, développés par la facilité des communications, une résistance organisée, internationalisée, est nécessaire* »[959]. Le développement de la criminalité a commencé à inquiéter les pénalistes, bien avant que ce développement ne menace la stabilité des États lesquels n'ont pas les moyens ni la capacité d'agir isolément. Une action commune des États s'avère nécessaire conduisant certains à considérer que non seulement « *les méthodes devront changer profondément, mais le cadre dans lequel s'insère la lutte contre les formes supérieures de criminalité le devra aussi* »[960]. Au niveau international la coopération internationale dans la lutte contre certains crimes graves a abouti à l'émergence de Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ainsi qu'à l'institution de la CPI. Cependant, les avancées réalisées en droit pénal international ne se sont pas avérées suffisantes du fait notamment des disparités existantes entre les différents systèmes juridiques. L'on comprend dès lors que, l'intégration au niveau international étant encore prématurée, la proximité des États au niveau régional demeure un choix plus favorable à cette évolution notamment pour les États européens[961]. L'Europe possède en effet des critères de rapprochement plus solides pouvant favoriser l'émergence d'un droit pénal commun voire d'un droit pénal européen : la culture, les systèmes juridiques, les droits fondamentaux et la conception d'État de droit.

918. Le Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992, dit aussi « Traité de Maastricht » a institutionnalisé la coopération policière et judiciaire pénale entre les États membres au sein du troisième pilier « Justice et affaires intérieures » correspondant au titre VI. Quelques années plus tard, l'Union européenne a adopté le Traité d'Amsterdam, signé le

---

959 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international. Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*, Paris, Sirey, 1922, p. 1.

960 Jean DE MAILLARD, « L'impuissance du juge », *in Le parquet européen, peut-on encore attendre ?* colloque organisé par le centre de droit de l'entreprise et l'IESC de l'université Robert-Schuman de Strasbourg (19 et 20 octobre 2000), p. 16.

961 François-Xavier ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, op. cit., n° 149, p. 104.

…/…

2 octobre 1997 et qui a opéré une révision du Traité de Maastricht en faisant alors émerger un « espace de liberté, de sécurité et de justice ». En gardant l'architecture de l'Union européenne telle que dessinée par le Traité de Maastricht, le Traité d'Amsterdam a, après avoir renvoyé les questions relatives aux asiles et aux immigrations dans le droit communautaire, dédié le troisième pilier aux questions pénales, un troisième pilier qui ne concerne dès lors que l'entraide répressive[962].

919. La notion d'« espace » est une réelle innovation apportée par le Traité d'Amsterdam, notion de nature constitutionnelle puisqu'inscrite dans le Traité sur l'Union européenne. Ledit espace est en effet au territoire ce que la notion de citoyenneté est à la nationalité. En effet, un individu est un national de son État et un citoyen européen. L'exercice par les États membres de leur souveraineté pénale n'est dès lors plus seulement limité à leur propre territoire, chaque État partageant un espace avec les autres États européens[963]. Ces concepts visent ainsi à achever l'ambition européenne qui est de donner aux citoyens un sentiment commun de justice dans toute l'Union européenne[964].

920. La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice a par ailleurs conduit les États à repenser les approches traditionnelles de la coopération judiciaire marquée par la défiance mutuelle des États membres. Dans cette perspective, le Conseil européen de Cardiff[965] a lancé pour la première fois le débat sur la reconnaissance mutuelle en prévoyant en son point 39 que « *Le Conseil européen souligne l'importance d'une coopération judiciaire efficace dans la lutte contre la criminalité transfrontière. Il reconnaît qu'il faut doter les systèmes juridiques nationaux de moyens accrus pour coopérer étroitement et il demande au Conseil de déterminer dans quelle mesure il y a lieu d'étendre la reconnaissance mutuelle des décisions des tribunaux* ». Cette idée de

---

962 Pierre BERTHELET, *Le droit institutionnel de la coopération policière et judiciaire pénale*, édition des vignes, 2001, p. 22.

963 Gilles DE KERCHOVE, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », *in Vers un espace judiciaire européen*, IEE, édition de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 4.

964 Communication de la Commission, vers une espace de liberté, de sécurité et de justice, Bruxelles, 14 juillet 1998, COM (1998) 459 final.

965 Le Conseil européen de Cardiff les 15 et 16 juin 1998, conclusion de la présidence, disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/summits/car1_fr.htm

…/…

reconnaissance mutuelle fut ensuite reprise par le plan d'action du Conseil et de la Commission relatif aux modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam[966].

Cependant la notion de reconnaissance mutuelle a trouvé sa véritable consécration dans les conclusions du Conseil européen de Tampere[967] qui a dédié à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaire un point 33 affirmant que la reconnaissance mutuelle « *devrait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union* ». Puis cette consécration par le Conseil de Tampere a été suivie par l'adoption d'un programme destiné à mettre en œuvre ce concept en matière de décisions pénales[968]. Et le Traité de Lisbonne a poursuivi le chemin en affirmant à l'article 67§ 3 du TFUE que l'Union européenne assurait la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale.

921. Le principe de reconnaissance mutuelle est « *un principe largement reconnu comme reposant sur l'idée que, même si un autre État peut ne pas traiter une affaire donnée de façon identique, voire analogue à son propre État, les résultats sont tels qu'ils sont considérés comme équivalant aux décisions de ce dernier* »[969]. Autrement dit, la reconnaissance mutuelle est le processus par lequel une décision prise par une autorité dans un État peut être acceptée en tant que telle dans un autre État ; elle repose ainsi sur l'application inconditionnelle de la décision émise par l'État d'émission[970].

Toutefois, un tel principe repose, comme l'a expliqué le programme de La Haye, sur la confiance mutuelle, qui incarne la clef du bon fonctionnement de la reconnaissance

---

966 Plan d'action concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relative à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JOCE n° C 19, 23 janvier 1999, n° 45.

967 Conseil européen de Tampere, les 15 et 16 octobre 1999, conclusion de la présidence, disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm

968 Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, JOCE, C 12/10, 15 janvier 2001.

969 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, Bruxelles, 26 juillet 2000, COM (2000) 495 final, p. 4.

970 Daniel FLORE, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », op. cit., p. 77.

…/…

mutuelle[971]. Comme dit précédemment cette confiance est une question plutôt d'ordre procédurale en lien avec les garanties judiciaires et le respect des principes généraux de la justice par les États membres. Mais la condition de la double incrimination pose aussi le problème de la confiance mutuelle, ainsi que celui des valeurs communes.

Ce qui soulève la question de l'harmonisation des lois pénales européennes, laquelle peut conduire à rendre inutile la condition de la double incrimination[972].

922. L'harmonisation, qui se distingue de l'unification, se définit comme « *le rapprochement des normes et pratiques nationales sur la base de définitions communes ou de principes directeurs communs de sorte que subsiste un droit à la différence reconnu à chaque État* »[973]. Cette harmonisation est un élément essentiel du développement de l'ELSJ, cet espace que l'Union européenne vise à mettre en place en assurant un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, des mesures de coopération entre autorités, ainsi que par la reconnaissance mutuelle et « *si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales* »[974]. Le TFUE a d'ailleurs affirmé par ailleurs que la coopération judiciaire en matière pénale était fondée sur la reconnaissance mutuelle et « *inclu*[ait] *le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres […]* »[975].

923. En effet, le principe de reconnaissance mutuelle suppose au préalable la définition de standards minimums, ce qui est exigé même dans le cadre du marché intérieur afin d'éviter une diversité législative préjudiciable[976]. En matière pénale, l'harmonisation des droits pénaux facilite la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en neutralisant les

---

971 Le programme de La Haye ; renforcement la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JOUE, C 53/1, 3 mars 2005

972 Anne WEYEMBERGH, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », op. cit., p. 159.

973 Jean PRADEL, « Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen », *in Les droits et le droit Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, 2007, p. 895 et s.

974 Art. 67§ 3 du T.F.U.E..

975 Art. 82 du T.F.U.E..

976 Alfonso MATTERA, « Le principe de reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales », *Revue du Marché unique européen*, 2, 1998, p. 5 et s.

…/…

problèmes découlant de la condition de double incrimination[977]. Le meilleur exemple sur ce point est celui des États nordiques où la condition de la double incrimination a été supprimée en matière d'extradition ; cette suppression étant le résultat de la forte proximité entre les droits pénaux nationaux de ces États partageant une tradition juridique commune et ancienne et réalisant ensemble un grand pas dans l'harmonisation en matière pénale[978].

924. L'identité pénale européenne a débuté sa construction dans les années 70 grâce au Conseil de l'Europe et elle s'est intensifiée grâce à l'Union européenne par l'adoption de conventions visant à lutter contre les crimes graves[979]. Cela a permis de rapprocher les régimes pénaux, influant de facto et positivement sur la coopération judiciaire en matière pénale[980]. Cela n'a fait que s'ajouter aux valeurs fondamentales communes conduisant certains auteurs à se questionner sur l'utilité du maintien des principes classiques d'entraide répressive en général[981], et de la double incrimination en particulier. Cette dernière perdant tout son sens si les législations nationales européennes s'harmonisent dans ce domaine[982].

925. Par la création d'un nouvel instrument européen visant à renforcer la coopération judiciaire, celui de la décision-cadre, le principe de reconnaissance mutuelle a finalement dépassé le stade de concept théorique. Ce principe a en effet a été mis en œuvre par de nombreuses décision-cadres européennes tant en matière d'entraide répressive qu'en matière de lutte contre certains types de criminalité. À la lumière de ces instruments et de la reconnaissance mutuelle, comme « pierre angulaire » de la coopération judiciaire en

977 Gilles DE KERCHOVE, « La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaire pénales dans l'Union européenne*, op. cit., p. 117.

978 Anne WEYEMBERGH, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », op. cit., p. 160.

979 V. Titre I de la Partie I de cette thèse.

980 Alessandro BERNARDI, « Le rôle du troisième pilier dans l'européanisation du droit pénal : un bilan synthétique à la veille de la réforme des Traité », *RSC*, 2007, p. 718.

981 Henri LABAYLE, « De nouveaux instruments pour un espace judiciaire européen : aspects normatifs », *in L'espace judiciaire européen*, op. cit., p. 129 et s.

982 Christine VAN DEN WYNGAERT, « Les transformation du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée », *RIDP*, 1999, p. 108.

matière pénale, il est ainsi possible d'envisager la remise en cause de la double incrimination via le mandat d'arrêt européen (A), avant de l'analyser via les autres instruments sur la reconnaissance mutuelle (B).

A. Une remise en cause de la double incrimination dans le mandat d'arrêt européen

926. L'horreur des attentats du 11 septembre 2001 a poussé l'Europe à réviser sa position en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière pénale afin de faire de l'Union européenne un espace commun de sécurité et de justice. C'est dans cette perspective que s'inscrit le mandat d'arrêt européen qui vise à simplifier au maximum les procédures de remise ou du moins à créer un mécanisme de remise, libéré de tous les obstacles majeurs de l'extradition, comme l'exigence de la double incrimination.

927. Outre le fait que la double incrimination soit exigée en matière de coopération judiciaire pénale pour répondre au principe de légalité criminelle, elle se trouve également exigée pour conserver la cohérence de la politique criminelle d'un État. Cependant, la philosophie de la reconnaissance mutuelle n'est « *plus tant de se fournir mutuellement assistance pour mettre en œuvre la politique criminelle individuelle d'un État membre que de collaborer pour assurer ensemble la réalisation d'un espace de justice* »[983]. Or, le mandat d'arrêt européen en tant que mécanisme relevant de la reconnaissance mutuelle incarne la première mise en œuvre concrète de ce principe en matière pénale[984], ainsi que le premier instrument européen ayant révolutionné fortement la condition de la double incrimination.

928. Les travaux préparatoires concernant l'adoption du mandat d'arrêt européen ont pourtant suscité « *un vif débat* » concernant la suppression de la double incrimination[985]. Les

983 Gisèle VERNIMMEN, « A propos de la reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles en général », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, IEE, 2001, p. 153.

984 Sophie BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Larcier, 2009, p. 127 et s.

985 Assemblé nationale, Rapport d'information n° 3506 sur la proposition de décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres présenté par M. Pierre BRANA, 2001-2002, p. 16 et s.

…/…

rédacteurs ont hésité entre l'adoption d'une liste positive de faits où la double incrimination ne s'appliquerait pas, et une liste négative où la double incrimination trouverait son application. Et bien qu'en faveur de la première, les États membres ont opté pour un mélange entre une liste d'infractions sous la forme générique[986] et une liste d'infractions telles que définies par les conventions d'entraide pénale internationale en vigueur[987].

In fine, le mandat d'arrêt européen a été créé par la décision-cadre du 13 juin 2002 et la double incrimination a été exclue pour une liste positive de 32 infractions graves[988] énumérées à l'article 2 § 2 qui prévoit que « *... si elles sont punies dans l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins trois ans telles qu'elles sont définies par le droit de l'État membre d'émission, donnent lieu à remise sur la base d'un mandat d'arrêt européen, aux condition de présente Décision-cadre et sans contrôle de la double incrimination du fait* ».

Il en résulte que la suppression de la double incrimination dans le MAE est tout de même limitée et conditionnée. Deux critères entrent en jeu. Le premier est d'ordre quantitatif car le mandat d'arrêt européen ne peut être exécuté sans contrôle de la double incrimination que lorsque le fait faisant l'objet de ce mandat est puni d'un seuil minimal

986 Cette proposition a été présenté par la présidence belge au Conseil JAI de 17 et 18 novembre 2001et soutenue par la France.

987 C'était la proposition des Pays-Bas ce qui a été à la fin rejetée.

988 Telles que la participation à une organisation criminelle, le terrorisme, la traite des êtres humains, l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, le trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs, la corruption, la fraude y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté européenne au sens de la Convention du 26 juillet 1995 convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, le blanchiment du produit du crime, les faux monnayage, y compris la contrefaçon de l'euro, la cybercriminalité, les crimes contre l'environnement, y compris le trafic illicite d'espèce animales menacées et le trafic illicite d'espèce et d'essences végétales menacées, l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier, l'homicide volontaire, coups et blessures graves, trafic illicite d'organes et de tissus humains, l'enlèvement, séquestration et prise d'otage, la racisme et la xénophobie, les vols organisés ou avec arme, le trafic illicite de biens culturels, y compris antiquités et œuvres d'art, l'escroquerie, le racket et l'extorsion de fonds, la contrefaçon et le piratage de produits, la falsification de documents administratifs et trafic de faux, la falsification de moyens de paiements, le trafic illicite de substance hormonale et autres facteurs de croissance, le trafic illicite de matières nucléaires et radioactives, le trafic de véhicules volés, le viol, l'incendie volontaire, les crimes relevant de la Cour pénale internationale, le détournement d'avion/navire et le sabotage.

…/…

prévu par la décision-cadre dans l'État membre d'émission. Le second critère est d'ordre qualitatif car l'infraction doit faire partie de la liste des trente-deux infractions[989]. Ainsi, si le fait à l'origine du mandat d'arrêt européen réunit ces deux critères, l'autorité judiciaire d'exécution devra procéder à la remise sans exercer de contrôle de la double incrimination.

Il est à noter que les infractions listées présentent un certain degré de gravité et présupposent que l'ensemble des législations des États membres les incrimine[990]. C'est pourquoi la Cour de justice a rappelé que ces catégories d'infractions « *font partie de celles dont la gravité de l'atteinte à l'ordre et à la sécurité publique justifie que le contrôle de la double incrimination ne soit pas exigé* »[991].

929. Pourtant, le mandat d'arrêt européen est un acte judiciaire contraignant rendant délicate la question de la suppression de la double incrimination. En effet, l'État d'exécution se trouve alors sans la prérogative de refuser la remise d'une personne, même si le fait n'est pas incriminé dans l'État d'exécution. L'affaire *Aurore MARTIN* le montre bien. En l'espèce, Aurore MARTIN faisait l'objet d'un mandat d'arrêt européen émis par les autorités espagnoles pour avoir participé à une organisation terroriste dite « le parti Batasuna ». Elle avait participé à des réunions publiques en tant que membre de ce parti classé illégal. Pourtant, tant ce parti que les actes commis par Mme MARTIN, se retrouvaient « légaux » puisque non incriminés en France[992]. Mais la Cour constitutionnelle espagnole comme la CEDH ont qualifié ce parti d'illégal en raison de son soutien à une organisation terroriste basque l'E.T.A. et pouvait en conséquence conduire à considérer que les faits reprochés à Aurore MARTIN relevaient de la liste de l'article 2§ 2 qui vise la participation à une organisation criminelle et terroriste. Et il

989 Jean PRADEL, « Le mandat d'arrêt européen : un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », *D.*, 2004, p. 1392.

990 Sophie BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., n° 198, p. 157.

991 CJCE, 3 mai 2007, Leden Van de Ministerraad, affaire C-303/05, *Rec.* 2007 p. I-03633, n° 57.

992 Henri LABAYLE, « L'affaire Aurore MARTIN, le mandat d'arrêt européen et le pouvoir politique ; ni lu, ni compris ? » disponible sur le réseau universitaire européen – Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice : http://www.gdr-elsj.eu/2012/11/11/cooperation-judiciaire-penale/2485/

…/…

n'appartient alors pas aux juges de l'État d'exécution d'examiner les motifs et d'apprécier le bien-fondé du mandat d'arrêt européen[993].

930. La suppression de la double incrimination dans le mandat d'arrêt européen a néanmoins abouti à un conflit juridique reposant sur la violation du principe de légalité des délits et des peines et sur la violation du principe de non-discrimination. En effet, il a été invoqué que la liste d'infractions était vague et floue, et que les infractions mentionnées ne seraient pas assorties de leur définition légale et constitueraient donc des catégories très vaguement définies de comportements indésirables conduisant à ce que la personne ne puisse bénéficier des garanties fondamentales qu'implique le principe de légalité des délits et des peines qui exige précision, clarté et prévisibilité[994]. Après avoir précisé que la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen « *ne vise pas à harmoniser les infractions pénales en question quant à leurs éléments constitutifs ou aux peines dont elles sont assorties* »[995], la C.J.C.E. a cependant indiqué qu'il appartenait à la seule autorité de l'État membre d'émission (*cf.* article 1§ 3) de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne[996]. Et le Conseil d'État, de son côté, a ajouté que la condition de la double incrimination « *ne peut cependant être regardée comme l'expression d'un principe fondamental reconnue par les lois de la République au sens où l'a entendu le Préambule de la Constitution de 1946* »[997].

Le MAE s'inscrit ainsi dans un processus d'intégration juridique européenne en matière pénale mis en place au fil des années et qui s'ajoute à la place primordiale occupée par le respect des droits fondamentaux en Europe. Or, dans ce processus, la double

---

993 Kintxo FREISS, « Les incertitudes relatives au mandat d'arrêt européen à la lumière de l'affaire *Aurore MARTIN », RQDI*, n° 28.1-2015, décembre 2015.

994 CJCE., 3 mai 2007, op. cit., n° 48.

995 Idem, n° 52.

996 Idem, n° 52.

997 CE, Avis n° 368-282 du 26 septembre 2002, disponible sur : http://www.senat.fr/rap/l02-126/l02-12610.html

…/…

incrimination « *n'aurait eu qu'un effet retardataire et de paralysie nuisible à la fluidité de l'action judiciaire nécessaire à l'instauration d'un espace pénal européen* »[998].

931. Toutefois, comme nous avons pu le constater dans le MAE, la suppression de la double incrimination n'est que partielle, puisque maintenue pour toutes les infractions non mentionnées. Une distinction qui a également fait l'objet de critiques, certains y voyant une atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination et une atteinte qui ne serait pas justifiée. En réponse à cette critique, la C.J.C.E. a indiqué qu'il relevait du Conseil européen de considérer et d'apprécier la gravité des infractions qui doivent échapper au contrôle de la double incrimination[999].

932. Mais la tendance à la remise en cause de la double incrimination dans le mandat d'arrêt européen ne se limite pas à la suppression explicite de cette condition. Elle vise également son traitement dans les cas où la double incrimination peut être appliquée. Le paragraphe 4 de l'article 2 de la décision-cadre du mandat d'arrêt européen offre la possibilité de soumettre l'exécution d'un MAE à la condition de la double incrimination en précisant que « *pour les infractions autres que celles visées au paragraphe 2, la remise peut être subordonnée à la condition que les faits pour lesquels le mandat d'arrêt européen a été émis constituent une infraction au regard du droit de l'État membre de l'exécution, quels que soient les éléments constitutifs ou la qualification de celle-ci* ». On peut voir que le recours à la double incrimination pour des infractions hors de la liste des trente-deux infractions est donc un choix et non une obligation ; une liberté confiée aux États qui peuvent décider d'y recourir au regard de leur propre politique criminelle ou de leurs relations avec l'État membre d'émission. Le paragraphe 4 précise aussi que la subordination à la double incrimination doit être interprétée largement en précisant « *quelques soient les éléments constitutifs ou la qualification de celle-ci* ». La décision-

998 Sophie BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., n° 200, p. 158.

999 CJCE., op. cit., n° 57. En outre, cette suppression se trouve également liée au principe de spécialité de l'article 27 de la décision-cadre -Selon ce principe, l'État membre d'émission ne peut poursuivre le prévenu pour une infraction autre que celle faisant l'objet de mandat d'arrêt et commise avant sa remise-. Lorsque l'État d'émission veut poursuivre un individu pour une infraction autre que celle motivant le mandat, l'État d'exécution est obligé de donner son consentement s'il s'agit d'une infraction mentionnée à l'article 2§ 2. v. art. 27§ 4 de la décision-cadre de mandat d'arrêt européen.

…/…

cadre retient ainsi une méthode d'application de la double incrimination dans « *sa version minimum* »[1000].

933. La double incrimination n'est ainsi plus un motif obligatoire de refus d'exécution de la remise, l'article 4 intitulé « Motifs de non-exécution facultative du mandat d'arrêt européen » prévoit que l'autorité judiciaire d'exécution peut refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen « *1 : si, dans l'un des cas visés à l'article 2, paragraphe 4, le fait qui est à la base du mandat d'arrêt européen ne constitue pas une infraction au regard de l'État membre d'exécution* » en ajoutant que « *toutefois, en matière de taxes et impôts, de douane et de change, l'exécution du mandat d'arrêt européen ne pourra être refusée pour le motif que la législation de l'État membre d'exécution n'impose pas le même type de taxes ou d'impôts ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes, d'impôts, de douane et de change que la législation de l'État membre d'émission* ». Le refus d'exécution fondé sur le défaut de la double incrimination est ainsi un motif facultatif selon la décision-cadre et non obligatoire ce qui reflète l'intention européenne de remettre en cause dès que possible cette condition. On notera par ailleurs que cette faculté n'est consacrée qu'au paragraphe 4 de l'article 2 le principe est donc bel et bien celui de la remise en cause de la double incrimination. Enfin, le maintien de la double incrimination est adopté pour les infractions fiscale afin de mieux lutter contre une partie de la délinquance d'affaires[1001].

934. L'orientation générale de la décision-cadre sur la double incrimination s'avère ainsi assez claire, l'Union européenne ayant adopté une position très courageuse et avancée par rapport aux instruments classiques d'extradition. La suppression de la double incrimination dans le mandat d'arrêt européen ne reflète pas seulement une conséquence de son inutilité dans le processus d'harmonisation pénale européenne, mais également « *l'application du principe de reconnaissance mutuelle, tant au regard de la qualité que de l'efficacité de leurs systèmes judiciaire pénaux* »[1002].

1000 Michel MASSÉ, « La décision-cadre », *in Le mandat d'arrêt européen*, sous la direction de Marie-Elisabeth CARTIER, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 58.

1001 Jean PRADEL, « Le mandat d'arrêt européen », op. cit., n° 23.

1002 Sophie BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., n° 202, p. 160.

Cependant, déterminer et apprécier la remise en cause de la double incrimination à l'aune du MAE ne saurait suffire, il convient également de voir ce qu'il en est de cette condition dans les autres instruments européens sur la reconnaissance mutuelle.

B. Une remise en cause de la double incrimination présente au sein d'autres instruments de reconnaissance mutuelle

935. Depuis la création du mandat d'arrêt européen, l'Union européenne a poursuivi son chemin et adopté d'autres instruments reposant sur le principe de reconnaissance mutuelle sous la forme de décisions-cadres ou de directives (*cf*. Traité de Lisbonne). Il ne sera fait aucune distinction entre ces deux instruments dans l'analyse qui va suivre puisque cela n'influe pas sur la remise en cause de la double incrimination.

936. Bien que le mandat d'arrêt européen consiste en une grande évolution dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale européenne, il ne constitue qu'une étape limitée à l'extradition et ne trouve pas encore d'équivalent en matière d'entraide judiciaire en matière pénale. En matière d'entraide judiciaire en matière pénale, l'Union européenne n'a pas encore adopté d'instrument aussi solide et complet à même de remplacer la Convention européenne à ce sujet. Cette dernière demeure donc une référence. Une série d'instruments sur la reconnaissance mutuelle ont toutefois vu le jour afin de traiter des aspects particuliers de l'entraide[1003].

[1003] Nous citons par exemple : décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décision de gel de bien ou d'éléments de preuve, JOUE L.196 du 2 août 2003 ; décision-cadre 2005/214/JAI du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, JOUE L76 du 22 mars 2005 ; décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 relative à l'application de la reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, JOUE L 328 du 24 novembre 2006 ; décision-cadre 2008/909/JAI du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugement en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privative de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne JOUE L 327 du 5 décembre 2008 ; décision-cadre 2008/947/JAI du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugement et aux décisions de probation aux fins de surveillance de mesures de probation et des peines de substitution, JOUE L 337 du 16 décembre 2008 ; décision-cadre 2008/978/JAI du 18 décembre relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédure pénale, JOUE L. 350 du 30 décembre 2008 ; décision-cadre 2009/829/JAI du 23 octobre 2009 concernant l'application, entre les États membres de l'Union européenne, du principe de reconnaissance mutuelle aux décision relative à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire, JOUE L.294 du 11 novembre 2009 ; directive 2011/99/UE du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne, JOUE, L.338/2 du 21 décembre 2011 ; directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des

…/…

Dans ces instruments la remise en cause de la double incrimination se distingue de celle abordée à propos du mandat d'arrêt européen quantitativement, qualitativement et chronologiquement. Quantitativement d'abord car le MAE est un seul et unique instrument juridique alors qu'en matière d'entraide judiciaire il faut faire appel à un pluralité d'instruments distincts. Qualitativement ensuite car le MAE a un seul objet : la remise d'une personne poursuivie ou condamnée tandis que nous sommes face ici à des objets différents selon l'instrument concerné. Chronologiquement enfin car le MAE marque un tournant unique en matière de coopération, à l'inverse des instruments suivants qui ont été échelonnés dans le temps, et ont ainsi eu une influence variable selon le contexte géopolitique du moment.

937. Il en résulte que la remise en cause de la double incrimination dans ces autres instruments sur la reconnaissance mutuelle varie. Unifiée sur certains points (1), elle apparait diversifiée sur d'autres (2).

1. Une remise en cause unifiée de la double incrimination

938. Au sein des instruments européens sur la reconnaissance mutuelle, quelques aspects en lien avec la remise en cause de la double incrimination ont été traités de manière similaire, démontrant une politique européenne cohérente sur ce point.

De manière générale, tous les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle ayant pour objet l'entraide judiciaire pénale supprime la condition de la double incrimination[1004]. Dans ces instruments, cette suppression est toujours partielle[1005] puisqu'ils ont repris la technique de la « liste d'infractions », prévue dans le MAE et donc une méthode courante dans les conventions d'extradition signées avant la Deuxième guerre mondiale et en droit de l'extradition du XIXe siècle dans son ensemble[1006]. Ladite

instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, JOUE, L.127/39 du 29 avril 2014 ; directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, JOUE L. 130/1 du 1 mai 2014.

1004 Nous ne traitons pas ici les instruments européens du rapprochement juridique ni ceux de l'incrimination de certains comportements indésirable.

1005 Anne WEYEMBERGH, Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, *J-Cl. Europe traité*, Fasc. 2720, 2009, n° 18.

1006 Michel MASSÉ, « La décision-cadre », op. cit., p. 58.

liste peut être retrouvée par exemple à l'art. 3§ 2 de la décision-cadre sur le gel de biens ou d'éléments de preuve, à l'art. 5§ 1 de la décision-cadre concernant les sanctions pécuniaires, à l'art. 6§ 1 de la décision-cadre relative aux décisions de confiscation, à l'art. 14§ 2 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, à l'art. 7§ 1 de la décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privative de liberté, à l'art. 14§ 1 de la décision-cadre concernant les décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire, ou encore à l'art. 10§ 1 de la décision-cadre concernant l'application du principe de la reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de surveillance des mesures de probation et des peines de substitution.

939. En outre, dans tous ces instruments l'acte en question doit toujours être incriminé dans l'État d'émission, ce qui s'avère logique eu égard à l'objet de ces instruments consistant en un renforcement de la coopération judiciaire dans la lutte contre la criminalité. Si l'acte n'était pas incriminé dans l'État d'émission, l'entraide n'aurait aucun intérêt.

940. Le cas des infractions en matière de taxe et d'impôts est également traité uniformément par la quasi-totalité des instruments à l'exception de la décision-cadre relative aux sanctions pécuniaires qui n'en a fait aucune mention. Après avoir donné la possibilité aux États membres de contrôler la double incrimination pour des infractions ne figurant pas dans la liste d'infractions, les instruments européens de reconnaissance mutuelle ont prévu en effet que « *toutefois, en matière de taxes et impôts, de douane et de change, l'exécution de la décision […] ne pourra être refusée pour le motif que la législation de l'État d'exécution n'impose pas le même type de taxes ou d'impôts ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes ou impôts, de douane et de change que la législation de l'État d'émission* »[1007].

[1007] V. par exemple : Art. 7§ 1-d de la décision-cadre de gel de biens ; art. 8§ 1-b de la décision-cadre relatives aux décisions de confiscation ; art. 14§ 3 de la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuves ; art. 9§ 1-d de la décision-cadre concernant l'application du principe de la reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leurs

…/…

941. Ces instruments permettent tous aux États de maintenir le contrôle de la double incrimination hors liste d'infractions, en précisant que les faits doivent alors constituer une infraction au regard de droit de l'État d'exécution « *quels que soient les éléments constitutifs ou la qualification de celle-ci dans le droit de l'État d'émission* »[1008].

942. Enfin, dans tous les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle l'absence de la double incrimination constitue un motif facultatif de refus d'exécution. Mais peut-on y voir une remise en cause proprement dite de la double incrimination dès lors qu'au sein de la Convention européenne d'entraide judiciaire de 1959, la double incrimination n'est pas un motif de refus ni même une condition d'application de l'acte d'entraide (à l'exception des actes de nature coercitive) ?

943. Ainsi, dans ses grandes lignes, la remise en cause de la double incrimination apparait unifiée au sein des autres instruments européens sur la reconnaissance mutuelle, mais il existe certaines divergences sur certains points, spécifiques à chaque instrument qui font que cette remise en cause s'avère sans doute plus diversifiée qu'elle n'y paraît.

2. Une remise en cause diversifiée de la double incrimination

944. Si l'Union européenne a réussi à adopter une politique globale cohérente de remise en cause de la double incrimination en supprimant cette condition dans les différents instruments sur la reconnaissance mutuelle, des différences existent néanmoins[1009].

Il peut en être ainsi concernant la liste d'infractions qui n'est pas toujours identique à celle prévue pour le mandat d'arrêt européen. La différence apparait dans la décision-

---

exécution dans l'UE ; art. 15§ 1-d de la décision-cadre concernant les décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire ; art. 11§ 1-d de la décision-cadre relative aux jugements et aux décisions de probation aux fins de surveillance des mesures de probation et des peines de substitution.

1008 V. par exemple : art. 3§ 4 de la décision-cadre de gel de biens ; art. 5§ 3 de la décision-cadre relative aux sanctions pécuniaires ; art. 5§ 3 de la décision-cadre relative aux décisions de confiscation ; art. 7§ 3 de la décision-cadre concernant l'application du principe de la reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté ; art. 14§ 3 de la décision-cadre concernant l'application du principe de la reconnaissance mutuelle aux décision relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire. Cependant, la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuves n'a fait aucune mention à ce sujet.

1009 Anne WEYEMBERGH, Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, op. cit., n° 18.

cadre relative aux sanctions pécuniaires dans laquelle la liste ordinaire des trente-deux infractions est complétée par cinq nouvelles infractions :

— Conduite contraire aux normes qui règlent la circulation routière, y compris les infractions aux dispositions en matière de temps de conduite et de repos et aux dispositions relatives aux transports de marchandises dangereuses.

— Contrebande de marchandise.

— Atteint aux droits de propriété intellectuelle.

— Menace et actes de violence contre des personnes, y compris au cours de manifestations sportives.

— Vandalisme criminel.

— Vol.

— Infractions établies par l'État d'émission et couvertes par les obligations d'exécution découlant des instruments adoptés conformément au Traité CE ou au Titre VI du Traité UE.

Il est vrai que les infractions ajoutées ont un degré de gravité moins élevé que celui des infractions contenues dans la liste des trente-deux, et que les sanctions pécuniaires objet de ladite décision-cadre peuvent être appliquées et prononcées à des faits de moindre gravité comme ceux ajoutés à la liste des trente-deux infractions[1010].

945. D'autres différences apparaissent dans la décision-cadre relative aux sanctions pécuniaires. La suppression de la double incrimination dans les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle est toujours conditionnée par l'existence d'un seuil minimal de peine privative de liberté ou mesure privative de liberté de trois ans. Cependant, dans ladite décision-cadre ce seuil n'existe pas, ne conditionnant alors plus la suppression de la double incrimination. Là encore, l'objet premier de cette décision-cadre — la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires — permet de l'expliquer : ces

[1010] Daniel FLORE, *Droit pénal européen : les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, 2009, p. 428.

…/…

sanctions ne visent pas seulement la criminalité grave mais aussi la délinquance mineure qui sera sanctionnée à titre principale ou exclusif de peines d'amende[1011]. La suppression du seuil minimal de la peine n'est cependant pas liée qu'à la notion de gravité mais également à l'efficacité des peines dans la lutte contre certains crimes. Ainsi « *le législateur semble considérer les sanctions pécuniaires comme un outil au moins aussi efficace sinon davantage que les peines privatives de liberté pour lutter contre le crime organisé* »[1012], ce qui a justifié l'élargissement du champ de la suppression de la double incrimination dans cette décision-cadre.

946. Par rapport à la CEEJ qui permet d'exiger exceptionnellement la double incrimination pour les actes d'entraide judiciaire de nature coercitive, la décision-cadre sur le mandat d'obtention de preuves (ci-après MOP) exonère de la condition de la double incrimination même les actes exigeant une perquisition ou une saisie lorsque l'infraction relève de l'une des infractions figurant dans la liste des trente-deux infractions. Cette décision-cadre s'inscrit cependant plutôt dans la continuité de la CEEJ en commençant par affirmer en son article 14 que la reconnaissance ou l'exécution d'un MOP n'est pas subordonnée au contrôle de la double incrimination, sauf s'il s'agit d'une mesure coercitive. Mais il convient de noter que la CEEJ ne mentionne la double incrimination ni comme une condition d'exécution ni comme une condition de refus, à l'exception du cas des mesures coercitives. En cela le MOP se distingue par l'exonération explicite de cette condition en tant que principe général d'exécution. Toutefois, cette disposition ne peut pas être considérée comme conduisant à une véritable remise en cause de la double incrimination sauf pour ce qui est des trente-deux infractions, cette condition n'étant pas principalement exigée dans la CEEJ.

947. De plus, les décisions-cadres relatives aux sanctions pécuniaires et à la confiscation ajoutent une particularité concernant la suppression de la double incrimination : les deux décisions-cadres ne permettant pas à l'État d'émission de refuser l'exécution de la

---

1011 Ibid. P.429.

1012 Michel TURK, « Reconnaissance mutuelle des peines pécuniaires », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthemis, 2013, p. 542.

…/…

décision émise par l'État d'émission au seul motif que la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas reconnue[1013]. Par conséquent, la non reconnaissance de la responsabilité pénale de la personne morale peut conduire l'État d'émission à surmonter la suppression de la double incrimination sous prétexte que ce type de responsabilité pénale n'est pas connue ni reconnue en droit interne.

948. Enfin, concernant la décision-cadre sur le MOP, une limite dérogatoire a été posée à la suppression de la double incrimination. En effet, cette décision-cadre réserve à l'Allemagne le droit de subordonner l'exécution de ce mandat à la double incrimination pour les infractions de terrorisme, de cybercriminalité, de racisme et de xénophobie, de sabotage, de racket, d'extorsion de fonds et d'escroquerie s'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie pour exécuter le mandat, et que l'autorité d'émission n'a pas déclaré que l'infraction en question satisfaisait les critères définis par l'Allemagne elle-même dans ladite réserve[1014].

949. L'abolition de la double incrimination au sein des instruments européens sur la reconnaissance mutuelle n'est ainsi pas identique selon l'instrument étudié. Certaines différences se voient justifiées au regard de l'objet de l'instrument comme celles liées au cas de la personne morale. Objet de dispositions précises dans les décision-cadres relatives aux sanctions pécuniaires et à la confiscation, les personnes morales ne sont logiquement pas envisagées dans la décision-cadre relative aux mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire ou dans la décision-cadre relative aux peines et mesures privatives de liberté.

Cependant, certaines variantes dans la suppression de la double incrimination ne trouvent pas de justification. Il s'agit notamment de la suppression de la double incrimination en matière de taxes et impôts de douane et de change qui n'a pas été prévue dans la décision-cadre sur les sanctions pécuniaires, « *ce qui est d'autant plus étonnant que les infractions*

1013 Art. 9§ 3 de la décision-cadre relatives aux sanctions pécuniaires, art. 12§ 3 de la décision-cadre relative à la confiscation.

1014 Anne WEYEMBERGH, Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européen, op. cit., n° 95.

…/…

dans ces matières seront souvent susceptibles de faire l'objet d'une sanction pécuniaire, parfois à l'exclusion de toute autre sanction »[1015].

950. Le chemin parcouru par l'Europe vers la reconnaissance mutuelle ne peut cependant être que salué au regard de son avancement et de l'évolution à laquelle elle a conduit des instruments classiques de coopération judiciaire en matière pénale. On notera tout particulièrement ici l'abandon de la double incrimination pour une liste exhaustive d'infractions sur lesquelles les États membres de l'Union européenne s'entendent globalement.

Cependant, cet abandon de la double incrimination n'a pas échappé aux critiques. À la suite du mandat d'arrêt européen, la liste des trente-deux infractions – à l'exception de la décision-cadre relative aux sanctions pécuniaires- n'a ainsi pas été modifiée et, pour certains, « *la confiance s'est même plutôt affaiblie* »[1016]. Un manque de confiance qui n'est pas lié au système judiciaire de l'État d'émission mais aux doutes quant à la bonne qualification du fait en question dans l'État membre d'émission.

951. La remise en cause de la double incrimination ne se limite cependant pas à la coopération judiciaire en matière pénale. Elle a également pris une place en droit interne, au sein de l'application extraterritoriale du droit pénal, par dérogation à l'exigence générale de la double incrimination en matière délictuelle.

Section II.

La remise en cause de la double incrimination en droit interne

952. Au-delà de la territorialité, la loi pénale française, comme nous l'avons vu, a opté pour une extension large de son application extraterritoriale qui se manifeste par des chefs de

[1015] Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 429.

[1016] Laurent DESESSARD, « Discussion » *in Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, 2012, p. 227.

…/…

compétences variés entre la personnalité, la réalité et l'universalité. Cependant, cette application se heurte à une « *concession embryonnaire en faveur d'une simple prise en considération de la loi pénale étrangère* »[1017] incarner par la condition de la double incrimination. La loi pénale étrangère conditionne alors l'application de la loi pénale française, selon que la politique criminelle adoptée par le législateur étranger incrimine ou non les faits concernés. À défaut de cette incrimination la loi française devient inapplicable.

953. L'absence d'unanimité internationale concernant l'incrimination des actes, ou du moins de politique criminelle universelle, est une conséquence découlant de la diversification des cultures sociales des nations. Cela rend donc quelques faits répréhensibles dans certains pays, alors que ces mêmes faits sont tout à fait légaux voire encouragés dans d'autres. La bigamie en est un exemple marquant.

Malgré ces différences, le développement des sociétés humaines et la conscience générale ont abouti à dénier toute tolérance envers certains actes représentant une gravité insupportable eu égard aux Droits de l'Homme, ou pourtant atteint à des intérêts jugés essentiels par l'ensemble de la société. Ainsi, le fait d'exiger la double incrimination pour réprimer pénalement certains actes commis à l'étranger devient de moins en moins cohérent voire acceptable, en particulier lorsque ces agissements sont d'un degré de dangerosité élevé et permettent par exemple à leur auteur de se réfugier dans leur pays natal et de récidiver.

954. À la différence de ce que l'on a vu à propos de la coopération judiciaire en matière pénale, la remise en cause de la double incrimination au sein du droit interne ne vise pas à améliorer la coopération internationale mais s'articule autour d'un « *souci évident d'efficacité répressive* »[1018]. La remise en cause de la double incrimination en droit interne n'est cependant pas systématique et ne fait pas l'objet d'une liste ou d'une série d'infractions préalablement établies pour lesquelles elle serait formulée. Il s'agit plutôt d'infractions variées se distinguant par leur objet et la date d'adoption des dispositions

---

1017 Alain FOURNIER, « Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international », *in Les droits et le droit*, op. cit., p. 333.

1018 André Huet et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Puf, 2005, n° 142, p. 239.

les concernant. Il est néanmoins possible de faire une distinction ici selon que la remise en cause de la double incrimination est faite dans l'intérêt public (§ 1) ou vise une protection individuelle (§ 2).

§ 1. Une remise en cause de la double incrimination dans l'intérêt public

955. L'intérêt public, but principal de tout législateur national, l'a amené à reconsidérer sa position quant au traitement de la double incrimination lorsqu'un intérêt supérieur justifie de la surmonter. Plusieurs compétences extraterritoriales dérogatoires, en ce qu'elles écartent la condition de la double incrimination, ont été adopté dans cette finalité. Il est en ainsi des compétences extraterritoriales permettant d'appliquer la loi française à certaines infractions commise hors de l'espace aérien français (A), aux actes de terrorisme (B), aux infractions commises par les militaires (C), à certaines infractions en matière d'éthique biomédicale (D) et à certaines infractions dans le domaine de la défense nationale (E).

A. La remise en cause de la double incrimination pour les infractions commises hors de l'espace aérien français

956. Aux termes de l'article 113-11 du Code pénal, la loi française est applicable aux crimes et délits commis à bord ou à l'encontre des aéronefs non immatriculés en France ou des personnes se trouvant à bord « *lorsque l'auteur ou la victime est de nationalité française* ». Cette disposition spéciale au sein des dispositions sur les compétences extraterritoriales, qui est justifiée par le statut particulier des aéronefs qui les soumet à l'État de leur immatriculation[1019], vient ainsi élargir le champ d'application de la compétence personnelle active en matière délictuelle. Cependant, cet élargissement est limité par des critères objectifs qui limitent la compétence de la loi française aux crimes et délits commis « *à bord ou à l'encontre des aéronefs non immatriculés en France* », et aux infractions commises hors de l'espace aérien français, lequel fait partie du territoire

[1019] Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 144, p. 86.

…/…

de la République aux termes de l'article 113-1 du Code pénal[1020]. Il est également limité par des critères subjectifs puisque l'article 113-11 vise les infractions dont l'auteur ou la victime a la nationalité française.

957. L'article 113-11 montre des similitudes avec l'article 113-6 dans l'aspect « actif » de la compétence personnelle. Les deux articles visent en effet à donner à la loi française force obligatoire lorsque l'auteur est de nationalité française et lorsque l'infraction commise est un crime ou un délit. Toutefois l'article 113-11 se distingue de l'article 113-6 par l'absence complète de la double incrimination ; les tribunaux français sont donc compétents sans qu'il soit nécessaire que le fait soit puni par la législation étrangère[1021]. Cette absence de double incrimination ne se limite pas aux crimes contrairement à ce qui est prévu à l'article 113-6 alinéa 1 mais s'applique aussi aux délits. De plus, lorsque le délit commis par un Français à l'étranger a eu lieu sur un aéronef, la compétence extraterritoriale spéciale de l'article 113-11 absorbe la compétence personnelle active classique de l'article 113-6[1022].

958. On notera par ailleurs que l'article 113-11 du Code pénal est venu remplacer l'article L 121-8 du Code de l'aviation civile qui ne mentionnait pas la double incrimination[1023]. Une absence de double incrimination qui s'explique par la sensibilité de tout comportement illicite se déroulant à bord d'un aéronef. L'article 1er de la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile prévoit d'ailleurs que commet une infraction pénale toute personne qui commet illicitement et intentionnellement « *un acte de violence à l'encontre d'une personne se trouvant à bord d'un aéronef en vol, si cet acte est de nature à compromettre la sécurité de cet aéronef* ». Or cette même convention ne fait aucune référence à la double incrimination concernant

---

1020 Laurent DESESSARD, Application de la loi pénale dans l'espace : infractions commises ou réputées commisses hors le territoire de la République, *J-Cl. Pén.*, art. 113-1 à 113-12, Fasc. 20, décembre 2011, n° 81.

1021 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, *J-Cl. Pr. Pén.*, art. 689 à 693 – Fasc. 30, 2013, n° 37.

1022 Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, 3e édition, LexisNexis, 2014, n° 1868, p. 1253.

1023 Maurice VIENNOIS, « La compétence des tribunaux français à l'égard des infractions ou à leur encontre (Loi n° 72-623 du 5 juillet 1972) », *RSC*, 1973, p. 291 et s.

…/…

l'exercice de la compétence pénale des États contractants, ce qui confirme l'influence du droit international sur l'élaboration des compétences pénales extraterritoriales des États[1024].

959. Pour ce qui est de l'aspect passif de la compétence personnelle formulée par l'article 113-11, le champ d'application s'avère plus vaste que celui de l'article 113-7 car lorsque la victime est Française et que l'infraction a été commise à bord d'un aéronef non immatriculé en France, la loi française est applicable sans exigence de double incrimination, peu important que le délit soit puni d'emprisonnement ou pas[1025].

B. La remise en cause de la double incrimination pour les actes de terrorisme

960. L'arsenal répressif de lutte contre le terrorisme apparait très élaboré que ce soit au niveau international par l'adoption de conventions au sein des Nations-Unies[1026], qu'au niveau européen[1027], voire au niveau national dès la loi anti-terroriste n° 86-1020 du 9 septembre 1986[1028]. Pourtant, des insuffisances peuvent toujours exister en ce domaine. À la suite de « *l'affaire Merah* », la nécessité « *d'incriminer le voyage à l'étranger pour suivre des travaux d'endoctrinement à des idéologies conduisant au terrorisme* »[1029] est apparue nécessaire en raison de l'impossibilité (malgré la richesse des législations anti terroristes françaises) de poursuivre un Français ou un résident habituel sur le territoire français pour sa participation à un camp d'entraînement à l'étranger : un tel fait ne pouvant être poursuivi sur le fondement de l'association de malfaiteur prévue à l'article 421-2-1 du

1024 V. Titre II de la première partie de cette thèse.

1025 Renée KOERING-JOULIN, « Droit pénal et droit international public (à propos de quelques compétences répressives) », *in Droit pénal et autres branches du droit regards croisés*, Cujas, 2012 p. 465 et s.

1026 V. http://www.un.org/fr/counterterrorism/legal-instruments.shtml

1027 V. http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/fight-against-terrorism/

1028 Relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État.

1029 Allocution du président N. SARKOZY, 22 mars 2012.

…/…

Code pénal[1030]. Une insuffisance qui a conduit à l'adoption de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 complétant les dispositions antérieures de lutte contre le terrorisme[1031].

961. Dans le but de lutter plus efficacement contre le terrorisme, deux propositions avaient été formulées : créer une nouvelle infraction couvrant uniquement la participation à un camp d'entraînement à l'étranger, ou bien élargir les règles d'application de la loi pénale française dans l'espace aux actes de terrorisme. Le choix fut porté sur la seconde, en cohérence avec les instruments universels de lutte contre le terrorisme (*cf.* la Résolution 1373 de 2001 du Conseil de sécurité des Nations-Unies), tels que ratifiés par la France[1032].

962. Le principal apport de cette loi réside dans l'extension de l'application de la loi pénale française aux crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme commis à l'étranger[1033]. L'article 113-13 du Code pénal prévoit en effet que « *la loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme et réprimés par le titre II du livre IV commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français* ». Ce chef de compétence se distingue alors des autres chefs de compétences de droit commun et notamment celui prévu à l'article 113-6 car il vise non seulement les Français mais aussi les résidents habituels sur le territoire français. De plus, il se distingue de la compétence universelle prévue aux articles 689-1 et suivant du Code de procédure pénale car cette dernière donne compétence aux tribunaux français pour juger des personnes ou des faits qui n'ont aucun point de rattachement avec l'ordre

---

1030 Rapport sénat 2012-2013 n° 35 par Jacques MEZARD, disponible sur : https://www.senat.fr/rap/l12-035/l12-035.html

1031 Cette loi a apporté des modifications ponctuelles à des nombreux textes existants : le Code de la sécurité intérieure, le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et le Code pénal.

1032 Marie-Hélène GOZZI, « Sécurité et lutte contre le terrorisme : l'arsenal juridique encore renforcé », *D.*, 2013, p. 194. V. Guide pour l'incorporation législative et la mise en œuvre des instruments universels contre le terrorisme, p. 70 et s. NU, disponible sur : https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Guide_Legislative_Incorporation_Implementation/French.pdf

1033 William ROUMIER, « Adoption du projet de loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme », *Droit pénal*, n° 1, janvier 2013, Alerte 2, p. 4

…/…

répressif français, à la différence de l'article 113-13 qui exige la nationalité française de l'auteur ou sa résidence habituelle sur le territoire français.

963. En créant ces dispositions, le législateur national a clairement exprimé sa volonté de s'affranchir des obstacles découlant de la mise en œuvre de la compétence personnelle active en matière délictuelle et en particulier de la condition de double incrimination, en considérant qu'ils « *peuvent [...] compliquer l'ouverture d'une procédure concernant un Français soupçonné d'un délit commis hors du territoire national.[car] il est peu probable que les pays qui tolèrent sur leur territoire des camps d'entraînement, d'une part, répondent à l'exigence de réciprocité d'incrimination et, d'autre part, procèdent à une dénonciation officielle — condition préalable à l'engagement de poursuites* »[1034]. L'objectif est donc de surmonter l'obstacle de la double incrimination en édictant une nouvelle exception aux règles d'application de la loi pénale dans l'espace en matière du terrorisme, afin d'éluder les conditions strictes exigées par les articles 113-6 et 113-8 du Code pénal[1035].

964. L'utilité de la création de ce chef de compétence peut être vue sous deux autres angles différents : sur le plan matériel car la participation à une camp d'entraînement n'entre pas dans le champ de la compétence universelle de l'article 689-9 du Code de procédure pénale, sur le plan formel car il s'agit également par ces dispositions de dépasser les nombreuses conditions exigées par l'article 113-8 du Code pénal pour la mise en œuvre de la compétence personnelle active et passive, telle que la requête du ministère public, la plainte de la victime, la dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis, et enfin la double incrimination dans la compétence personnelle active délictuelle[1036].

1034 Rapport sénat, n° 35, op. cit.

1035 Delphine BRACH-THIEL, « Le nouvel article 113-13 du Code pénal : contexte et analyse », *AJ pénal*, 2013, p. 90.

1036 Thomas HERRAN, « La nouvelle compétence française en matière de terrorisme- réflexion sur l'article 113-13 du Code pénal », *Droit pénal*, n° 4, avril 2013, étude 10.

…/…

En outre, l'extension de cette compétence concerne aussi l'auteur susceptible d'être poursuivi par les autorités françaises. Il n'est pas question uniquement d'un auteur français mais de tout auteur étranger résidant sur le territoire de la République. De ce fait, la suppression de la double incrimination a une dimension large ; l'article 113-13 pouvant être appliqué à des faits commis à l'étranger par un étranger sur une victime étrangère alors que ces faits ne seraient pas incriminés dans le pays de commission[1037].

965. Cependant, la création de cette compétence n'a pas échappée aux critiques quant à la réelle nécessité de créer une compétence spéciale pour surmonter la double incrimination pour l'infraction de participation à un camp d'entraînement. La loi pénale française punit la participation à une association de terroristes et la direction d'un tel groupement d'une peine criminelle selon l'article 421-5 du Code pénal. L'association de terroristes est un crime à chaque fois que le groupement terroriste en cause projette de commettre des infractions dangereuses pour les personnes (art. 421-6 du Code pénal). Et il est possible de considérer que la participation à un camp d'entraînement à visée terroriste (impliquant l'exercice de tir ou de fabrication d'engins explosifs) s'inscrive dans cette notion d'association de terroristes de nature criminelle où la double incrimination n'est pas une condition de mise en œuvre de la compétence personnelle active[1038].

Mais par cette compétence le législateur n'a pas seulement voulu supprimer la condition de la double incrimination mais aussi franchir les différents obstacles à la mise en œuvre des autres chefs de compétence, en particulier ceux inhérents au principe *ne bis in idem* qui met en échec la compétence des juridictions françaises au nom de l'universalité ou de la personnalité[1039].

1037 Jean-Yves Maréchal, « sécurité et lutte contre le terrorisme », *JCP*, n° 1-2, 7 janvier 2013, 16.

1038 Julie ALIX, « Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière terroriste ? (À propos de l'article 2 de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme) », *D.*, 2013, p. 518.

1039 Thomas HERRAN, op. cit., n° 20.

…/…

C. La remise en cause de la double incrimination pour les infractions commises par des militaires

966. Les dispositions applicables aux infractions militaires, qui ne figurent pas dans le Code pénal, formulent ce que M. REBUT a qualifié une compétence personnelle de nature militaire [1040]. La particularité du statut militaire justifie que les forces armées ne relèvent pas des juridictions répressives étrangères, ce qui constituerait une violation de la souveraineté nationale.

967. Le Code de justice militaire a ainsi créé une sorte d'une compétence personnelle spéciale reposant sur la qualité de l'auteur qui doit être logiquement un membre des forces armées françaises. L'article L 121-1 dudit Code prévoit que « *hors du territoire de la République et sous réserve des engagements internationaux, les juridictions de Paris spécialisées en matière militaire connaissent des infractions de toute nature commises par les membres des forces armées ou les personnes à la suite de l'armée en vertu d'une autorisation* ». On peut en déduire qu'il s'agit d'une compétence personnelle exclusive dérogatoire à la compétence personnelle classique figurant à l'article 113-6 du Code pénal.

968. Deux principaux points doivent être abordés concernant la remise en cause de la double incrimination dans le cadre de cette compétence personnelle très particulière. Premièrement, le champ d'application de cette compétence est extrêmement large car les juridictions de Paris sont compétentes pour la poursuite des membres des forces armées lorsqu'ils commettent une quelconque infraction hors du territoire de la République. Cet élargissement comprend donc tous types d'infractions, peu importe leur gravité ou leur qualification (crime-délit-contravention). Cependant, cette compétence élargie amène à s'interroger sur l'occasion de son application. En effet, faut-il limiter son application aux infractions commises en service ? Auquel cas il convient d'admettre qu'en dehors du service l'on applique la compétence personnelle classique de tout citoyen en exigeant la double incrimination en matière délictuelle. Ou bien faut-il l'appliquer à raison de la qualité de l'auteur, qu'il soit en service ou non ? La rédaction de l'article L 121-1 est large et générale et n'apporte pas de précision quant eux circonstances de son application,

[1040] Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 155, p. 93.

laissant ces deux hypothèses possibles. On peut dès lors en déduire que l'État est exonéré de la condition de double incrimination dans ces deux cas.

Deuxièmement, selon la rédaction générale de l'article L 121-1 du Code de justice militaire, la suppression de la double incrimination ne se limite pas aux infractions commises par les membres des forces armées, mais comprend toute personne participant à l'infraction poursuivie, incluant d'éventuels coauteurs ou complices non militaires[1041], à condition que ces derniers soient français car il s'agit bien d'une compétence personnelle. Le fait d'englober les coauteurs et complices s'explique par l'unité d'un projet criminel qui justifie que la compétence personnelle de nature militaire « absorbe » la compétence personnelle classique. Toutefois, on imagine mal appliquer le même raisonnement dans l'hypothèse inverse où un membre des forces armées n'a joué qu'un rôle secondaire en tant que coauteur ou complice aux côtés d'un auteur principal non militaire ; dans ce cas la double incrimination s'appliquera à l'auteur principal s'il s'agit d'un délit sans qu'elle soit applicable au militaire.

D. La remise en cause de la double incrimination pour certaines infractions en matière de bioéthique

969. L'immense développement de la science biomédicale allant de pair avec la rapide évolution des technologies et de la recherche scientifique et médicale, n'est pas sans susciter d'inquiétudes concernant la sécurité de l'espèce humaine. Au niveau national, la question de la protection du corps humain a déjà fait l'objet de plusieurs lois dites « lois bioéthiques » telles que la loi du 20 décembre 1988 dite « Loi Huriet » relative aux expérimentations sur les êtres humains[1042], puis les fameuses lois du 1er juillet 1994 relatives au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé[1043], du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain[1044], du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain,

---

1041 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 157, p. 93.

1042 Loi n° 88-1138.

1043 Loi n° 94-548.

1044 Loi n° 94-653.

…/…

à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal[1045], et enfin la loi du 6 août 2004[1046].

970. La bioéthique se définit comme la morale des sciences biomédicales et elle partage avec le droit une fonction normative faisant appel au droit pénal afin de profiter d'une sanction étatique[1047]. Aujourd'hui, le Code pénal contient deux grands blocs relatifs à la bioéthique qui incriminent plusieurs actes : le premier bloc vise les crimes contre l'espèce humaine et incrimine l'eugénisme et le clonage (*cf.* art. 214-1 et s. du Code pénal.), tandis que le second bloc s'inscrit dans le Livre V du Code pénal intitulé « Des infractions en matière d'éthique biomédicale ».

971. L'émoi international causé par le clonage de la brebis « Dolly » en 1997 a réveillé l'angoisse de l'opinion publique internationale à ce sujet quant au fort risque d'atteintes inacceptables à la dignité de la personne humaine et à sa descendance, auquel l'application de ces méthodes de clonage aux Hommes conduirait. C'est ainsi que le Conseil d'État s'est vu confier le soin d'établir une étude dans le domaine de la bioéthique afin de s'interroger sur la possibilité d'interdire le clonage reproductif. À la suite de cette demande, ledit Conseil a condamné avec rigueur le clonage reproductif [1048], en affirmant qu'« *il ne fait guère de doute que l'article 16-4 du Code civil contient déjà, dans sa rédaction actuelle une interdiction de jure du clonage reproductif, car celui-ci porte évidemment atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et constitue une transformation des gènes dans le but de modifier la descendance de la personne, toutes choses formellement prohibées* », tout en recommandant de prévoir dans la loi une interdiction explicite du clonage reproductif[1049].

1045 Loi n° 94-654.

1046 Loi n° 2004-800.

1047 Murielle BÉNÉJAT, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ pénal*, 2012, p. 392.

1048 En 1999 le Premier ministre M. Lionel JOSPIN a confié au Conseil d'État le soin de réaliser une étude dans le domaine de la bioéthique ce qui conduit à réaliser une étude intitulée « *Les loi de la bioéthique : cinq ans après* » étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999, disponible sur : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/994001756/index.shtml#book_sommaire

1049 Étude précité p. 8 et s. cependant il faut rappeler que cette étude a été réalisé avant l'adoption de la loi du 6 août 2004.

…/…

972. Au niveau international, plusieurs organisations se sont saisies de cette question en condamnant fortement cette pratique immorale et contraire à la dignité humaine. Ainsi, l'Organisation mondiale de la santé s'y est fermement opposée le 14 mai 1997 par une résolution condamnant le clonage reproductif chez l'Homme en prévoyant que « *l'utilisation du clonage pour reproduire des êtres humains n'est pas acceptable sur le plan éthique et est contraire à l'intégrité de la personne humaine et à la morale* »[1050]. La déclaration universelle sur le génome humain et les Droits de l'Homme de l'UNESCO du 11 novembre 1997 affirme, quant à elle, en son article 11 que « *des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains ne doivent pas être permises. Les États et les organisations internationales compétentes sont invités à coopérer afin d'identifier de telles pratiques et de prendre, au niveau national ou international, les mesures qui s'imposent, conformément aux principes énoncés dans la présente Déclaration* »[1051]. En février 2005, la Commission juridique à l'Assemblée générale des Nations-Unies a également fait une déclaration sur le clonage humain dans laquelle les États membres étaient invités à interdire toutes les formes de clonage humain dans la mesure où elles seraient incompatibles avec la dignité humaine[1052].

973. De même, au niveau européen, le Parlement européen a adopté le 12 mars 1997 une résolution condamnant de telles pratiques. Et le Conseil de l'Europe a adopté le 12 janvier 1998 un protocole additionnel à la Convention d'Oviedo qui interdit « *toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort* »[1053].

1050 Résolution WHA50.37, Le clonage dans la reproduction humaine. Dans : Cinquantième Assemblée mondiale de la Santé, Genève, 5 –14 mai 1997. Volume III : Résolutions et décisions. Genève, Organisation mondiale de la Santé, 1997 (WHA50/1997/REC/1).

1051 Disponible sur : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

1052 Organisation des Nations Unies, « La Sixième Commission recommande », communiqué de presse, AG/L/3271, 18 février 2005

1053 Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, Paris, 12 janvier 1998, STE n° 168.

…/…

974. Le clonage reproductif a également fait l'objet d'une interdiction législative explicite de la part de plusieurs États européen tels que l'Allemagne, le Royaume-Uni et l'Espagne[1054]. Et, en France, le Comité national consultatif d'éthique dans son avis n° 54 du 22 avril 1997 a rappelé que les « *êtres humains psychiquement individualisés comme des personnes singulières malgré leur similitude génétique, ils seraient cependant vus — au sens propre et figuré — comme des répliques à l'identique les uns des autres et de l'individu cloné dont ils seraient effectivement la copie. Ainsi serait minée la valeur symbolique du corps et du visage humains comme supports de la personne dans son unicité. À la différence de Dolly, des clones humains sauraient qu'ils sont des clones ; ils se sauraient aussi reconnus tels par autrui. Comment ne pas voir l'intolérable chosification de la personne que recèlerait une telle situation ?* »[1055].

975. Tous ces éléments expliquent que le législateur français ait incriminé le clonage reproductif et ce au moyen de deux articles. Le premier est l'article 214-2 prévoyant que « *Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende* », et le deuxième est l'article 511-1 prévoyant qu'« *est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée* ». La différence entre ces deux articles réside dans la personne ciblée par l'incrimination puisque l'article 214-2 en incriminant « *le fait de procéder à une intervention* » semble ne viser que les médecins, tandis que l'article 511-1 en incriminant le « *fait de se prêter à* » vise les parents ou les tiers[1056].

La nature délictuelle de l'incrimination figurant à l'article 511-1 du Code pénal conduisait à soumettre les poursuites pénales d'un tel délit commis à l'étranger à la condition de double incrimination. C'est pourquoi le législateur français est venu préciser une

---

1054 Conseil d'État, Étude précité, p. 8.

1055 Projet de loi relatif à la bioéthique, Rapport n° 128 (2002-2003) de M. Francis GIRAUD, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 15 janvier 2003. Disponible sur : https://www.senat.fr/rap/l02-128/l02-128.html

1056 Murielle BENEJAT, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », op. cit., p. 392 et s.

dérogation en permettant de juger en France toute personne française ou étrangère qui réside habituellement sur le territoire de la République et qui recoure au clonage reproductif à l'étranger même en l'absence d'incrimination dans l'État où elle a exécuté cette pratique.

976. Le projet de loi relatif à la bioéthique a bien montré à quel degré le clonage reproductif était une pratique condamnable internationalement et que toute tolérance à ce sujet était inacceptable. Par conséquent, on a supprimé l'exigence de double incrimination pour le clonage reproductif commis à l'étranger en prévoyant à l'article 511-1-1 que « *dans le cas où le délit prévu à l'article 511-1 est commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables* »[1057]. Il s'agit par là même de lutter contre le délit de clientélisme de clonage reproductif incarnant une sorte de « tourisme génétique », qui n'est pas sans faire écho à la lutte contre le « tourisme sexuel »[1058].

La double incrimination a ainsi été supprimée pour le délit de l'article 511-1 du Code pénal, une condition qui n'est pas évoquée à l'article 214-2 qui prévoit un crime puni de trente ans de réclusion et donc pour lequel l'article 113-6, 1° est applicable sans condition de la double incrimination.

E. La remise en cause de la double incrimination pour certaines infractions dans le domaine de la défense nationale

977. La double incrimination est enfin remise en cause pour certaines infractions qui relèvent du domaine de la défense nationale[1059].

Sont concernés, tout d'abord, certains délits en lien avec la fabrication et l'utilisation de produits chimiques. L'article L.2342-81 du Code de la Défense prévoit que « *Lorsque les délits prévus aux articles L. 2342-68, L. 2342-69, au 2° de l'article L. 2342-70 et à*

1057 V. Michel VERON, « Bioéthique : le contenu pénal de la loi du 6 août 2004 », *Droit pénal*, n° 11, novembre 2004, étude 16.

1058 Laurent DESESSARD, Application de la loi pénale dans l'espace, op. cit., n° 46.

1059 Didier REBUT, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 2015, n° 132, p. 81.

l'article L. 2342-71 sont commis dans un État non partie à la Convention de Paris par un Français, la loi française est applicable, par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 113-6 du code pénal, et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 du même code ne sont pas applicables ».

978. La double incrimination est ensuite écartée pour les délits de mise au point, de fabrication, de production, d'acquisition, de stockage, de conservation, d'offre, de cession, d'importation, d'exportation, de transfert et d'emploi de mines anti-personnelles. L'article L.2343-12 du Code de la défense prévoit en effet que « *Lorsque les infractions aux dispositions de l'article L. 2343-2, sous réserve des dispositions de l'article L. 2343-3, sont commises hors du territoire de la République par un Français, la loi pénale française est applicable, par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 113-6 du code pénal, et les dispositions de la deuxième phrase de l'article 113-8 du même code ne sont pas applicables* ».

979. On notera que les dispositions françaises relatives à la lutte contre les armes chimiques s'inspirent de celles de la Convention internationale sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction en date du 13 janvier 1993. L'article VII de ladite convention intitulé « Mesures d'application nationale » précise en effet dans son premier alinéa que « *Chaque État partie adopte, conformément aux procédures prévues par sa Constitution, les mesures nécessaires pour s'acquitter des obligations qu'il a contractées en vertu de la présente Convention. En particulier : c) Il applique la législation pénale qu'il a promulguée en vertu de l'alinéa a) à toute activité interdite à un État partie par la présente Convention, qui est entreprise en quelque lieu que ce soit par des personnes physiques possédant sa nationalité, conformément au droit international* ». Des dispositions dans lesquelles il n'est fait aucune mention de la double incrimination reflétant ainsi la gravité des questions traitées.

980. Toujours en lien avec le domaine de la défense nationale, on peut également évoquer ici les dispositions françaises figurant aux articles 436-1 à 436-5 du Code pénal sur la participation à une activité de mercenaire. Pour de tels faits de nature délictuelle, le législateur écarte la condition de la double incrimination : l'article 436-3 prévoyant que

« *Lorsque les faits mentionnés au présent chapitre sont commis à l'étranger par un Français ou une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicable* ».

Les activités de mercenaire concernent tous les actes consistant à participer ou à être recruté dans un conflit armé lorsque l'auteur n'est ni un ressortissant d'un État partie, ni un membre des forces armées de cet État, et qu'il n'a pas été envoyé en mission par un État tiers. De plus, cette personne doit prendre ou tenter de prendre une part directe aux hostilités en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération nettement supérieure à celle payée ou promise à des combattants ayant un rang et des fonctions analogues dans les forces armées de la partie pour laquelle elle doit combattre[1060].

981. La suppression de la double incrimination ici semble logique dès lors que cette infraction ne peut pas être imaginée commise ailleurs qu'à l'étranger. En effet, si des faits similaires se produisaient sur le territoire français une autre qualification juridique serait alors applicable, celle de mouvement insurrectionnel incriminé à l'article 412-3 du Code pénal et suivants[1061].

982. Le mercenaire a toujours occupé la pensée de la société internationale, faisant l'objet de plusieurs interventions législatives internationales comme le Protocole I du 8 juin 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux et permettant que le mercenaire soit exclu des garanties et protections internationales offertes par ce statut aux prisonniers de guerre. Dans le même sens, les Nations-Unies ont adopté une Convention spécifique pour la lutte contre les mercenaires du 4 décembre 1989, dite « Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement, et l'instruction de mercenaire ».

983. Or la suppression de la double incrimination à l'article 436-3 du Code pénal renvoie à l'opprobre de cette infraction qui « *se manifeste par son exclusion des règles de droit,*

1060 Jacques AMAR, Participation à une activité de mercenaire, *J-Cl. Pén.*, art. 436-1 à 436-5, Fasc. 20, 2009, n° 6 et s.

1061 ibid. n° 67.

…/…

phénomène extrêmement troublant à partir du moment où tous les États ne condamnent pas l'utilisation de telles pratiques »[1062]. Les actes des mercenaires causent des dommages moraux à la réputation de la France lorsque leurs ressortissants partent à l'étranger pour les commettre, ce qui s'ajoute à la dangerosité des actes proprement dits et à la probabilité de récidive dans leur pays natal.

§ 2. Une remise en cause de la double incrimination en faveur d'une protection individuelle

984. À l'instar de l'intérêt public, les intérêts privés ne semblent pas moins précieux pour le législateur qui tend cependant moins à remettre en cause la double incrimination pour les infractions y portant atteinte. Il existe néanmoins plusieurs dispositions écartant la condition de la double incrimination dans une optique de protection individuelle, les dispositions sur la compétence personnelle passive d'une part (A), et celles relatives aux infractions portant particulièrement atteinte aux mineurs et autres personnes vulnérables d'autre part (B).

A. La remise en cause de la double incrimination au sein de la compétence personnelle passive

985. Depuis sa création, la compétence personnelle passive est le chef de compétence pénale le plus « controversé »[1063] bien que bien installé au sein du système pénal national. La compétence personnelle passive se justifie par le devoir de la France de protéger ses citoyens contre un État étranger qui risque de se désintéresser[1064] de leur sort. Cette compétence « *sert en outre les intérêts de l'État, lequel affirme, de cette façon, son autorité internationale* »[1065]. L'analyse de la remise en cause de la double incrimination

---

1062 ibid., n° 5. V. également l'Exposé des motifs de projet de loi de la répression de l'activité de mercenaire, n° 287 (2001-2002) de M. Alain RICHARD, déposé au sénat le 4 avril 2001.

1063 Éric CAFRITZ et Omer TENE, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *RSC*, 2003, p. 733.

1064 Jacques BIGAY, « Les dispositions nouvelles de compétence des juridictions françaises à l'égard des infractions commises à l'étranger », *D.* 1976. Chronique 51.

1065 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 137.

…/…

dans le cadre de cette compétence exige de revenir, au préalable, sur l'histoire de cette compétence depuis son apparition.

986. La compétence personnelle passive, complètement ignorée dans le Code d'instruction criminelle de 1808 en tant que compétence indépendante, a subi « une longue éclipse » à partir de la loi de 21 juin 1866. Cette dernière est venue mettre en place une compétence personnelle active en faisant disparaitre l'exigence de nationalité française pour la victime prévue antériieurement[1066]. La compétence personnelle passive fera cependant l'objet d'une intervention législative timide dans le Code de l'aviation civile du 30 mai 1924 concernant les crimes et les délits commis à abord d'aéronefs non immatriculés en France lorsque l'auteur ou la seule victime était de nationalité française.

De la sorte, la compétence personnelle passive a été tardivement installée au sein du système pénal français par la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 donnant naissance à l'article 689-1 du Code de procédure pénale. Cet article prévoyait que « *tout étranger qui, hors du territoire de la République, s'est rendu coupable d'un crime, soit comme auteur, soit comme complice, peut être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois françaises, lorsque la victime de ce crime est de nationalité française […]* ». On peut comprendre ce retard du fait de la grande vague de critiques doctrinales lancées à son encontre[1067]. Sa limitation aux seuls crimes s'avérait nécessaire au vu de la gravité du fait commis à l'étranger contre la victime française, appelant impérativement l'intervention de l'État « maternel » de la victime afin de lui assurer sa protection juridique.

987. À l'occasion de la réforme du Code pénal de 1992, le législateur français en a cependant profité pour réformer la compétence personnelle passive et élargir son champ d'application. Depuis lors, l'article 113-7 du Code pénal prévoit en effet que « *La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement,*

1066 Delphine BRACH-THIEL, Compétence pénale, *Rép. Internat.*, Dalloz, janvier 2015, n° 29. V. même auteur, « La victime d'une infraction extraterritoriale », *RSC*, 2010, p. 819 et s.

1067 Renée KOERING-JOULIN, « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », *in Les droits et le droit Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, op. cit., p. 529.

…/…

commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ».

L'analyse de cet article montre que le champ d'application de cette compétence s'avère très large puisqu'il comprend tout crime et tout délit puni d'emprisonnement, conduisant à déduire que tous les délits ou presque sont ainsi concernés[1068]. En outre, l'article 113-7 ne soumet pas cette compétence personnelle passive à l'exigence de la double incrimination[1069]. La compétence des autorités répressives françaises peut dès lors jouer dès que l'infraction commise à l'étranger est un crime ou un délit puni d'emprisonnement. Il en découle que lorsque le délit est puni en revanche d'une simple amende, cette compétence fait défaut.

L'absence complète de double incrimination n'a fait que nourrir les critiques adressées à cette compétence tant au regard des fondements juridiques de cette compétence, qu'à l'égard de son impact international et économique.

988. La fiction juridique selon laquelle le ressortissant partant à l'étranger emporte sous « *ses semelles une parcelle du sol natal* »[1070] ne trouve pas d'écho raisonnable de nos jours chez les pénalistes. La compétence personnelle passive est davantage rattachée au principe de protection lorsque les intérêts supérieurs de l'État sont ciblés par l'infraction commise. Or ce n'est pas le cas de la compétence personnelle passive de l'article 113-7 du Code pénal. Celle-ci sauvegarde des intérêts purement privés rendant la comparaison entre le principe de la réalité et cette compétence plus que fragile. En effet, si l'État au sein de la compétence réelle est le mieux placé pour assurer la protection de ses intérêts atteints par l'infraction à l'étranger, il ne l'est plus concernant les intérêts purement privés[1071].

1068 Emmanuel DREYER, op. cit., n° 1873, p. 1255.

1069 André HUET et Renée KOERING-JULIN, *Droit pénal international*, *op.cit.*, n° 137, p. 232.

1070 Henri DONNEDIEU DE VABRES, « Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux », *RIDP*, 1950, p. 522.

1071 Renée KOERING-JOULIN, « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », *in Les droits et le droit*, op. cit., p. 529 et s.

…/…

989. En fait, ni l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, ni la protection de l'ordre public français n'imposent l'application extraterritoriale de la loi pénale française dans un tel cas[1072]. En outre, l'application extraterritoriale de la loi pénale française à un fait commis par un étranger à l'étranger en raison de la nationalité française de la victime, est accusée de faire « *naître un soupçon de partialité dans l'application de la loi pénale* »[1073]. Et on peut se demander si la compétence personnelle passive est conforme à la bonne administration de la justice. L'application de cette compétence supposant pour les juridictions françaises de mettre en œuvre des mécanismes de commission rogatoire vers le pays du lieu de commission[1074].

990. Par ailleurs, l'absence de double incrimination en matière de compétence personnelle passive peut produire des effets inacceptables sur le plan international en affectant les relations économiques et diplomatiques de la France avec les autres États. Le refus de la double incrimination en matière de compétence personnelle passive englobe tous les délits punis d'emprisonnement. De plus, ces délits peuvent être incriminés dans et hors du Code pénal. Et on peut alors se demander s'il est opportun de confier au juge pénal français la connaissance des innombrables infractions figurant dans le droit de la distribution, de la concurrence, de la consommation, des sociétés, du travail, etc., dont un français peut être victime à travers le monde ?

Par exemple, en droit du travail, le dirigeant d'une société étrangère qui se trouve à l'étranger et qui n'a aucun lien avec la France peut être condamné en France sur le fondement de la compétence personnelle passive à la suite de plaintes déposées par un salarié français pour entrave à l'exercice de sa mission de conseiller des salariés lors des entretiens préalables aux licenciements[1075]. De même, si des employeurs étrangers qui, lors de l'embauche à l'étranger d'un ressortissant français, prennent en considération le

---

1072 Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNECHEC, *Droit pénal général*, 15e édition, Economica, 2008, n° 401, p. 359

1073 Marc PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, n° 417, p. 145.

1074 Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 1979, p. 409, n° 293.

1075 Art. L. 1232-12, L. 1232-14, L. 1232-10 et L. 1238-1 du Code de travail.

…/…

sexe, la situation familiale, la rémunération ou la promotion professionnelle de ce ressortissant ils peuvent être incarcérés en France pour violation des dispositions de l'article L. 1142-1 du Code du travail, même si le fait commis n'est pas incriminé dans le pays du lieu de commission[1076].

En droit commercial, sur le fondement de l'article L.247-1 du Code de commerce, une condamnation pénale peut être prononcée contre les dirigeants d'une société américaine qui aurait omis d'indiquer dans leur rapport annuel une prise de participation, représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des deux tiers du capital ou des droits de vote, dans une société ayant son siège sur le territoire. Cette condamnation sera le fruit d'une poursuite fondée sur la compétence personnelle passive en vertu de l'article 113-7 sans exigence de double incrimination[1077]. De même, en matière de consommation, le professionnel étranger qui contracte dans son pays avec un consommateur de nationalité française, même si ce consommateur est domicilié dans le même pays, devra respecter les règles protectrices françaises dès lors que la peine encourue est une peine privative de liberté[1078].

991. Ainsi, le fait de ne pas exiger de double incrimination peut avoir des conséquences inacceptables et peu logiques eu égard aux intérêts protégés. En ce sens, « *le droit français se comporte de facto comme un droit fortement expansionniste qui tend à considérer le territoire de commission des faits comme un prolongement de son propre territoire* »[1079]. L'interprétation extinctive du critère de rattachement personnel passif dans son ensemble a d'ailleurs été vivement critiquée par la doctrine sur la scène internationale, celle-ci affirmant que cette compétence n'est pas conforme au droit international coutumier[1080].

1076 Éric CAFRITZ et Omer TENE, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », op. cit., p. 737.

1077 Ibidem.

1078 Pierre MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, p. 516.

1079 Renée KOERING-JOULIN, « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », op. cit., p. 533.

1080 Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, volume 32, 1986, p. 34.

Des critiques d'autant plus acerbes que cette compétence n'exige pas de double incrimination.

992. La non-exigence de la double incrimination, au moins pour les délits, semble, qui plus est, porter atteinte au principe de légalité criminelle car ce principe exige la prévisibilité du texte pénal et que cette prévisibilité se réalise par la diffusion du texte pénal dans le journal officiel. C'est pourquoi le fait de poursuivre un individu étranger vivant à l'étranger et n'ayant aucune connaissance de la loi française pour un fait totalement légal chez lui et où il a été commis, s'avère être un résultat absurde et totalement arbitraire. L'individu étranger dans cette hypothèse sera amené devant une juridiction française pour se voir appliquer une loi ou un texte complètement inconnu de lui comme du territoire où l'acte a été commis.

En outre, ne pas exiger de double incrimination peut faire supposer que tous les étrangers qui sont ou seront en relation avec un ressortissant français doivent avoir connaissance de tous les textes législatifs français et des sanctions pénales, aboutissant alors à un impérialisme fâcheux. Une opinion d'ailleurs mise en avant par le gouvernement français lors du débat législatif sur l'article 113-7 puisqu'il a affirmé que « *supprimer tout seuil et prévoir l'application de la loi française à l'égard de tout délit puni d'emprisonnement serait manifester un impérialisme difficilement justifiable. Quelle serait notre réaction, par exemple, face à des prétentions identiques d'un pays étranger voisin ou lointain ? je suis donc défavorable à l'adoption de cet amendement […]* »[1081].

993. Deux conclusions peuvent dès lors être tirées. La première, déjà évoqué précédemment, concerne l'effectivité de cette compétence laquelle est tributaire de la mise en œuvre de commissions rogatoires par l'État du lieu de commission guère concevable si le fait en question n'est pas incriminé. La deuxième concerne les conditions procédurales de mise en œuvre de cette compétence, prévues à l'article 113-8 qui prévoit que « *Dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été*

[1081] Le débat législatif précédant l'extension du texte 113-7, JOAN 1er séance du 11 octobre 1989, p. 3381.

commis ». La poursuite est ainsi soumise à une requête du Ministère public et conditionnée, ou bien à une plainte de la victime, ou bien à une dénonciation officielle des autorités du pays de Commission. Or cela s'avère peu probable qu'une autorité dénonce officiellement un fait non incriminé dans son propre droit interne. Il en découle un réel manque d'harmonisation entre les conditions de fond de la répression et les conditions procédurales, « *ces dernières ne devraient-elles pas être conçues comme étant au service des premières ?* »[1082].

994. Rappelons par ailleurs qu'à ces dispositions générales sur la compétence personnelle passive s'ajoutent des compétences personnelles passives spéciales qui se distinguent par l'absence de seuil minimal de la peine encourue et par le monopole du Ministère public. En ce sens, l'article 113-11 du Code pénal vise les infractions commises à bord d'un aéronef non immatriculé en France (crimes et délits) « *lorsque [...] la victime est de nationalité française* ». Il en est de même de la compétence personnelle de nature militaire présente aux articles L.111-1, L.121-7 et L.122-1 du Code de justice militaire qui rendent compétents les tribunaux français *pour* « *tous auteurs ou complices d'une infraction contre les forces armées françaises* »[1083].

995. Malgré l'ancrage de la compétence personnelle passive en droit français, les critiques demeurent et elle ne se trouve pas acceptée par tous les États[1084]. Notamment en raison de l'absence complète de la double incrimination qui peut apparait comme une atteinte à la souveraineté de l'État de commission[1085]. La compétence personnelle passive s'avère aujourd'hui indispensable pour les crimes les plus graves comme le terrorisme et le meurtre, mais en matière délictuelle il est souvent recommandé, ce que nous soutenons

---

1082 Delphine BRACH-THIEL, Compétence internationale, op. cit., n° 178.

1083 André HUET et Renée KOERING-JOULIN, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, op. cit., n° 48.

1084 Christopher L. BLAKESLEY, Terrorisme, drugs international law and the protection of human liberty, Transnational publishers, Inc, 1992, p. 96.

1085 Geoffrey R. WATSON, « The passive personality principale », 28 tex. INT'L L.J.1 (1993), p. 16.

…/…

aussi, de ne pas supprimer cette compétence mais plutôt d'en réduire la portée et de la limiter aux délits les plus graves en fixant un seuil minimal de peine encourue[1086].

B. La remise en cause de la double incrimination pour les infractions portant atteinte aux mineurs et autres personnes vulnérables

996. L'un des objets du droit pénal est de protéger la dignité humaine et l'intégrité physique. Ce qui rend compréhensible que les législateurs nationaux consacrent une grande partie de leurs codes pénaux à la protection de ces valeurs personnelles. Cette protection législative devient logiquement et nécessairement plus rigoureuse lorsqu'elle vise à protéger certaines personnes plus faibles que les autres eu égard à leur âge, leur conscience ou leur état physique ou mental.

Le législateur français n'hésite pas d'ailleurs à renforcer cette protection par l'adoption de dispositions particulières visant à prévenir et à réprimer plus efficacement les infractions sexuelles plus particulièrement contre les enfants et personnes vulnérables. Cette position du législateur français a conduit à introduire des règles spécifiquement réservées aux auteurs d'infractions sexuelles, constituant un véritable régime pénal spécial dérogeant aux règles communes en matière d'application de la loi pénale dans le temps, dans l'espace, de pénalité, et d'exécution et d'application de la peine[1087].

997. Le Code pénal de 1994 est riche de dispositions visant à lutter contre les atteintes sexuelle sur mineurs et personnes vulnérables, figurant dans le Livre II intitulé « Des crimes et délits contre les personnes ». Cependant, la grande évolution dans la prévention et la répression des infractions sexuelles des mineurs s'est faite à partir de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 qui a opéré un grand virage dans la protection des mineurs. Elle a mis en place un régime plus favorable aux mineurs en instaurant des règles dérogatoires aux conditions classiques de poursuite et aux règles de compétences pénale[1088].

1086 Renée KOERING-JOULIN, « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », op. cit., p. 537.

1087 Xavier LAMEYRE, « Du régime pénal spécial appliqué en France aux auteurs d'infractions sexuelles », *RSC*, 2002, p. 547.

1088 Renaud ROLLAND, « La protection du mineur, victime d'infraction sexuelle », *RDSS*, 1988, p. 892.

998. Des règles dérogatoires qui ont ensuite été étendues à d'autres infractions. Parmi ces règles dérogatoires, on trouve la remise en cause de la double incrimination lorsque les infractions concernées sont commises à l'étranger.

Au sein des dispositions spéciales du Code pénal, la remise en cause de la double incrimination a été apportée aux délits suivants :

— Agressions et atteintes sexuelles contre mineur : article 222-22 du Code pénal.

— Proxénétisme commis à l'égard d'un mineur : article 225-7 du Code pénal.

— Recours à la prostitution d'un mineur ou d'une personne particulièrement vulnérable : article 225-12-1 et 2.

— Proxénétisme commis à l'égard d'un mineur : article 225-7,1°.

— Corruption de mineur, diffusion et enregistrement d'images pornographiques d'un mineur (pornographie infantile), atteintes sexuelles sur mineur sans violence : articles 227-22, 227-23, 227-25 à 227-27.

Pour toutes ces infractions, le législateur a instauré un régime dérogatoire à la double incrimination en excluant l'application des dispositions de l'article 113-6 alinéa 2[1089]. Les articles concernés ont des rédactions similaires, à savoir que « *Dans le cas où les délits prévus par l'article [...] sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi français est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables* ».

999. Au vu de ces articles, on peut déduire que la remise en cause de la double incrimination ne constitue qu'un moyen d'étendre la compétence extraterritoriale de la loi française car ces mêmes articles étendent également le champ d'application de la loi française aux infractions sexuelles sur mineurs commises par un résident habituel sur le territoire français. La suppression de la double incrimination pour les infractions susmentionnées

---

1089 Laurent DESESSARD, Application de la loi pénale dans l'espace, op. cit., n° 46. André HUET et Renée KOERING-JOULIN, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, op. cit., n° 38.

…/…

a pour but de lutter et réprimer plus complètement toutes les formes de « tourisme sexuel »[1090], ainsi que de punir les nationaux ou les résidents habituels pédophiles alors même que l'État où le comportement s'est déroulé les tolère. C'est le cas par exemple de quelques pays qui ne luttent pas suffisamment contre la traite des êtres humains[1091], ou même de ceux qui ignorent cette question et qui sont, de ce fait, devenus des « *paradis de la pornographie infantile* »[1092].

1000. Ces efforts nationaux dans la lutte contre le tourisme sexuel vont de pair avec les engagements internationaux de lutte contre ce phénomène résultant de la Convention internationale des Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 qui oblige les États à protéger les enfants contre toutes formes d'exploitation sexuelle ou de violence sexuelle[1093], la recommandation R (91) du Conseil de l'Europe sur l'exploitation sexuelle, la pornographie et la prostitution, le trafic d'enfants et de jeune adultes et la recommandation (2001) 16 sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle. La Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels oblige d'ailleurs les États parties en ce qui concerne les infractions d'abus sexuel, de prostitution enfantine, de certaines infractions relatives à la pornographie enfantine et de la participation d'un enfant à des spectacles pornographiques, commises à l'étranger de prendre « *les mesures législatives ou autres nécessaires pour que l'établissement de sa compétence […] ne soit pas subordonnée à la condition que les faits soient également punissables au lieu où ils ont été commis* »[1094]. Il en va de même de la

---

1090 Jean PRADEL et Jean Louis SENON, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles, Commentaire de la Loi 98-468 du 17 juin 1998 », *RPDP*, 1998, p. 232. V. aussi, Michèle-Laure RASSAT, « nouvelle circonstance aggravante des atteintes sexuelle », Chronique législative, *RSC*, 1994, p. 779.

1091 Bruno PHLILIP, « Le sort réservé aux milliers d'esclave à des patrons pêcheurs de crevette en Thaïlande fait scandale », Le Monde, Dimanche 22 – Lundi 23 juin 2014, p. 4.

1092 Philippe MESMER, « Au Japon la pornographie infantile enfin interdite », Le Monde, dimanche 22 – Lundi 23 juin 2014, p. 4.

1093 Art. 34 et 36 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989.

1094 Art. 25 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, STCE, n° 201.

…/…

directive de 2011 du Parlement et du Conseil européen relative aux abus sexuels et à l'exploitation sexuelle des enfants dans son article 17 § 4[1095].

1001. La double incrimination est également remise en cause en matière de traite des êtres humains définie par l'article 225-4-1 comme le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir à des fins d'exploitation dans l'une des circonstances mentionnées dans ledit article. La loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagement internationaux de la France, a modifié l'article 225-4-8 du Code pénal en créant une nouvelle compétence extraterritoriale spéciale concernant les infractions de traite des êtres humains pour lesquelles la loi pénale française peut être appliquée par dérogation à l'ensemble des conditions classiques des compétences extraterritoriales, dont la condition de la double incrimination[1096].

1002. Ainsi, l'article 225-4-8 du Code pénal formule une nouvelle compétence personnelle active spéciale assez proche de celle mise en place pour les infractions sexuelles sur mineurs en prévoyant que « *lorsque les infractions prévues aux articles 225-4-1 et 225-4-2 sont commises hors du territoire de la République par un Français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et la seconde phrase de l'article 113-8 n'est pas applicable* ». Il s'agit par là même de respecter la directive du 5 avril 2011 relatif à la prévention de la traite des êtres humains et à la lutte contre ce phénomène ainsi qu'à la protection de la victime[1097]. L'article 10 de cette directive, après avoir demandé aux États de prévoir leur compétence extraterritoriale pour les infractions commises par leurs ressortissants, précise en son paragraphe 3 que chaque État doit prendre « *les mesures nécessaires pour que sa compétence ne soit pas subordonnée à*

1095 Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, JOUE L. 335, 17 décembre 2011, p. 1.

1096 Laurent DESESSARD, « Application du droit pénal français dans l'espace à propos de quelques dispositions issues de la loi du 5 août 2013 », *RPDP*, n° 2 avril-juin 2014, p. 429 et s.

1097 Directive 2011/36/UE du parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection de la victime et remplaçant la décision-cadre 2002/629JAI du Conseil, JOUE L. 101/1, 15 avril 2011.

…/…

l'une des conditions suivantes : a) l'acte en cause constitue une infraction pénale sur le lieu où il a été commis ».

1003. On notera toutefois que cette compétence extraterritoriale spéciale se distingue des autres compétences comparables en ce qu'elle ne s'applique pas aux infractions commises par un résident habituel sur territoire de la République, cela se trouvant justifié par l'absence de cette obligation dans ladite directive qui n'a pas exiger l'extension de la compétence des États aux résidents habituels[1098].

1004. La remise en cause de la double incrimination en droit pénal interne a ainsi été prévue pour des délits présentant une certaine gravité aux yeux du législateur, parfois en lien avec ses engagements internationaux. Il s'agit d'éviter toute impunité découlant du déplacement de Français à l'étranger, considérant « *que les ressortissants français sont suffisamment informés du caractère illicite et immoral de tels actes pour savoir qu'ils peuvent être poursuivis en France à raison de ces actes, quel que soit l'endroit où ils ont été commis* »[1099].

Cette remise en cause demeure toutefois circonscrite et conduit à s'interroger sur la pertinence d'un abandon pur et simple de cette condition.

1098 Laurent DESESSARD, op.cit.

1099 Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1867, p. 1252.

Chapitre II.

Une remise en cause de la double incrimination absolue impossible

1005. Les réticences déjà évoquées entourant la remise en cause de la condition de la double incrimination rend sa renonciation totale quelque peu utopique.

1006. En droit interne, la suppression ou le maintien de la double incrimination est une question proprement unilatérale relevant de la politique criminelle du législateur national. Dans ce contexte, on ne peut parler de réticence quant à la suppression de la double incrimination. En droit interne la double incrimination est une condition de droit commun relevant de la compétence personnelle active en matière délictuelle, à laquelle il est loisible au législateur de renoncer.

Au niveau international, la question de la réticence accompagnant une renonciation complète de la double incrimination trouve en revanche davantage sa place. Divers instruments internationaux obligent en effet les États à supprimer cette condition en obligeant les États contractants à coopérer davantage sans exiger de double incrimination, comme c'est le cas des instruments européens sur la reconnaissance mutuelle.

1007. Or ces instruments qui visent pourtant à supprimer la double incrimination conservent une place à cette condition ce qui conduit à se demander si la remise en cause de la double incrimination dans ces instruments européens ne serait pas un trompe-l'œil (**Section I**) et partant illusoire, et ce d'autant que cette remise en cause est bien souvent freinée nationalement (**Section II**).

Section I.

Une remise en cause de la double incrimination en trompe-l'œil au sein de l'Union européenne

1008. Le principe de reconnaissance mutuelle est une notion juridique assez nouvelle, du moins en droit pénal. Elle constitue une innovation conceptuelle indéniable au regard des mécanismes « classiques » de coopération pénale internationale. Son caractère novateur réside dans le fait d'accepter l'exécution d'une décision étrangère comme si elle était rendue par l'État d'exécution, et ce même en présence de divergences juridiques concernant l'incrimination ou la peine encourue[1100]. La double incrimination demeure toutefois une question centrale dans tous les instruments sur la reconnaissance mutuelle[1101], même si une décision pénale étrangère doit être exécutée sans ce contrôle lorsqu'elle intervient dans « la zone libérée » de cette condition.

1009. Une analyse un peu plus poussée de la remise en cause de la double incrimination dans les instruments sur la reconnaissance mutuelle montre que celle-ci demeure bien encadrée. Les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle incarnent certes une avancée notable dans la suppression du contrôle de la double incrimination, mais ils n'ont pu échapper aux réticences en ce domaine de nature à maintenir la double incrimination (§ 1). Les divergences juridiques existant entre les États membres de l'Union européenne permettent d'expliquer un tel maintien ce qui pose finalement la question de l'harmonisation des législations pénales au sein de cet espace (§ 2).

§ 1. Le maintien du contrôle de la double incrimination dans les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle

1010. Lorsque le législateur européen a adopté les instruments précités sur la reconnaissance mutuelle, il n'a en réalité pas été si « courageux » que cela, en n'optant pas pour une

[1100] Hans G. NILSSON, « Mutual trust and mutual recognition of our differences a personal view », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, op. cit., p. 157.

[1101] Michel MASSÉ, « La Décision-cadre », op. cit., p. 56.

suppression complète de la double incrimination. Il n'a en fait opéré qu'une remise en cause partielle de cette condition concernant certaines infractions rassemblées en une liste exhaustive. Non seulement la double incrimination a été maintenue en tant que condition de base de l'exécution de la demande (A), mais également en tant que motif de refus d'exécution de cette même demande (B).

A. Le maintien de la double incrimination en tant que condition d'exécution

1011. La suppression de la double incrimination dans le domaine de la coopération pénale internationale, comme dit précédemment, n'est pas une innovation exclusive des instruments européens sur la reconnaissance mutuelle. Pour autant sa portée large a incontestablement révolutionné le concept de coopération judiciaire en matière pénale. Comme certains l'ont écrit, c'est la condition de la double incrimination qui constitue « le véritable nœud » de la question de la reconnaissance mutuelle[1102]. La lecture des travaux préparatoires de certaines décisions-cadres comme celle relative au mandat d'arrêt européen, le montre avec évidence. La remise en cause de la double incrimination y fait l'objet de débats houleux, ainsi que de plusieurs propositions et échanges entre le Conseil et le Parlement européen.

1012. Le recours à une liste d'infractions a été le compromis trouvé par ces instances, qui ont renoncé dès lors à une suppression complète. Prenons l'exemple du mandat d'arrêt européen pour illustrer notre raisonnement et mettre en perspective le contexte notamment historique et mieux comprendre les hésitations de l'époque.

La proposition initiale de la Commission sur l'élaboration du mandat d'arrêt européen allait plus loin dans l'abandon de la double incrimination, en la prévoyant pour toutes les infractions dépassant le seuil minimal de gravité mentionné au paragraphe 1 de l'article 2 (soit un an pour les poursuites pénales et quatre mois pour une condamnation). Elle prévoyait même l'adoption d'une « liste négative » d'infractions afin de sauvegarder

[1102] François TULKENS, « La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, op. cit., p. 171.

…/…

les particularités juridiques de quelques États membres pour les quelques infractions faisant l'objet de divergences profondes comme l'euthanasie par exemple, l'avortement, la consommation de drogues, ou la question de la minorité[1103]. On peut voir alors que cette proposition initiale œuvrait pour une réelle révolution juridique en faisant de l'exclusion de la double incrimination le fondement de l'application de tout mandat d'arrêt[1104].

Mais ce fut sans compter sur les objections de certains États qui ont conduit à abandonner ladite proposition en formulant quatre options : l'abolition totale de la double incrimination, l'abolition de la double incrimination accompagnée de l'interdiction de remise en cause de la part des États dans lesquels le fait ne constitue pas une infraction ; l'application du MAE uniquement dans les cas où il existe déjà un texte visant à harmoniser les droits pénaux nationaux ; l'exigence d'infractions harmonisées pour lesquelles l'auteur doit être extradables[1105]. Au final, le Parlement européen a estimé que la proposition du Conseil était excessivement large en adoptant une liste positive pour les infractions graves et celles faisant l'objet d'une harmonisation au niveau européen.

1013. C'est ainsi qu'a été adopté une liste positive d'infractions exonérées du contrôle de la double incrimination, cette exonération n'étant qu'une exception à la règle générale de l'application du contrôle de la double incrimination, même si son application pour les infractions hors de ladite liste reste facultative. Le paragraphe 4 de l'article 2 de la décision-cadre relative au MAE prévoit ainsi que « *pour les infractions autres que celles visées au paragraphe 2, la remise peut être subordonnée à la condition que les faits pour lesquels le mandat d'arrêt européen a été émis constituent une infraction au regard du*

1103 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, La reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, Bruxelles, COM (2000) 495, 26 juillet 2000, p. 11 et s.

1104 Selon la proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, COM (2001) 522, Bruxelles, 19 septembre 2001, l'article 27 intitulé « *liste d'exception » prévoit que « sans remettre en cause les objectifs de l'article 29 TCE, chaque État membres peut dresser une liste exhaustive de comportements qui sont susceptibles d'être considérés comme des* infrac*tions dans certaines États membres, mais pour lesquels ses autorités judiciaires refusent d'exécuter un mandat d'arrêt européen au motif que cela serait contraire aux principes fondamentaux su système judiciaire de cet État.* »

1105 Steve PEERS, « Proposed framework decision on European arrest warrent », Addendum 16.10.01. Disponible sur : http://www.statewatch.org/analyses/no-3-ewarrant.pdf

droit de l'État membre d'exécution, quels que soient les éléments constitutifs ou la qualification de celle-ci ». Malgré la place facultative réservée à la double incrimination par ce paragraphe, rien n'empêche d'admettre qu'il ne change rien, et ce pour deux raisons : la première est que la rédaction de ce paragraphe n'impose pas d'obligation aux États mais au contraire leur donne une marge de liberté sur la place qu'ils confient à cette condition (ce qui nous conduira à vérifier les lois de transpositions des États membres comme nous le verrons ultérieurement) ; la deuxième raison est liée à l'existence de la liste positive d'infractions qui est explicitement délimitée et où la double incrimination ne joue aucun rôle.

1014. En somme, le recours à une liste positive d'infractions apparait comme un retour en arrière, au temps du système d'extradition fondé sur les accords bilatéraux du XIXe siècle. Et on peut y voir une vraie régression en contradiction avec l'idée ambitieuse de reconnaissance mutuelle[1106] envisagée par l'Union européenne.

1015. Bien sûr, une telle critique doit être relativisée. Le MAE a en effet été adopté en 2002 lorsque des disparités persistaient entre États membres ; peu voire pas de normes pénales étaient alors unifiées à l'échelle européenne. À ceci il faut ajouter l'ambiguïté fonctionnelle du MAE : lequel peut apparaitre comme un mode d'extradition simplifié ou bien comme participant à la mise en place d'un territoire européen de normes pénales ?

Mais cela ne justifie pas l'impact qu'a eu la crainte des États de voir des modèles pénaux importés sur leur territoire, « *tout se passe comme si les normes pénales substantielles […] étaient désormais soumises à un phénomène prenant la forme d'une "spirale" dont la circulation des outils procéduraux, actualisé grâce à la reconnaissance mutuelle, constitue l'élément moteur* »[1107].

1016. Bien comprendre le maintien de la double incrimination dans les instruments européens de reconnaissance mutuelle exige essentiellement de se demander si l'exclusion de la

---

1106 Michel MASSÉ, « La Décision-cadre », op. cit., p. 59.

1107 Stefano MANCORDA, « Le mandat d'arrêt européen et l'harmonisation substantielle : le rapprochement des incrimination », *in L'intégration pénale indirecte interaction entre droit pénal et coopération judiciaire ay sein de l'Union européenne*, Société de législation comparée, p. 49.

…/…

double incrimination pour une liste exhaustive d'infractions constitue une vraie dérogation à cette condition à l'échelle européenne ou non. Or, en lisant attentivement les infractions énumérées, reprises par la quasi-totalité des autres instruments, on peut constater qu'elles ont trait à des valeurs que tous les États veillent à protéger[1108]. Elles vont ainsi dans le sens d'une proximité des ordres juridiques, voire d'une pré-harmonisation des normes d'incrimination.

1017. D'ailleurs, il s'agit soit d'infractions faisant déjà l'objet d'interventions normatives européennes ou extra-européennes visant à harmoniser les législations nationales (l'article 29 du Traité sur l'Union européenne, le point 48 des conclusions du Conseil européen de Tampere, l'article 2 de la Convention Europol et son annexe[1109]), soit d'infractions cristallisées dans des actes de *soft law*, ou des harmonisations spontanées indépendantes de tout engagement ou obligation internationale[1110]. Ainsi, si la double incrimination avait été maintenue pour les infractions mentionnées dans ladite liste, elle n'aurait été qu'une condition superflue automatiquement remplie puisque ces infractions ont déjà été intégrées dans les systèmes pénaux internes des États membres. En réalité « *nous ne sommes pas en présence d'une dérogation sèche à l'exigence, mais d'un mécanisme de nature compensatoire représenté par le pré-harmonisation des normes d'incrimination énumérées dans la liste* »[1111].

En outre, il existe une présomption générale consistant en ce que les actes mentionnés dans la liste d'infractions sont incriminés dans tous les États membres de l'Union européenne indépendamment de leurs appellations ou qualifications[1112].

1108 Cependant, la liste positive d'infractions contient des infractions visant à protéger des intérêts proprement européens tels que la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté européenne.

1109 Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 424.

1110 Ibid. p. 64.

1111 Ibid.

1112 Ivo SLOSARCIK, « Criminal law and mutual recognition in the Czech Republic », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Edition de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européens, 2009, p. 109.

…/…

Ce que l'on a pu qualifier de pré-harmonisation intentionnelle ou spontanée européenne a été considérée comme un grand avancement sans pour autant aboutir à une unification juridique des différents systèmes pénaux européens. En effet, rappelons qu'il existe encore des disparités et désaccords sur certains comportements (tels que l'euthanasie, l'avortement ou encore la consommation de stupéfiants). La double incrimination a donc été maintenue pour les infractions qui ne sont pas mentionnées, à condition toutefois que celles-ci fassent encourir une peine d'un an de prison ou que la condamnation prononcée soit supérieure à 4 mois de privation de liberté tel qu'indiqué à l'article 2.1 de la décision cadre sur le MAE[1113].

1018. Par la suite, les décisions-cadres postérieures à celles du MAE n'ont pas montré d'avancement allant dans le sens d'une suppression de la double incrimination. Au contraire, on note une tendance au maintien voire à l'élargissement de la double incrimination et ce même pour la liste positive d'infractions. Elles ont innové en prévoyant une sorte de dérogation à la dérogation. La décision-cadre du 23 octobre 2009 concernant l'application de la reconnaissance mutuelle aux décisions relatives aux mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire mentionne ainsi sous l'intitulé « Double incrimination » une liste de trente-deux infractions pour lesquelles la double incrimination n'est pas appliquée. Mais elle laisse ensuite une marge de liberté aux États membres qui peuvent déclarer ne pas appliquer cette exonération du contrôle de la double incrimination. L'article 14.4 prévoit ainsi que « *Lors de l'adoption de la présente décision-cadre, les États membres peuvent faire savoir, par une déclaration notifiée au secrétariat général du Conseil, que, pour des raisons constitutionnelles, ils n'appliqueront pas le paragraphe 1 en ce qui concerne certaines ou la totalité des infractions qui y sont visées […]* »[1114].

1113 Marie-Élisabeth CARTIER, « Rapport introductif », *in Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., p. 24.

1114 V. art. 7.4 de la décision-cadre du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne. Art. 10.1 de la décision-cadre du 27 novembre 2008 relative aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution.

1019. Par ailleurs, il faut rappeler que le maintien de la double incrimination ne se limite pas aux infractions hors de la liste positive d'infractions, mais s'applique lorsque le seuil minimal de la peine encoure pour son exonération (présentée à l'article 2.2 de la décision-cadre du MAE) n'est pas atteint. Ainsi, si le MAE ou un autre instrument de reconnaissance mutuelle est présenté pour un fait de ladite liste mais qu'il est puni d'une peine de moins de trois ans dans l'État d'émission, la double incrimination peut être exigée par l'État d'exécution[1115].

1020. L'ambition européenne relative aux instruments de reconnaissance mutuelle postérieurs au MAE n'apparaît ainsi guère courageuse en ce qui concerne la suppression de la double incrimination. En effet, la double incrimination est restée la base de l'exécution du mandat d'arrêt européen malgré une dérogation pour la liste d'infractions. Pourtant, il semble que l'abolition de cette condition pour une liste exhaustive d'infractions, sans possibilité d'émettre de réserve (*cf*. le MAE), a fait l'effet d'une « *overdose* » pour les États membres qui se sont rendu compte que le législateur européen les avait conduits à adoucir leur rigueur sur l'abolition stricte de la double incrimination. Cette réticence à une suppression complète de la double incrimination n'apparait pas seulement dans son maintien en tant que condition d'exécution d'une demande reposant sur l'un des instruments européens sur la reconnaissance mutuelle, elle se manifeste également dans le fait que la double incrimination demeure un motif de refus d'exécution de cette demande.

B. La double incrimination : encore un motif de refus d'exécution

1021. Le fait de donner une marge de liberté aux États contractants dans n'importe quelle convention ou traité est une méthode paradoxalement favorable à la convergence des États. En effet, l'on incite ainsi les États à y adhérer en leur garantissant des particularités qui leur sont propres. Ce processus législatif est né de la prise de conscience des relations tendues existant entre le principe de souveraineté et les obligations internationales des États, notamment et surtout en matière pénale. Et cette liberté laissée aux États prend bien souvent la forme de motifs de non-exécution.

1115 Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 425.

1022. Il en est ainsi de la double incrimination qui a toujours été un sujet sensible et par là une question majeure dans la construction et l'évolution des instruments européens sur la reconnaissance mutuelle. C'est pourquoi elle est un motif de non-exécution de la demande de coopération judiciaire reposant sur l'un de ces instruments. L'article 4 de la décision-cadre du MAE intitulé « Motifs de non-exécution facultative du mandat d'arrêt européen » indique en son premier paragraphe que l'État d'exécution peut refuser d'exécuter le MAE « *si, dans l'un des cas visés à l'article 2, paragraphe 4, le fait qui est à la base du mandat d'arrêt européen ne constitue pas une infraction au regard du droit de l'État membre d'exécution […]* ». Ainsi, à la différence des motifs de refus d'extradition « classiques », le MAE a opté pour une solution différente, montrant dès lors la volonté européenne de faciliter la remise entre États membres en surmontant le plus possible les obstacles conditionnels[1116].

Afin de mieux comprendre ce mécanisme, l'article 4.1 du MAE doit être lu en corrélation avec l'article 2.4, tous deux en harmonie quant à la place facultative réservée à la double incrimination comme condition d'exécution de la demande lorsqu'il s'agit d'une infraction hors de la liste des trente-deux. La nature facultative de cette condition fait d'elle soit une condition d'exécution soit un motif de refus.

Mais, la place de la double incrimination dans les lois de transposition internes a visiblement affecté la nature juridique de la double incrimination en tant que motif de refus. Si la loi de transposition rend en effet obligatoire la double incrimination pour exécuter la demande pour les infractions hors de la liste, la nature de cette condition en tant que motif de refus en est logiquement affectée. Il peut alors devenir un motif obligatoire de non-exécution du MAE, et conduire à des résultats variés selon l'État membre[1117].

1023. Dans les décision-cadres ultérieures au MAE, les motifs de non-exécution ou de non-reconnaissance sont différents. Tout d'abord, ces décisions-cadres n'opèrent pas de distinguo entre les motifs obligatoires de non-exécution et ceux de nature facultative. Les

---

1116 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 557.

1117 Susie ALEGRE, « The european arrest warrant and the grounds for non-execution », *in L'intégration pénale indirecte*, op. cit., p. 139.

motifs de non-reconnaissance sont tous de nature facultative afin que l'État d'exécution puisse exercer son estimation souveraine sur la demande qui lui est adressée. Dans toutes ces décisions, la double incrimination constitue ainsi un motif facultatif de non-reconnaissance[1118], pour ce qui est des infractions hors de la liste de trente-deux d'infractions. Cependant, les décisions-cadres ayant réservé la possibilité aux États membres de déclarer ne pas déroger à la double incrimination même pour la liste des trente-deux infractions, ont mentionné, à toute fin utile, la double incrimination en tant que motif de refus même pour cette liste lorsque l'État d'exécution a fait une telle déclaration[1119].

1024. Par ailleurs, le maintien de la double incrimination au sein de certains instruments de reconnaissance mutuelle tels que le MAE s'explique par son lien étroit avec le principe de territorialité. Au nom de ce dernier, l'exécution d'un mandat d'arrêt européen peut être refusé même s'il s'agit d'une infraction de ladite liste si l'infraction a été commise entièrement ou partiellement sur le territoire de l'État membre d'exécution ou sur un lieu assimilé à son territoire[1120].

1025. Les dispositions sur le MAE permettent également de faire jouer le principe de l'utilisation spéciale de la double incrimination reconnu par les instruments classiques de l'extradition qui repose sur la reconnaissance mutuelle du titre de compétence sur lequel l'État d'émission émet son mandat d'arrêt européen ; l'article 4-7.b de la décision-cadre indique ainsi que l'autorité d'exécution peut refuser l'exécution de MAE lorsqu'il porte sur des infractions qui « *ont été commises hors du territoire de l'État membre d'émission et que le droit de l'État membre d'exécution n'autorise pas la poursuite pour les mêmes*

1118 Art.7-1.d décision-cadre de gel de bien ; Art. 8-2.b décision-cadre relative aux décisions de confiscation ; Art. 13-1.b décision-cadre de mandat d'obtention de preuves ; Art. 7-2.b décision-cadre des sanctions pécuniaires.

1119 Art. 9-1.d décision-cadre relative à la prononciation des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leurs exécution dans l'Union européenne ; Art. 15-1.d décision-cadre concernant les décision relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire ; Art. 11-1.d décision-cadre relative aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution.

1120 Art. 4-7.a décision-cadre du mandat d'arrêt européen.

…/…

infractions commises hors de son territoire ». Or ce maintien de l'utilisation spéciale de la double incrimination est un pas arrière sur le chemin de l'abandon de la double incrimination, car « *son application réintroduit nécessairement la double incrimination, puisque les critères de compétence extraterritoriale se définissent par rapport à des infractions* »[1121].

1026. Concernant le traitement des infractions en matière de taxes et impôts, les différents instruments sur la reconnaissance mutuelle ont repris la solution du MAE en élargissant le champ d'exonération de la double incrimination, mis à part la décision-cadre sur les sanctions pécuniaires. Il en résulte que l'absence de double incrimination peut demeurer un motif de refus d'exécution pour ces infractions, ainsi qu'un manque de cohérence dans les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle.

1027. On rappellera également les réticences à la remise en cause de la double incrimination dans la décision-cadre relative à l'obtention de preuves où la double incrimination est maintenue lorsque le mandat adressé à l'État d'exécution suppose une perquisition ou une saisie pour une infraction hors de la liste de trente-deux. On ne voit donc ici aucune avancée ni développement par rapport aux instruments d'entraide judiciaire classiques qui exigent la double incrimination lorsque la mesure sollicitée requiert l'usage de la contrainte.

1028. Enfin, le législateur européen a montré, via les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle les plus récents, une réticence encore plus manifeste à la suppression de la double incrimination en abandonnant la liste des catégories d'infractions sur lesquelles la double incrimination n'est pas contrôlée. La directive de 2011 relative à la décision de protection européenne[1122] prévoit en son article 10-c que la décision de protection européenne peut être refusée par l'autorité compétente de l'État d'exécution si « *la mesure de protection a trait à un acte qui ne constitue pas une infraction pénale en vertu du droit de l'État d'exécution* ». Ainsi, dans cette directive la double incrimination redevient une condition générale d'exécution ainsi qu'un motif de

---

1121 Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 427.

1122 Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne, JOUE, L 338/2, 21 décembre 2011.

refus applicable à toutes les infractions faisant l'objet d'une décision émise par l'État d'émission.

1029. Il apparait ainsi, une fois encore, que la double incrimination ne semble pas aisée à effacer, et ce même avec les meilleures intentions. L'Europe a fait preuve d'un grand manque de cohérence malgré sa volonté d'unifier les instruments d'entraide. De plus, la remise en cause de la double incrimination a été vivement critiquée d'une part du fait du recours au système de liste, d'autre part, du fait qu'il s'agisse d'infractions déjà harmonisées entre les États membres et où la double incrimination n'est plus désormais qu'une condition superflue. Cette instabilité dans le traitement de la double incrimination et les critiques qu'elle a engendrée conduit dès lors à s'interroger sur le rôle joué par l'harmonisation des lois pénales en ce domaine.

§ 2. La problématique de l'harmonisation comme obstacle à la renonciation complète de la double incrimination

1030. La création d'un espace pénal européen commun apparait comme le but ultime qui pourrait se caractériser par la proximité des systèmes juridiques et judiciaires des États membres de l'Union européenne. Ce rapprochement entre les systèmes juridiques et judiciaires est en tout cas la base minimale pour l'approfondissement de toute coopération pénale entre États membres[1123]. Cependant, un tel rapprochement est loin d'être évident comme l'a laissé entendre M. PRADEL dans un colloque où il affirmait que « *je croyais dans la naïveté première que le droit pénal substantiel était quasiment le même dans tous les pays d'Europe* »[1124], or, l'existence de divergence manifestes entre les systèmes pénaux européens, constitue autant d'obstacles à une coopération pénale européenne efficace.

1031. L'idée de la nécessité de l'harmonisation pénale a été répétée à plusieurs reprises au cours de la construction européenne, en parallèle de deux concepts dont le premier est la

---

1123 François-Xavier ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, op. cit., p. 209.

1124 Jean PRADEL, « L'Europe judiciaire de la législation : les règles communes minimum de droit pénal », *in L'espace judiciaire européen : quelles perspectives pour demain* ? Colloque organisé par l'AMUE et l'ENM, Paris, les 29 et 30 septembre 2005.

reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, et le second la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. L'harmonisation des incriminations et des peines, instaurée par l'article 31-e du TUE, a été conçue comme un moyen pour l'Union européenne d'atteindre l'objectif qui lui a été assigné par le Traité à l'article 29, celui « *d'offrir aux citoyens de l'Union un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice* ». Dans les Conclusions du Conseil de Tampere, il est également fait référence au rapprochement des législations nationales dans le cadre spécifique du mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions étrangères en prévoyant au terme de le la Conclusion n° 33 que « *Le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements et le rapprochement nécessaire des législations faciliteraient la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne* ». L'harmonisation des normes minimales a été aussi citée comme une nécessité pour faciliter l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans le programme destiné à mettre en œuvre ce principe[1125].

1032. Dans le cadre du Traité de Lisbonne, l'harmonisation des normes pénales a été confortée par l'article 82-1 du TFUE prévoyant en effet que « *La coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les domaines visés au paragraphe 2 et à l'article 83* ». Le TFUE permet ainsi l'harmonisation des normes pénales tant autonomes qu'accessoires[1126].

1033. Il faut bien admettre que la question du renoncement à la double incrimination est intimement liée à celle de l'harmonisation. Non seulement il a été admis que la reconnaissance mutuelle, même dans le cadre du marché intérieur, supposait au préalable

---

1125 Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénale, JOCE, C12/10, 15 janvier 2001.

1126 Luis ARROYO ZAPATERO et Marta MUNOZ DE MORALES ROMERO, « Droit pénal européen et Traité de Lisbonne : Le cas de l'harmonisation autonome (article 83.1 T.F.U.E.) », *in Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, 2012, p. 113 et s.

…/…

la définition de standards communs[1127], mais l'harmonisation des normes pénales ne se limite pas à améliorer et faciliter la coopération pénale européenne, elle permet de solutionner les problèmes créés par la condition de la double incrimination[1128].

Ce lien fait pourtant débat. Certains ont pu observer que les autorités britanniques avaient poussé avec enthousiasme vers l'adoption du principe de reconnaissance mutuelle comme un moyen de freiner, voire d'arrêter, les travaux d'harmonisation des législations pénales engagées depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht[1129]. Mais on a pu aussi constater qu'à la date de la première mise en œuvre concrète de la reconnaissance mutuelle avec la décision-cadre sur le MAE, les instruments d'harmonisation n'étaient pas encore suffisants au point de permettre une suppression complète de la double incrimination.

1034. Les facteurs d'origine nationale capables de freiner le processus d'européanisation du droit pénal sont multiples et ont sans doute empêché une véritable suppression de la double incrimination. Ce processus d'européanisation du droit pénal se heurte à des facteurs politico-idéologiques visant à glorifier l'idée de souveraineté étatique et aux traditions culturelles de chaque État incarnant leur l'identité nationale[1130]. Ces différences d'ordre *socioculturel* existant encore entre les États membres de l'Union européenne s'ajoutent aux différences de systèmes pénaux nationaux, qui peuvent relever de la distinction entre les systèmes de *civil law* et *de common law*[1131].

1035. Face à cette problématique de l'harmonisation les États peuvent se trouver face à deux solutions : soit refuser l'idée d'harmonisation à l'instar des Britanniques, et ce en faveur d'autres mécanismes comme la reconnaissance mutuelle, soit caractériser ce refus en

---

1127 A. MATTERA, « Le principe de reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales », *Rev. Du Marché unique européen*, 2, 1998, p. 5.

1128 Gilles DE KERCHOVE, « La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », op. cit., p. 117.

1129 Ibid. V. Michel MASSÉ, « La Décision-cadre », op. cit., p. 58.

1130 Alessandro BERNARDI, « Les principes de droit international et leur contribution à l'harmonisation des systèmes punitifs nationaux », *RSC*, 1994, p. 257.

1131 Alessandro BERNARDI, « Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélange offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p. 958.

…/…

émettant de nombreuses réserves, exceptions ou dérogations aux accords établis, créant de la sorte une harmonisation en trompe-l'œil[1132].

Tout ceci a eu des effets, en tout cas, sur l'abandon de la double incrimination qui a pris alors la forme de l'adoption d'une liste positive au lieu d'une liste négative, ou d'un abandon complet. Ce qui permet aux États de maintenir la double incrimination en tant que condition d'exécution pour les infractions hors de la liste, et comme motif de refus, ou bien de déclarer qu'ils n'excluent même pas la double incrimination pour la liste des trente-deux.

1036. Il est vrai que faute d'harmonisation substantielle des droits pénaux européens, l'abandon de la double incrimination aboutit à des situations paradoxales. En effet, un État peut alors participer à sanctionner un comportement qui ne constitue pourtant pas une infraction sur son territoire. Et vice versa, un État peut être amené à reconnaître une décision d'acquittement pour absence d'infraction rendue par l'État d'émission alors que ce fait constitue une infraction dans l'État d'exécution[1133]. C'est pour cette raison que la meilleure solution afin de surmonter l'obstacle de la double incrimination est d'harmoniser progressivement les droits pénaux des États membres[1134]. Et ce n'est qu'après avoir réalisé une harmonisation suffisante qu'il apparait réaliste de penser à la suppression entière de la double incrimination[1135].

Ainsi, l'abolition totale de la double incrimination exige préalablement un accord sur l'ensemble des valeurs protégées par les États membres. Si l'Union européenne a déjà parcouru un long chemin indiscutable vers l'harmonisation, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle n'est pas encore arrivée à l'unification tant attendue des droits pénaux. Des divergences essentielles persistent encore et rendent difficile sa réalisation.

1132 François-Xavier ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, op. cit., p. 233.

1133 Communication de la commission au conseil et au Parlement européen, reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, Bruxelles, le 26 juillet 2000, COM (2000) 495 final.

1134 Christine VAN DEN WYNGAERT, « Les transformations du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée », *RIDP*, 1999, p. 109.

1135 Anne WEYEMBERGH, L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne, op. cit., p. 160.

…/…

1037. Il en résulte que les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle ne réalisent qu'une « suppression en trompe-l'œil » de la condition de la double incrimination. Depuis l'adoption de la décision-cadre sur le MAE la liste des trente-deux infractions n'a même pas évolué, signe pour certains auteurs d'un réel manque de confiance entre les États membres européens[1136]. Le temps passant, la confiance aurait pourtant dû s'accroître et conduire à un élargissement du champ de suppression de la double incrimination.

Cette constante réticence à la suppression de la double incrimination est bien ancrée dans la pensée du législateur européen et régulièrement alimentée par la grande diversité d'opinions au sein des délégations européennes, et qui sont partagés au cours des travaux préparatoires sur l'abandon de cette condition. Toutefois cette réticence peut aussi être utilisée pour encourager les États membres à adhérer à ces instruments sur la reconnaissance mutuelle en leur donnant une marge de liberté.

Section II.

Une remise en cause de la double incrimination freinée nationalement

1038. On a vu que le législateur français avait supprimé la double incrimination pour un certain nombre d'infractions commises à l'étranger et par dérogation aux dispositions de l'article 113-6, alinéa 2 du Code pénal. Dans ces différents cas, il s'agit d'une remise en cause unilatérale qui, tout au plus, peut être incitée par un engagement international.

Il en va différemment de la suppression de la double incrimination par lois de transposition des instruments européens sur la reconnaissance mutuelle.

C'est pourquoi notre examen portera uniquement ici sur la traduction législative de la suppression de la double incrimination par les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle (§ 1), puis sur le contrôle judiciaire de cette suppression (§ 2).

1136 Laurent DESESSARD, « Discussion », *in Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, op. cit., p. 228.

§ 1. La traduction législative de la suppression de la double incrimination prévue par les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle

1039. Le législateur français a transposé au sein du Code de procédure pénale plusieurs instruments européens de coopération pénale fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle. À cette occasion, la double incrimination a subi une remise en cause remarquable dans le but d'améliorer la coopération pénale entre les États membres au sein d'un espace pénal européen commun.

On trouve ainsi dans le Code de procédure pénale des dispositions venant transposer le mandat d'arrêt européen, la directive de 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant les décisions d'enquête européenne, la décision-cadre de gel de bien ou encore la décision-cadre de 23 octobre 2009 relative aux mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire. Or par ces dispositions Le législateur national a fait preuve de méfiance à l'égard de l'Europe quant à la suppression pourtant partielle de la double incrimination, les dispositions françaises de transpositions maintiennent ainsi la double incrimination comme condition d'exécution (A) de manière peu conforme à ce que prévoient les instruments européens (B).

A. Le maintien de la double incrimination en tant que condition d'exécution

1040. Pour tous les instruments européens reposant sur le principe de la reconnaissance mutuelle, le législateur a réservé une place cardinale à la double incrimination dans ses lois de transposition. Le maintien strict de la double incrimination dans ces lois a conduit le législateur à ne pas distinguer entre la double incrimination « condition d'exécution » et la double incrimination « motif de refus », la première étant intégrée dans la deuxième.

1041. Le mandat d'arrêt européen a été l'objet de la première transposition en droit interne d'un instrument européen sur la reconnaissance mutuelle, par la loi du 9 mars 2004 dite *Perben II*. Dans le Code de procédure pénale, la double incrimination a fait l'objet de l'article 695-23 prévoyant dès son premier paragraphe que « *L'exécution d'un mandat d'arrêt européen est également refusée si le fait faisant l'objet dudit mandat d'arrêt ne*

constitue pas une infraction au regard de la loi française ». Le principe ainsi posé est que l'exécution d'un MAE repose sur la condition de la double incrimination, ce n'est ensuite que dans un second temps qu'il est précisé que « *Par dérogation au premier alinéa, un mandat d'arrêt européen est exécuté sans contrôle de la double incrimination des faits reprochés lorsque les agissements considérés sont, aux termes de la loi de l'État membre d'émission, punis d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée similaire et entrent dans l'une des catégories d'infractions prévues par l'article 694-32* ».

Par une telle formulation, le législateur français a parfaitement traduit sa méfiance à l'égard des systèmes juridiques étrangers[1137], et a même adopté une attitude très restrictive en maintenant la condition de double incrimination hors liste des trente-deux infractions, tout en l'érigeant en motif obligatoire de non-exécution de ce mandat[1138]. La décision-cadre était pourtant plus souple et n'en faisait qu'un motif facultatif pour les infractions hors liste.

Si certains États membres ont été plus fidèles au traitement européen, comme l'Espagne par exemple, la France a montré un certain nationalisme en ne coopérant pas lorsque le fait ne constitue pas une infraction selon elle[1139]. Cependant il convient de noter que la transformation de la double incrimination en motif de non-exécution obligatoire par le législateur français s'est faite dans le plus grand respect des droits des personnes[1140].

1042. Le traitement législatif français concernant le maintien de la double incrimination semble assez cohérent et harmonisé comme le montre les autres dispositions internes d'entraide judiciaire reposant sur l'un des instruments de reconnaissance mutuelle. L'article 694-31 relatif à la reconnaissance des décisions d'enquête a ainsi transposé la directive du 3 avril

---

1137 Cristina MAURO, « Réflexion à propos de la loi introduisant le mandat d'arrêt européen », *in Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., p. 203 et s.

1138 Valérie MALABAT, « Observation sur la nature du mandat d'arrêt européen », *Droit pénal*, n° 12, 2004, étude 17, p. 6.

1139 Jean PRADEL, « Le mandat d'arrêt européen un premier pas vers révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », *D.*, 2004, p. 1392.

1140 Philippe LAGAUCHE, « L'introduction du mandat d'arrêt européen dans notre droit positif », *in Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., p. 88.

2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. La double incrimination y est retenue en tant que motif de refus à deux reprises dont le premier concerne l'absence de double incrimination au regard du principe de territorialité. Le paragraphe 6 dudit article prévoit ainsi que le magistrat saisi refuse d'exécuter la décision d'enquête européenne « *si les faits motivant la décision d'enquête européenne ne constituent pas une infraction pénale selon la loi française alors qu'ils ont été commis en tout ou en partie sur le territoire national et qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'ils n'ont pas été commis sur le territoire de l'État d'émission* ». Par ailleurs, la double incrimination est aussi maintenue en tant que telle, indépendamment de tout autre élément, au paragraphe 8 de cet article qui prévoit que l'exécution de la décision d'enquête européenne doit être refusée « *si les faits motivant la décision d'enquête ne constituent pas une infraction pénale selon la loi française, sauf s'ils concernent une catégorie d'infractions mentionnée à l'article 694-32 et sanctionnée dans l'État d'émission d'une peine ou une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée d'au moins trois ans, ou sauf si la mesure demandée est l'une de celles mentionnées par l'article 694-33* ».

1043. Dans le même sens, l'article 696-100, 3°, prévoit que l'exécution est refusée si « *la mesure de protection a été prononcée sur le fondement d'un comportement qui ne constitue pas une infraction selon la loi française* ». Une règle que l'on retrouve au sein des dispositions relatives à la reconnaissance des décisions de contrôle judiciaire rendues par un État membre de l'Union européenne. L'article 696-73, 4°, précise à ce titre que l'exécution de la décision de placement sous contrôle est refusée si « *la décision est fondée sur des faits qui ne constituent pas des infractions au regard de la loi française* », à l'exception des faits de la liste des trente-deux figurant à l'article 694-32[1141].

[1141] L'ordonnance n° 2016-1636 du 1er décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne et matière pénale a aménagé quelques dispositions dans le Code de procédure pénale concernant les instruments européens de reconnaissance mutuelle y compris la liste des catégories d'infractions en supprimant la liste à l'article 695-23 et en renvoyant uniquement à l'article 694-32. Cependant, l'article 696-73 n'a pas été modifié, il renvoie toujours à l'article 695-23 pour vérifier la liste positive d'infractions alors que ledit article ne contient plus cette liste.

1044. Pour ce qui est des dispositions relatives à l'exécution des décisions de gel de bien, l'article 695-9-17 paragraphe 4 qui prévoit que l'exécution de la décision est exclue « *Si la décision de gel a été prise à des fins de confiscation ultérieure d'un bien et que les faits qui la justifient ne constituent pas une infraction permettant, selon la loi française, d'ordonner la saisie de ce bien* ». Le législateur national n'a donc pas transposé exactement le motif de refus de la décision-cadre sur le gel de bien et d'éléments de preuves qui indiquait comme toutes les autres décisions-cadres relatives à la reconnaissance mutuelle que, en dehors de la liste des trente-deux infractions, la double incrimination pouvait être maintenue. Mais ce paragraphe est quelque peu trompeur. En effet, à première vue, l'absence de double incrimination ne doit être retenue que lorsque le fait ne constitue pas une infraction « *permettant, selon la loi française, d'ordonner la saisie de ce bien* ». Ainsi on a l'impression que le refus est fondé sur l'absence de la double reconnaissance de la mesure de saisie pour une infraction particulière. Pourtant une lecture plus approfondie conduit à admettre qu'a priori si le fait ne constitue pas une infraction en France, la mesure de saisie ou de gel de bien ne pourra être exécutée.

1045. La traduction législative des dispositions européennes apparait ainsi constante. Elle fait preuve d'un certain nationalisme et de la primauté du principe de souveraineté ainsi que de celui de légalité criminelle. Des principes qui semblent encore gouverner toute demande adressée par une autorité étrangère reposant sur le principe de reconnaissance mutuelle, quitte à être peu fidèle aux textes européens.

B. L'infidélité de la transposition française

1046. Ce que l'on appelle ici l'infidélité de la France à ses engagements européens n'est pas l'apanage du législateur français. Au contraire, c'est une problématique générale se retrouvant chez nombre d'États membres dès lors que les instruments européens leur réservent une marge de manœuvre. L'absence d'éléments « d'accompagnement » dans les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle, comme des exposés de motifs ou des rapports explicatifs, est également à même d'alourdir les difficultés rencontrées par les praticiens voire le législateur national. Ces documents permettent en effet

d'éclairer l'intention des auteurs des textes, les objectifs poursuivis et l'état d'esprit[1142]. Leur absence n'est donc pas sans conséquence et peut provoquer des divergences parfois profondes entre les différentes transpositions étatiques. Pour reprendre l'exemple du MAE, il a fait l'objet de vingt-sept transpositions nationales distinctes avec autant de variantes dans les dispositions prises par les États[1143].

Concernant plus particulièrement le cas de la France, il convient de préciser cependant que le législateur français n'a pas adopté de dispositions générales applicables à tous les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle. En effet, la double incrimination a été traitée séparément lors de chaque transposition d'instrument européen.

1047. Le premier aspect de cette infidélité est général. Il s'agit de la transformation de la double incrimination de motif facultatif de refus en motif obligatoire. C'est la première marque de réticence à l'égard de la volonté européenne d'élargissement de l'espace pénal européen. Le législateur est donc venu limiter la portée du principe de reconnaissance mutuelle aux seules infractions mentionnées dans la liste des trente-deux infractions[1144]. Cette position du législateur français démontre implicitement que les divergences entre les États membres de l'Union européenne sont à un tel point que la suppression totale de la double incrimination n'est pas (encore) concevable. Plusieurs États européens ont adopté la même solution : la Belgique[1145], le Danemark[1146] et la Roumanie[1147].

1048. Le deuxième aspect de cette infidélité est technique. Il se manifeste par l'adoption de la même liste d'infractions que les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle.

1142 Anne WEYEMBERGH et Veronica SANTAMARIA, « La reconnaissance mutuelle en matière pénale en Belgique », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 63.

1143 Ibid.

1144 Cristina MAURO, « Réflexions à propos de la loi introduisant le mandat d'arrêt européen en France », op. cit., p. 210. Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n° 561, p. 342.

1145 Anne WEYEMBERGH et Veronica SANTAMARIA, ibid.

1146 Jorn VESTERGAARD et Silvia ADAMO, « Mutual recognition in criminal matters : the Danish experience », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 155.

1147 Florin STRETEANU et Diana IONESCU, « Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans l'Union européenne devant les juridictions roumaines. Présent et perspectives », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 475.

Or on peut se demander pourquoi le législateur français a recouru à ce procédé au lieu de recourir au système de renvoi ? Autrement dit, pourquoi le législateur français, au moment de l'examen judiciaire du mandat, n'oblige pas les autorités françaises à revenir à la liste d'infractions citée dans l'instrument européen en question pour déterminer si la double incrimination est exclue ?

En fait, la répétition de la même liste d'infractions dans les dispositions internes limite le principe de reconnaissance mutuelle, car elle rend difficile toute évolution dans cette liste. En reprenant à nouveau l'exemple de la décision-cadre du MAE, l'article 2-3 prévoit que :

> « *Le Conseil peut décider à tout moment, statuant à l'unanimité et après consultation du Parlement européen dans les conditions prévues à l'article 39, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, d'ajouter d'autres catégories d'infractions à la liste contenue au paragraphe 2 du présent article. Le Conseil examine, à la lumière du rapport soumis par la Commission au titre de l'article 34, paragraphe 3, s'il y a lieu d'étendre ou de modifier cette liste* ».

Il en résulte que le recours au système de renvoi peut permettre de renforcer le principe de reconnaissance mutuelle en permettant d'automatiser la suppression de la double incrimination lorsque la liste d'infractions est élargie par le mécanisme précité. Or le législateur français semble opposé à une telle solution qui constitue une sorte de délégation de pouvoirs au législateur européen.

1049. Pourtant, la répétition de la liste d'infractions dans les dispositions internes n'apparaît pas pratique. D'ailleurs, depuis l'ordonnance n° 2016-1636 du 1er décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, la liste d'infractions a été reprise en une seule fois pour toutes les dispositions excluant la double incrimination à l'article 694-32. Par cette ordonnance, des modifications ont été apportées aux autres dispositions internes relatives aux instruments de reconnaissance mutuelle ayant adopté la liste afin qu'il ne soit pas nécessaire de répéter cette liste à l'occasion de chaque disposition. Il en est ainsi de l'article 695-23 concernant les cas de refus d'exécution du MAE qui contenait ladite liste et qui a été modifié en ce sens, renvoyant dorénavant à l'article 694-32 pour tout examen des infractions pour lesquelles la double incrimination a été supprimée.

Par conséquent, si le Conseil européen élargissait la liste d'infractions uniquement pour ce qui est du MAE cela poserait un problème au législateur français qui devra alors modifier la liste.

1050. Le système de liste d'infractions est en tant que tel en système compliqué, non seulement de par son contenu mais aussi son existence. La liste d'infractions dans les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle revêt deux caractères principaux : non seulement elle a pour objet de renforcer la coopération pénale européenne en se fondant sur le principe de reconnaissance mutuelle, mais elle a pour but de faire que chaque similitude entre les listes n'en fasse pas pour une autant une liste unifiée. Au contraire, chaque instrument européen possède sa particularité dont fait partie la liste d'infractions. Unifier ces listes en droit interne ne peut dès lors que compliquer son développement ultérieur et accentuer la méfiance mutuelle entre les États membres.

Mais la confiance est-il davantage au rendez-vous au stade de l'exécution de ces instruments ?

§ 2. Le contrôle judiciaire de la suppression de la double incrimination prévue par les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle

1051. Les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle, voire le principe même de reconnaissance mutuelle, représente une innovation juridique. Cette dernière a conduit à une judiciarisation de toutes les phases de l'exécution de ces instruments dans le but d'améliorer et de faciliter la coopération pénale entre les États membres de l'Union européenne.

La suppression de la double incrimination est l'une des nouveautés apportées par lesdits instruments, bien qu'ayant fait l'objet d'un traitement instable tant au niveau strictement européen, qu'au niveau du droit interne via les transpositions. Une suppression mise en application par les juridictions françaises qui ont confirmé l'absence de contrôle judiciaire de la double incrimination lorsque cette condition est écartée (A), tout en admettant la possibilité d'un contrôle exceptionnel de cette condition (B).

A. L'absence de contrôle judiciaire de la double incrimination confirmée

1052. La consécration du principe de reconnaissance mutuelle par le Conseil européen de Tampere a constitué un vrai bouleversement en droit pénal international en remettant en cause la notion cardinale de la souveraineté nationale concernant l'application des décisions pénales étrangères sur le territoire national. Or, ce bouleversement est fortement lié à la création d'un espace judiciaire pénal européen dans lequel le principe de reconnaissance mutuelle a des effets juridiques[1148].

Un tel bouleversement implique une remise en cause radicale des modes de raisonnement traditionnels[1149]. Lorsque l'idée du principe de reconnaissance mutuelle consiste en la libre circulation des décisions judiciaires entres les États membres, on aboutit à une application inconditionnelle de ces décisions par les juridictions, peu en adéquation avec les modes de raisonnement traditionnels.

1053. Or, les juridictions françaises vont en ce sens. Dans une affaire, un juge polonais avait émis un mandat d'arrêt européen à destination de la France afin d'exercer des poursuites pénales pour fraude. En l'espèce, la personne en question était poursuivie pour s'être fait remettre et avoir tenté de se faire remettre de l'argent par des malades ou leurs proches en faisant croire que ce produit était susceptible de guérir le cancer et prolonger leur vie. Selon la qualification de l'autorité judiciaire polonaise les actes commis constituaient une fraude punie par l'article 286 du Code pénal polonais. La Chambre d'instruction, pour refuser l'exécution, s'était fondée sur deux motifs : le premier étant que l'article 286 du Code pénal polonais était inapplicable aux faits car il ne mentionne pas l'existence d'une opération préalable à la remise des fonds, le second étant que les actes en question n'étaient pas susceptibles de recevoir la qualification d'escroquerie en droit français[1150].

1148 Jean PRADEL, « Le mandat d'arrêt européen un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », op. cit. p. 1392.

1149 David CHILSTEN, « Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale », *in Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, op. cit., p. 217.

1150 Cass. crim., 21 nov. 2007, n° 07-87.540, F P+F+I, Procureur général près la Cour d'appel de Bourges : JurisData n° 2007-051896.

…/…

Dans cette affaire, il apparaît clairement que la Chambre d'instruction avait conservé une approche traditionnelle en recourant aux principes de légalité et de souveraineté[1151]. Cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré la décision de la Chambre d'instruction en précisant que lorsque les faits qui font l'objet d'un mandat d'arrêt européen ont été qualifiés sous l'une des catégories d'infractions énumérées dans la liste des trente-deux catégories d'infractions, « *il n'appartient pas à la chambre de l'instruction, sauf inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue, d'apprécier le bien-fondé de la qualification donnée par l'autorité judiciaire de l'État d'émission* ». La Chambre criminelle a ainsi assuré une application conforme au texte de l'article 695-23, en affirmant qu'il appartient à la seule autorité de l'État d'émission de qualifier l'acte en cause et de déterminer s'il s'inscrit dans la liste des catégories d'infractions ou non. Une solution expressément prévue par le législateur à l'article 695-23 : lorsque le fait s'inscrit dans l'une des catégories d'infractions, il est indifférent que d'autres circonstances soient visées dans le mandat d'arrêt européen[1152].

1054. Le contrôle de la double incrimination est également écarté lorsque le fait entre dans l'une des catégories d'infractions et qu'il est puni d'au moins trois ans de privation de liberté, comme l'a rappelé la Cour de cassation en cassant la décision d'une Chambre de l'instruction qui avait retenu, pour refuser la remise, que la peine d'un an à 3 ans d'emprisonnement réprimant en droit espagnol le trafic illicite de haschich n'entrait pas dans les prévisions de l'article 695-23[1153]. La condition de peine encourue se trouve en effet remplie même lorsque la peine encourue dans l'État d'émission est au maximum de trois ans d'emprisonnement.

1055. Le fait que la qualification des actes commis appartienne à l'État d'émission peut pourtant susciter quelques doutes quant à la source étrangère d'incrimination. Au sein de systèmes juridiques très différents comme par exemple ceux dépendant de la *Common Law*, l'incrimination des faits par le droit étranger ne procède pas nécessairement de la loi au

---

1151 Albert MARON, « Remise non contrôlée », *Droit pénal* n° 2, février 2008, comm. 26.

1152 Cass. crim., 25 juin 2013, n° 13-84.149 : JurisData n° 2013-013799.

1153 Cass. crim. 26 avril 2006, n° 06-82.164 : JurisData n° 2006-033588.

…/…

sens strict[1154]. La Chambre criminelle a cependant affirmé pour sa part que la *Common Law* constituait une source de droit répondant aux exigences de prévisibilité et d'accessibilité de la loi d'incrimination et des peines[1155].

1056. L'hypothèse d'un mandat d'arrêt européen émis pour plusieurs infractions dont certaines seulement sont visées par la liste des catégories d'infractions peut par ailleurs s'avérer problématique. La Chambre criminelle a donc posé comme principe que « *La remise d'une personne recherchée en vertu d'un mandat d'arrêt européen peut être accordée lorsque la condamnation à une peine unique a été prononcée pour l'une au moins des infractions répondant aux conditions prévues par les articles 695-12 et 695-23 du Code de procédure pénale et qu'elle n'excède pas le maximum de la peine encourue pour les infractions pouvant donner lieu à la remise* ». On peut voir ici que la double incrimination n'a pas été évoquée explicitement mais cette interprétation et son application mettent bien en cause la double incrimination. Le pourvoi reprochait à la Chambre d'instruction d'avoir accordé la remise pour l'exécution d'une peine résultant de plusieurs condamnations prononcées alors que l'exécution du MAE doit être refusée si les faits ne constituaient pas une infraction au regard de la loi française. Or la chambre criminelle avait adopté une interprétation plus coopérative en décidant que lorsque le MAE visait plusieurs qualifications dont certaines figuraient dans la liste, le mandat d'arrêt pouvait être exécuté sans avoir à contrôler la condition de double incrimination (à condition que la peine prononcée et qui doit être exécutée n'excède pas le maximum prévu pour les infractions figurant dans la liste de catégories d'infractions[1156]).

1057. Au vu de ces multiples décisions rendues par la Chambre criminelle, on constate que les juridictions françaises ont adopté, de manière générale et par principe, une position favorable à l'absence de tout contrôle de la double incrimination, lorsqu'il s'agit d'une infraction figurant dans la liste des trente-deux catégories d'infractions. Une position favorable qui n'est toutefois pas sans exception.

1154 Marie-Anne CHAPELLE et Jean-Yves MARÉCHAL, Entraide judiciaire nationale – Mandat d'arrêt européen, *J-Cl. Pr. Pén.*, art. 695-11 à 695-51, Fasc. 20, 2017, n° 31.

1155 Cass. crim., 27 juillet 2016, n° 16-84.592 : JurisData n° 2016-015043.

1156 Valérie MALABAT, « Absence de contrôle de la double incrimination des faits : étendue du pouvoir d'appréciation de la chambre de l'instruction », *JCP*, n° 23, 2008, II 10108.

B. L'existence d'un contrôle judiciaire exceptionnel de la double incrimination consacrée

1058. La suppression de la double incrimination pour la liste exhaustive des trente-deux catégories d'infractions n'est pas sans poser de difficultés. Certaines difficultés majeures découlent de la nature des infractions, qui parfois ne sont pas des infractions proprement dites mais plutôt des catégories d'infractions dont certaines sont assez imprécises et ne correspondent pas nécessairement à des qualifications unifiées en droit interne. Citons par exemple la cybercriminalité et l'homicide volontaire[1157].

1059. Or l'existence de catégories d'infractions soulève la question de l'appréciation de la qualification des faits exercée par l'État d'émission. Celle-ci est prévue explicitement dans les instruments européens de reconnaissance mutuelle et à l'article 695-23 du Code de procédure pénale. Le Professeur PRADEL a admis que l'appréciation de la qualification des faits appartenait uniquement à l'État d'émission puisque « *Les juges de l'État d'exécution n'ont pas ce pouvoir. C'est la régularité formelle du mandat qu'ils apprécient* »[1158]. À contrario, une autre partie de la doctrine a considéré que lorsque la liste contenait des catégories d'infractions et non des infractions proprement dites, cela ne signifiait pas que le contrôle de la double incrimination était totalement absent mais qu'il appartenait à l'État d'exécution de vérifier que le fait faisant l'objet du MAE ou de la décision judiciaire rendue par l'État d'émission, était l'un de ceux figurant dans la liste. Cet examen doit être exercé selon eux par l'État d'exécution et doit être fondé sur l'exposé des faits, contenu dans le formulaire constituant la décision judiciaire[1159].

1060. Sur cette problématique, il nous semble évident que la Chambre criminelle est plus favorable à la deuxième opinion dès lors qu'elle affirme qu'il « *n'appartient pas à la chambre de l'instruction,* ***sauf inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue****, d'apprécier le bien-fondé de la qualification donnée par l'autorité judiciaire de l'État d'émission* ». Par là même, elle a contourné la dispense de contrôle de la double

---

1157 Pascal LEMOINE, « La coopération judiciaire entre États, l'exemple de l'extradition et du mandat d'arrêt européen à travers la jurisprudence de la Chambre criminelle », *RSC*, 2009, p. 306.

1158 Jean PRADEL, Introduction, *in Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., p. 98.

1159 Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 425.

incrimination en créant une limite : « l'inadéquation manifeste ». Cette dernière n'existe pourtant ni dans les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle ni dans la loi de transposition interne. Cette innovation jurisprudentielle qui est un rempart contre l'utilisation abusive du mandat d'arrêt européen ou d'autres instruments de reconnaissance mutuelle par certains nouveaux États membres, constitue ainsi une nuance supplémentaire apportée à la suppression de la double incrimination[1160].

1061. De manière générale, tant au niveau européen qu'au niveau national la suppression totale de la double incrimination a été reçue avec scepticisme, même pour la liste des trente-deux catégories d'infractions où la double incrimination doit être exclue. Or cette réticence semble avoir gagné la Chambre criminelle devenue méfiante à son tour[1161]. Cela ne fait que nous conforter dans notre opinion selon laquelle la suppression de la double incrimination n'est pas liée en tant que telle à la confiance mutuelle, mais que cette confiance dépend de l'utilisation neutre et de la bonne qualification des faits lorsqu'un État membre émet une décision judiciaire qui doit être exécutée dans un autre État membre.

C'est pourquoi la Chambre criminelle a maintenu une sorte de contrôle de la double incrimination. Il ne s'agit pas cependant d'un contrôle de la double incrimination au sens strict, mais d'un contrôle reposant sur la bonne qualification des faits par l'État d'émission, comme une sorte de « *contrôle des abus de qualification par l'État d'émission* »[1162]. La distinction entre le contrôle au sens strict de la double incrimination et le contrôle de la bonne qualification des faits par l'État d'émission est relativement fine. En effet, le travail du juge « *n'est [...] pas si différent que dans le contrôle de la double incrimination elle-même, seule la portée en est ici différente* »[1163]. Mais cette position de la Chambre criminelle pourrait aussi être lue à la lumière de l'avis du Conseil

---

1160 Pascal LEMOINE, *La coopération judiciaire entre États*, op. cit., p. 308.

1161 Valérie MALABAT, « Absence de contrôle de la double incrimination des faits : étendue du pouvoir d'appréciation de la chambre criminelle », op. cit.

1162 Daniel FLORE, « L'accueil de la Décision-cadre en Belgique », *in Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., p. 131.

1163 Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 425.

…/…

d'État sur la constitutionalité de la suppression de la double incrimination affirmant que cette suppression ne pose pas de difficulté d'ordre constitutionnel dès lors que l'État d'exécution peut s'assurer que l'infraction visée par le MAE est punissable en vertu de la législation de l'État d'émission[1164].

1062. Cette limite apportée par la Chambre criminelle à l'exclusion de la double incrimination repose sur « l'inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue ». Encore faut-il savoir quoi entendre par « inadéquation manifeste » ? Selon nous, l'expression doit être comprise à la lumière de l'esprit de la reconnaissance mutuelle, en lui donnant une interprétation stricte afin de ne pas freiner la coopération pénale entre les États membres et ne pas vider de son sens la suppression de la double incrimination. Ladite expression peut ainsi être entendue comme « *désignant les hypothèses où la qualification retenue ne correspond pas de manière flagrante, évidente, aux faits décrits dans la mesure […] le mot "manifeste" sembl[ant] renvoyer à quelque chose de perceptible immédiatement, sans investigation particulière* »[1165]. À la lumière de cette solution, la Cour de cassation dans l'affaire « *Aurore Martin* » a souligné que « *la qualification de participation à une organisation terroriste, retenue dans le mandat d'arrêt européen, ne saurait être considérée comme en inadéquation manifeste avec la nature des faits reprochés en raison des lien existants, selon l'autorité requérant, entre le parti Batasuna et l'ETA* »[1166].

Ainsi, nous pouvons affirmer que l'exclusion de tout contrôle de la double incrimination pour les trente-deux catégories d'infractions n'est pas absolue et a subi de nombreuses atténuations, fortement liées à la confiance mutuelle insuffisante entre les États membres de l'Union européenne.

1063. Or, même si le problème réside dans un manque de confiance, force est de constater que l'adoption d'une liste de catégories d'infractions joue aussi un rôle. Il reste

---

1164 CE, Avis 26 septembre 2002, n° 368-282.

1165 Valérie MALABAT, « Absence de contrôle de la double incrimination des faits : étendue du pouvoir d'appréciation de la Chambre de l'instruction », op. cit.

1166 Cass. crim., 15 décembre 2010, n° de pourvoi : 10-88204. V. Kintxo FREISS, Les incertitudes relatives au mandat d'arrêt européen à la lumière de l'affaire *Aurore MARTIN*, op. cit.

…/…

compréhensible de se méfier de catégories qui visent des infractions de façon générique et recouvrant des champs trop vastes de criminalité[1167]. Ainsi, le contrôle judiciaire par l'État d'exécution s'avère nécessaire pour vérifier si les faits faisant l'objet de la décision judiciaire rendue par l'État d'émission et décrits dans le formulaire de la décision correspondent bien à la catégorie de comportement indiquée. La suppression de tout contrôle de la double incrimination peut s'avérer parfois problématique comme pour les crimes contre l'environnement et la cybercriminalité par exemple. À cela il faut ajouter certaines divergences assez nettes entre les États membres. Par exemple la simple soustraction d'enfants à l'autorité parentale peut constituer un « rapt parental » en Belgique et être un cas d'enlèvement inclus dans la liste positive d'infractions, et constituer le délit de non-représentation d'enfant en France non prévu dans cette liste[1168].

1064. L'existence de catégories d'infractions trop floues par rapport aux infractions du droit français donne implicitement aux juridictions nationales une marge d'appréciation du principe de reconnaissance mutuelle. Il est alors possible de faciliter ou, au contraire, de faire obstacle à la mise en œuvre de ce principe[1169]. C'est pour cette raison que certaines juridictions européennes refusent de vérifier le bien-fondé de la décision judiciaire émise par l'État d'émission ou ne serait-ce que d'apporter des limites ou des réserves à son exécution en affirmant que tel examen signifie un contrôle de la double incrimination via 'the backdoor'[1170].

1065. Quoi qu'il en soit, les définitions trop larges des catégories d'infractions placent les praticiens et les juridictions d'exécution dans une position délicate lorsqu'il s'agit d'exécuter une décision insuffisamment précise. D'où l'importance, comme cela a été dit précédemment, de joindre à la décision judiciaire un exposé des faits et/ ou une

---

1167 Daniel FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 425.

1168 Anne WEYEMBERGH et Veronica SANTAMARIA, « La reconnaissance mutuelle en matière pénale en Belgique », op. cit., p. 71.

1169 Cristina MAURO, « Réflexion à propos de la loi introduisant le mandat d'arrêt européen en France », op. cit., p. 210.

1170 Thomas WAHL, « The perception of the principle of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters in Germany », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 126.

…/…

description des motifs. L'État d'exécution devrait pourtant toujours garder à l'esprit la reconnaissance mutuelle lorsqu'il lui est demandé d'exécuter une décision rendue pour l'une des infractions de la liste exhaustive d'infractions. Reconnaissance mutuelle signifie en effet : reconnaître et exécuter de façon automatique une décision judiciaire étrangère[1171].

1066. Comme l'a souligné M. MASSÉ, le recours à la liste positive d'infractions constitue une régression[1172]. Il a freiné la volonté européenne de supprimer la double incrimination en laissant un espace de liberté aux législateurs et juridictions nationaux dans leur propre appréciation normative. Si la Chambre criminelle a été fidèle à la mise à l'écart de cette condition pour les infractions de la liste, elle n'a pourtant pas hésité à lui réserver une zone de flexibilité en montrant une sorte de nationalisme et une méfiance certaine à l'égard de certains États membres de l'Union européenne. Le principe de reconnaissance mutuelle devrait recevoir une application automatique par l'État d'exécution et en particulier en ce qui concerne la suppression de la double incrimination. Mais, le recours à une liste de catégories d'infractions ou à des infractions génériques a compliqué cette exécution et par conséquent affaiblit la portée de cette suppression. L'affirmation jurisprudentielle sur le refus d'exécution en présence d'une inadéquation manifeste pouvant aboutir, qui plus est, à des solutions différentes selon le juge saisi.

1171 Stefan BRAUM, « Les apports de la reconnaissance mutuelle à la coopération judiciaire pénale et ses déficits. Bilan de l'expérience luxembourgeoise », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 366.

1172 Michel MASSÉ, « La Décision-cadre », *in Le mandat d'arrêt européen*, op. cit., p. 59.

Conclusion du Titre II

1067. L'application de la double incrimination en droit pénal international est ainsi remise en cause.

Il n'est pas possible cependant d'avoir une conclusion unifiée sur cette remise en cause, la suppression de la double incrimination devant être envisagée sous deux angles distincts sans relation entre eux. Le premier aspect concerne l'amélioration de la coopération pénale européenne au sein d'un espace pénal européen reposant sur le principe de la reconnaissance mutuelle, véritable pierre angulaire de la coopération pénale entre les États membres de l'Union européenne. Le deuxième aspect concerne l'extension de la compétence extraterritoriale française en matière délictuelle.

1068. La suppression de la double incrimination dans le domaine des compétences extraterritoriales reflète ainsi une politique criminelle cohérente dans son ensemble puisqu'elle exclut ladite condition pour certaines infractions qui ne peuvent décemment plus être soumise à la double incrimination, que ce soit pour des motivations proprement internes ou suite à des engagements internationaux relatifs à des infractions spécifiques. En revanche, la suppression de la double incrimination au sein des instruments européens sur la reconnaissance mutuelle ne révèle pas une vision de politique criminelle aussi claire. Une volonté courageuse a été affirmée par les Conclusions du Conseil de Tampere lorsque ce dernier a fait de la reconnaissance mutuelle la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale. Malheureusement la mise en œuvre de cette volonté n'a pas été à la hauteur, en particulier concernant la suppression de la double incrimination. En effet, les travaux préparatoires du MAE ont montré de multiples divergences entre les États membres sur les modalités de sa suppression, optant d'abord pour une suppression complète, puis pour une liste négative, et finalement pour une liste positive d'infractions.

Conclusion de la deuxième partie

1069. Dans la pratique, l'application de la condition de double incrimination par le juge ou l'autorité compétente est loin d'être aussi simple que le laisse entendre sa formulation. Sa mise en œuvre peut ainsi exiger un examen juridique assez approfondi du droit interne et du droit étranger allant bien au-delà de « la simple consultation ». Un examen qui pourrait d'ailleurs s'étendre à des lois non répressives afin de pouvoir appliquer pleinement la condition de la double incrimination.

1070. Par ailleurs, il convient d'admettre que l'application de la condition de la double incrimination est liée à la politique criminelle de chaque État, à sa position envers les Droits de l'Homme et à l'égard de la coopération pénale internationale. L'application de cette condition peut en effet varier selon que la politique criminelle d'un État soit rigoureuse ou indulgente. Les États qui ont tendance à lutter contre la criminalité au maximum en offrant la coopération pénale internationale la plus large possible, font ainsi une application plus souple de la condition de double incrimination.

1071. Cette diversité d'application, qui s'ajoute à sa complexité substantielle, explique que la double incrimination soit de plus en plus considérée comme un obstacle à la lutte contre la criminalité ; un obstacle tel qu'elle a conduit certains États à vouloir l'abandonner. Au niveau européen, cet abandon a toutefois été limité aux infractions les plus graves et apparait, au final, plus théorique que pratique. Dans la pratique, la mise en œuvre de cet abandon s'est en effet heurtée à une grande réticence de la part des États européens, aboutissant à des lois de transpositions des instruments européens limitant de plus en plus cet abandon.

Ainsi les difficultés soulevées par l'application de la condition de la double incrimination n'ont pas permis de diminuer l'importance de cette condition, ni de renoncer complètement à cette condition, au moins en matière de coopération pénale internationale. Les divergences substantielles entre les lois pénales des États demeurent parfois profondes et une réelle méfiance entre les États, même européens, perdure. Ce qui

rend assez utopique une remise en cause absolue de la condition de la double incrimination en droit pénal international.

Conclusion générale

1072. Dans la présente thèse, l'étude de la double incrimination montre que cette condition, souvent qualifiée de « classique » en droit pénal international, est loin d'être aussi simple à appréhender que le laisse entendre sa formulation.

1073. La condition de la double incrimination est susceptible de s'appliquer dans deux domaines, celui de la coopération pénale internationale et celui des compétences extraterritoriales. Ce qui contribue, déjà, à rendre complexe son appréhension. Dans ces deux domaines, qui plus est, de nombreux instruments peuvent s'appliquer et donc formuler différemment cette condition. Lorsqu'elle résulte d'instruments internationaux, la double incrimination peut ainsi varier dans sa formulation selon que ces instruments sont bilatéraux ou multilatéraux, ont une dimension européenne ou ont vocation à être universels, ou encore sont dédiés à la coopération pénale internationale ou visent à lutter contre certaines infractions internationales. Et il en est de même lorsque cette condition figure dans des normes internes, lesquelles peuvent opter pour des formulations variables selon qu'elles ont pour objet d'établir une compétence extraterritoriale ou on pour finalité l'entraide judiciaire internationale.

1074. Par ailleurs, l'existence de cette condition est tributaire de plusieurs principes. Les principes de souveraineté, de respect de l'ordre public et de légalité sont autant de principes qui vont participer à rendre complexe cette condition ; laquelle sera également à mettre en lien avec l'insuffisance de l'harmonisation pénale et la méfiance des États les uns envers les autres.

1075. Enfin, la complexité de la double incrimination se manifeste aussi au moment de son application par l'autorité compétente. Il en est ainsi en particulier lorsqu'il est nécessaire de consulter plusieurs lois aussi bien répressives que non répressives pour déterminer son existence. Il en est ainsi également lorsque plusieurs autorités s'avèrent compétentes pour apprécier cette condition, comme le Conseil d'État et le juge pénal, par exemple, en matière d'extradition.

1076. Au regard de tous ces éléments, on peut d'ailleurs comprendre que la condition de la double incrimination ne fasse pas l'objet d'un traitement constant de la part des États, qui bien souvent, hésitent entre la volonté de lutter contre la criminalité internationale et la

volonté de protéger les droits individuels. Mais on peut raisonnablement penser, au final, que ce traitement différencié de la double incrimination, ajouté à la complexité de son application, favorise le développement de la criminalité internationale.

1077. Certains États l'ont bien compris et ont eu tendance à vouloir remettre en cause la condition de la double incrimination pour lutter plus efficacement contre la criminalité transfrontalière. Il en est ainsi de la France via la création de compétences extraterritoriales spéciales en matière délictuelle. Il en est ainsi aussi des États membres de l'Union européenne via la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales. L'Union européenne a été très ambitieuse sur ce point en supprimant cette condition pour une liste positive d'infractions dans le cadre du mandat d'arrêt européen, première concrétisation par l'Union européenne du principe de la reconnaissance mutuelle.

1078. La remise en cause de la double incrimination par l'Union européenne apparait toutefois moins poussée dans ses instruments les plus récents sur la reconnaissance mutuelle, l'Union européenne retirant ladite liste positive d'infractions de certains instruments ou donnant aux États la possibilité d'émettre une réserve sur la suppression de la double incrimination.

Quant à la remise en cause de la double incrimination par le droit français, elle présente un double visage, penchant d'un côté pour la suppression de cette condition dans les cas d'extension des compétences extraterritoriales, et de l'autre, par, paradoxalement, une certaine réticence à cette suppression dans les cas où une autre souveraineté entre en scène. Ce que l'on pourrait qualifier alors d'égoïsme juridique aboutit à des prises de position mouvantes de la part de la France, comme de tous les autres pays européens. Des prises de position qui ne pourront être dépassées que si ces États font des efforts pour renforcer la confiance mutuelle, condition *sine qua non* à la suppression complète de la double incrimination au sein de l'espace européen et partant au renforcement de la lutte contre la criminalité transfrontalière.

En l'état, un tel objectif semble encore lointain et la double incrimination demeure une condition cardinale en droit pénal international. Près d'un demi-siècle après le Xe Congrès de l'Association International de Droit Pénal sur la condition de la double incrimination,

il semble que cette condition soit toujours une soupape de sécurité pour la liberté individuelle et l'État de droit.

Annexe.

Tableau : double incrimination et coopération judiciaire

Annexe.

Tableau : double incrimination
et coopération judiciaire

Domaine	**Conventions internationales**		**Conventions européennes**	
	Extradition	*Entraide judiciaire*	*Extradition*	*Entraide judiciaire*
Terrorisme	Conv. de La Haye de 1970 art. 8 : « l'infraction est de plein droit comprise comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre Etats contractants… »	Conv. de La Haye de 1970 art. 10 : « les États contractant s'accordent l'entraide judiciaire le plus large possible dans toute procédure pénale relative à l'infraction et aux autres actes visés à l'article 4 ».	Conv. pour la prévention du terrorisme 2005 art. 19-2 « L'extradition est subordonnée aux autre conditions prévues par la législation de la partie requise ».	Conv. relative au financement du terrorisme de 2005 art. 28-1-g « la coopération peut être refusé dans le cas où : l'infraction… ne serait pas une infraction au regard du droit de la partie requise ».
Stupéfiant	Conv. de 1988, art. 6-2 : « Chacune des infractions auxquelles s'applique le présent article est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition »	Conv. de 1988 art. 7 : « les parties s'accordent mutuellement …, l'entraide judiciaire…, concernant les infractions établies conformément au paragraphe 1 de l'article 3 ».		
Criminalité organisée	Conv. contre la criminalité transnationale organisée art. 16 « le présent article s'applique… à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'État partie requérant et de l'État partie requis ».	Conv. contre la criminalité transnationale organisée art. 18-9 « Les Etats parties peuvent invoquer l'absence de la double incrimination pour refuser de donner suite à une demande d'entraide judiciaire prévue au présent article ».		

Domaine	**Conventions internationales**		**Conventions européennes**	
	Extradition	*Entraide judiciaire*	*Extradition*	*Entraide judiciaire*
Corruption	Conv. Internationale contre la corruption art. 44 « le présent article s'applique… à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'Etat partie requérant et de l'Etat partie requis ».	Art. 46-9-b « Les Etats parties peuvent invoquer l'absence de double incrimination pour refuser de fournir une aide en application du présente article ».	Convention pénale sur la corruption de 1999 art. 27-1 « Les infractions… sont considérées comme incluses dans tout traité d'extradition ». « L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la partie requise ou par les traites d'extradition applicables »	Art. 26-2 « L'entraide… peut être refusée si la partie requise considère que le fait d'accéder à la demande serait de nature à porter atteinte à ses intérêts fondamentaux ».
Cyber criminalité			Conv. sur la cybercriminalité art. 24 « le présent article s'applique à l'extradition entre les parties pour les infractions pénales… à condition qu'elles soient punissable dans la législation des deux parties	Art. 25-5 « La partie requise est autorisée à subordonner l'entraide à l'existence d'une double incrimination »

Index

Les numéros renvoient aux paragraphes

— A —

Abandon de famille : 730.

Abus de confiance : 695.

Abus sexuelle (enfants) : 580 et s.

Affaires :

— Abou Daoud : 84 et s.

— Aurore Martin : 929, 1062.

— Lotus : 5, 51, 585,

— Pinochet : 44

Agent public : 545, 691.

Amnistie : 102, 138, 808 et s.

Association de malfaiteurs : 726.

— B —

Bigamie : 687, 688, 699.

Blanchiment d'argent : 535 et s., 704 et s., 725.

— C —

Cause d'irresponsabilité pénale : 765 et s.

Chambre d'instruction : 843 et s.

Commission rogatoire : 183 et s.

Compétence : 454 et s., 585 et s.

— Personnelle active : 23, 570 et s., 594 et s.

— Personnelle militaire : 966 et s., 994.

— Personnelle passive : 570 et s., 600 et s., 985 et s.

— Compétence réelle : 606 et s.

— Compétence territoriale : 4.

— Compétence universelle : 610 et s., 617.

Compétences particulières : 613 et s.

Complicité : 73, 161, 588, 738 et s.

Condition : 40 et s.

— Préalable : 375 et s., 680 et s., 701 et s.

Confiscation : 208, 237, 274, 343 et s.

Conseil européen :

— Cardiff : 142.

— Tampere : 142, 920, 1031.

Contrôle judiciaire : 825 et s., 1051 et s.

— Juridiction pénale : 827 et s.

— Conseil d'État : 849 et s.

Conventions bilatérales : 26, 72, 112.

Conventions multilatérales :

— Europe :

Convention d'application de l'Accord Schengen : 45, 132 et s., 193 et s., 893, 910, 911.

Convention d'entraide judiciaire en matière pénale : 26, 179 et s., 905 et s., 946.

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : 35.

— Nations Unies : 214 et s., 476 et s.

Coopération pénale internationale : 22, 44, 53.

Corruption : 310 et s. 370 et s., 515 et s., 541 et s.

Cour européenne des droits de l'Homme : 426.

Cour Internationale de Justice : 38, 585.

Cour pénale internationale : 62, 619 et s., 759.

Criminalité organisée : 276 et s., 501 et s. 568 et s.

Cybercriminalité : 390 et s. 553 et s.

— D —

Décision d'enquête européenne : 1042.

Décision de gel de bien et d'élément de preuve : voir Gel de bien.

Droit international pénal : 7.

Droit international public : 10, 19, 468 et s.

Droit pénal européen : 11.

Droit pénal international : 2, 8 et s.

— E —

Entraide judiciaire :

— Normes internationales : 178 et s., 905 et s.

— Normes internes : 205 et s.

Espace de liberté, de sécurité et de justice : 141, 919 et s.

Extradition : 15, 22, 60 et s., 122, 155 et s.

— Accessoire : 90 et s., 115, 124.

— Convention de 1996 : 134 et s., 806, 895 et s.

— Convention européenne d'extradition : 123 et s.

— Loi de 1927 : 89, 155, 843, 844.

— Traité type d'extradition : 108 et s.

— F —

Fait principal : 715 et s.

Faux : 692.

— G —

Gel de bien : 196, 198 et s., 1044.

Grâce : 815.

— H —

Harmonisation (européenne) : 1031 et s.

— I —

Infractions :

— Bioéthiques : 969 et s.

— Complexes : 78, 724, 802, 812.

— Continuée : 732 et s.

— D'omission : 728.

— De la défense nationale : 977 et s.

— Fiscales : 137, 148, 186, 933.

— Militaires : 966 et s.

Interprétation (de la double incrimination) : 75, 76, 322, 403, 643.

— L —

Liste d'infractions : 68 et s., 125, 938, 1012, 1049.

— M —

Mandat d'arrêt européen : 62, 140 et s., 836 et s., 902, 926 et s.

— Motifs de non-exécution : 148, 172, 933, 942, 1021 et s.

— Conditions d'applications : 1011 et s.

— Transposition française : 166 et s.

Mandat européen d'obtention de preuves : 199 et s., 946, 948.

Mercenaire : 980 et s.

Mesures de sûreté : 111, 123,135, 721.

Mineurs : 516, 996 et s.

— N —

Non représentation d'enfant : 729.

— P —

Peine :

— Gravité : 11.

— Minimale : 71, 72.

Perquisition : 184 et s., 912.

Personne morale : 781 et s., 915.

Prescription : 99 et s., 128, 346, 791 et s.

— Compétences extraterritoriales : 794 et s.

— Coopération internationale : 366.

— Extradition : 143, 167, 803 et s.

— Mandat d'arrêt européen : 149.

Preuves : 817 et s.

Principe de légalité : 31, 32 et s., 930.

Principe de spécialité : 93 et s. 117, 151.

— Q —

Qualification des faits : 75, 86.

— R —

Recel : 709 et s., 724.

Reconnaissance mutuelle :

— Des compétences : voir utilisation spéciale.

— Des décisions judiciaires : 142, 196, 920 et s., 935 et s.

Requalification des faits : voir Principe de spécialité.

Réciprocité : 19, 27, 58

RICO : 77 et s., 513, 708.

— S —

Sanctions :

— Administratives : 655 et s.

— Pécuniaires : 945, 947.

Souveraineté : 3.

Stupéfiants (trafic de) : 257 et s., 495 et s.

— T —

Tentative : 73, 161, 736.

Terrorisme : 219, 240 et s., 335 et s., 478 et s., 521 et s., 960 et s.

Traite des êtres humains : 425, 572, 1001 et s.

Traité :

— De Maastricht : 141, 918.

— Sur l'Union européenne : 11, 45.

— D'Amsterdam : 11, 45, 918.

— De Lisbonne : 11, 45, 1032.

Transit :

— Extradition : 103 et s., 118.

— Mandat d'arrêt européen : 150.

Tribunaux pénaux internationaux : 62, 621.

— U —

Utilisation spéciale : 81 et s., 116, 127, 163, 200, 407, 524, 735, 739, 868, 1025.

Bibliographie

I.

Traités, manuels et ouvrages généraux

ANZILOTTI V. Dionisio, *Cours de droit international*, 1929, republié par Editions Panthéon Assas, 1999.

ARNAUD André-Jean, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit, L.G.D.J, 1993

ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel et PELLET Alain, *Droit international pénal*, 2e édition, Pedone, 2012

BARTIN Etienne, *Études de droit international privé*, Paris, A. Chevalier-Marescqu & Cie, 1899.

BASSIOUNI M. Cherif, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, 2002.

BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, traduction de Maurice CHEVALLIER, Flammarion, 1991,

BILLOT Albert, *Traité de l'extradition*, Paris, E. Plon & Cie, 1874.

BOMBOY Eugène et GILBRIN Henri, *Traité pratique de l'extradition*, Paris, L. Larose et Forcel, 1886.

BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 25e édition, Dalloz, 2017.

BOUZAT Pierre, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Dalloz, 1951.

BOUZAT Pierre et PINATEL Jean, *Traité de Droit pénal et de criminologie*, Dalloz, 1970.

CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du Droit pénal et de la justice criminelle*, 3e édition, Puf, 2014.

CARREAU Dominique et MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 11e édition, Pedone, 2012.

CHARLES Raymond, *Histoire du Droit pénal*, Puf, coll. Que sais-je, 4e édition, 1976.

COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, 12e édition, L.G.D.J., 2016.

CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, 11e édition, Puf.

DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias et PELLET Alain, *Droit international public*, 8e édition, L.G.D.J., 2009

DELOUME Antonin, *Principes généraux du droit international en matière criminelle*, Thorin, 1882.

DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, 16e édition, Economica, 2009.

DONNEDIEU DE VABRES Henri, *Introduction à l'étude de droit pénal international. Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*, Sirey, 1922.

— *Les principes modernes du droit pénal international*, Sirey, 1928, republié par Editions Panthéon-Assas, 2004.

— *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1938.

DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, 4e édition, LexisNexis, 2016.

DUGUIT Léon, *Traité de Droit constitutionnel*, 2e édition, Tome II « la théorie générale de l'État », Paris, de Boccard, 1923.

DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, *Droit international public*, 13e édition, Dalloz, 2016.

FIORE V. Pasquale., *Traité de droit pénal international et de l'extradition*, T.1, Pedone, 1880.

FLORE Daniel (avec la collaboration de BOSLY Stéphanie), *Droit pénal européen : les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, 2009.

GLASER Stefan, *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, 1970.

GUINCHARD Serge et BUISSON Jacques, *Procédure pénale*, 10e édition, LexisNexis, 2014.

HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *Droit pénal international*, 3e édition, Puf, 2005.

JEAN Jean-Paul, *Le système pénal*, La Découverte, 2008.

JEANCLOS Yves, *Droit pénal européen, Dimension historique*, Economica, 2009.

JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 6e édition, Dalloz, 2005.

— *Droit pénal général*, 2e édition, Montchrestien, 1991.

LEPAGE Agathe et MATSOPOULOU Haritini, *Droit pénal spécial*, Puf, Thémis, 2015.

LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick et SALOMON Renaud, *Droit pénal des affaires*, 4e édition, LexisNexis, 2015.

LOMBOIS Claude, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 1979.

MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, 11e édition, L.G.D.J., 2014.

MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, 7e édition, Tome I : *Problèmes généraux de la science criminelle- droit pénal général*, Cujas 1997.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Larousse, 1969.

PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 21e édition, Cujas, 2016.

—*Procédure pénale*, 19e édition, Cujas, 2017.

PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, 7e édition, Cujas, 2017.

PRADEL Jean, CORTENS Geert et VERMEULEN Gert, *Droit pénal européen*, 3e édition, Dalloz 2009.

PUECH Marc, *Droit pénal général*, Litec, 1988.

REBUT Didier, *Droit pénal international*, 2e édition, Dalloz, 2015.

RIVIER Raphaële, *Droit international public*, 2e édition, Puf, 2013.

ROUSSEAU Charles, *Droit international public*, Tome I : *Introduction et sources*, Sirey, 1970.

— *Droit international public*, T III : *Les compétences*, Sirey, 1977.

TRAVERS Maurice, *L'entraide répressive internationale et la loi française du 10 mars 1927*, SIREY, 1928.

— *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, 5 vol., Sirey, 1920-1922.

TRIEPEL Heinrich, *Droit international et droit interne*, 1920, republié par éditions Panthéon Assas 2010.

VERON Michel, *Droit pénal des affaires*, 11e édition, Dalloz, 2016.

VOUIN Robert, *Précis de droit pénal spécial*, Dalloz, 1er édition, T I, 1953.

II.

Thèses et ouvrages spécialisés

AUPECLE Marc, *L'extradition et la loi du 10 mars 1927*, Thèse de Doctorat, Dijon, 1927.

BASSIOUNI M. Cherif: *International extradition United States Law and practice*, Third Edition, Oceana Publications Inc. 1996.

BERTHELET Pierre, *Le droit institutionnel de la coopération policière et judiciaire pénale*, Édition des vignes, 2001.

BETTATI Mario, *Le contrôle international des stupéfiants* , *R.G.D.I. Publication*, 1974.

BLAKESLEY Christopher L., *Terrorism, drugs international law and the protection of human liberty*, Transnational Publishers Inc. 1992.

BOT Sophie, *Le Mandat d'arrêt Européen*, Larcier, 2009.

CHILSTEIN David, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2003.

DÉCIMA Olivier, *L'identité des faits en matière pénale*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2008.

DONNEDIEU DE VABRES Henri, *Le procès de Nuremberg*, édition Domat, Paris, 1947

GLASER Stefan, *Infraction internationale : ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, L.G.D.J., 1957.

KATOUYA Kevin Constant, *Réflexions sur les instruments de droit pénal international et européen de lutte contre le terrorisme*, Publibook, 2013.

LEMONTEY Jacques, *Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive*, L.G.D.J., 1966.

LUCAS DE LEYSSAC M.P., *Décision judicaire et répression pénale*, thèse dactyl., Paris, 1975.

LUDWICZAK Maria, *La délégation internationale de la compétence pénale*, L.G.D.J., 2013.

MARTIN Jean-Christophe, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, 2006.

MODERNE Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude de jus puniendi de l'État dans les démocraties contomporaines*, Economica, 1993.

MOREILLON Laurent et WILLI-JAYET Aline, *Coopération judiciaire dans l'Union européenne*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, L.G.D.J., 2005.

PLAWSKI Stanislaw, *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, L.G.D.J., 1972

ROLIN Elisabeth, *Le conseil d'État juge de l'extradition*, L.G.D.J., 1999.

ROUIDI Hajer, *Les listes d'infractions : Étude en droit pénal français, italien et international*, Thèse de Doctorat, Poitiers, 2014, PU juridique de Poitiers, L.G.D.J., 2015.

ROUX-DEMARE François-Xavier, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, 2014.

SABATIER Magali, *La coopération policière européenne*, L'Harmattan, 2001.

SIMON Jeffrey D., « The terrorist trap », *Bloomigton, Indiana University press*, 1994.

TANO-BIAN Anmonka Jeanine-Armelle, *La répression de la cybercriminalité dans les États de l'Union Européenne et de l'Afrique de l'ouest*, Thèse Paris Descartes, 2015.

THELLIER DE PONCHEVILLE B., *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010.

WEYEMBERGH Anne, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénale européen et révélateur de ses tensions*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

III.

Articles, chroniques et études

ALEGRE Susie, « The european arrest warrant and the grounds for non-execution », *in L'intégration pénale indirecte*, Société de législation comparée, 2005, p. 127.

ALIX Julie, « Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière terroriste ? » (À propos de l'article 2 de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme), D., 2013, p. 518.

ALMANE Adel, « La nature des documents administratifs étrangers », *Journal of Law*, University of Kuwait, n° 3, septembre 2016. (Article rédigé en Arabe).

ALTERMAN H. et BLOCH A., « La fraude informatique », *Gaz. Pal*, 3 septembre 1988.

ARGANDONA Antonio, «The United Nations Convention against corruption and its impact on international companies», *Journal of business ethics*, 2007, p. 481.

ARROYO ZAPATERO Luis et MUNOZ DE MORALES ROMERO Marta, « Droit pénal européen et Traité de Lisbonne : Le cas de l'harmonisation autonome (article 83.1 T.F.U.E.) », *in Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, 2012, p. 113.

AUBERT Bernadette, DESESSARD Laurent et MASSÉ Michel, « L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe : Droit international » *in L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe*, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 49.

BASDEVANT Jules, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936, p. 591.

BASSIOUNI Mohammad Chérif, « considérations de politique criminelle sur la coopération inter-étatique », *RSC*, 1993, p. 821.

— « Le Droit pénal international : son histoire, son objet, son contenu », *RIDP*, 1981, p. 43.

— « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968 p. 494.

BENEJAT Murielle, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ pénal*, 2012, p. 392.

BENLOLO-CARABOT Myriam, « Le mandat d'arrêt européen », *in Droit international pénal*, 2e édition, Pedone, 2012, p. 1127.

BERNARDI Alessandro, « La lutte contre le terrorisme en droit international et en droit européen, fondements et objectifs des incriminations et des peines », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Athemis, 2013, p. 111.

— « Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélange offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p. 955.

— « Le rôle du troisième pilier dans l'européanisation du droit pénal : un bilan synthétique à la veille de la réforme des Traité », *RSC*, 2007 p. 713.

— « Les principes de droit international et leur contribution à l'harmonisation des systèmes punitifs nationaux », *RSC*, 1994, p. 255.

BERNASCONI Patrick, « Les infractions transfrontalières : terrorisme, trafic de stupéfiants, délits financier », *in Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Economica, 1993, p. 80.

BIGAY Jacques, « Les dispositions nouvelles de compétence des juridictions françaises à l'égard des infractions commises à l'étranger », *D.* 1976. Chronique 51.

BLAKESLEY Christopher L., «The practice of extradition from antiquity to modern France and the United States : a brief history», *4 Boston College international and comparative Law Review*. 39 (1981), p. 47, disponible sur : http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1575&context=iclr

BONICHOT Jean-Claude, « L'évolution récente de l'extradition passive en France », *AFDI*, 1984, p. 19.

BORCHARDT Gustaaf, « Vers un espace judiciaire européen : aspects institutionnels », *in L'espace judiciaire européen, actes du colloque d'Avignon*, Ministère de la Justice, 1999, p. 125.

BOULOC Bernard, « La responsabilité pénale des entreprises en droit français », *Revue internationale du droit comparé*. 1994, p. 669.

BOUZAT Pierre, « Infractions contre les biens », chronique, *RSC*, 1988, p. 89.

— « Les effets internationaux de la sentence pénale », IXe congrès de l'Association internationale de Droit pénal, *R.I.D.P.*, 1963, p. 92.

BOUZAT Pierre et BREDIN Jean-Denis, « L'application de la loi étrangère par le juge national » Rapport présenté au VIIIe congrès de l'Association de droit pénal sur la question, *R.I.D.P*. 1960, p. 496.

BRACH-THIEL Delphine, « À propos de l'article 689-11 du code de procédure pénale : entre apparence et réalité », *R.P.D.P*., 2011, p. 629.

— « De la nécessaire réécriture de l'article 113-8-1 du code pénal », *RSC*, 2009, p. 523.

— « L'heureux toilettage de l'article 113-8-1 du code pénal », *AJ pénal*, 2013, p. 517 ;

— « La victime d'une infraction extraterritoriale », *RSC*, 2010, p. 819.

— « Le nouvel article 113-13 du Code pénal : contexte et analyse », *AJ pénal* 2013, p. 90.

— « Vers la fin des conflits négatifs de compétence en droit pénal international ? », *in Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges en l'honneur du professeur Alain FOURNIER*, PUN, 2013, p. 37.

BRAUM Stefan, « Les apports de la reconnaissance mutuelle à la coopération judiciaire pénale et ses déficits. Bilan de l'expérience luxembourgeoise », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, IEE, 2009, p. 361.

BRENNER Susan et KOOPS Bert-Jaap, « Approches to cybercrime jurisdiction », *Journal of hight technology Law*, 2004, Vol. IV n° 1, p. 7.

BRIERE Chloé et WEYEMBERGH Anne, « L'Union européenne et la traite des êtres humains », *in Fondement et objectifs des incriminations et des peines en droit européen international*, Anthemis, 2013, p. 70.

CAFRITZ Éric et TENE Omer, « Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français », *RSC*, 2003, p. 733.

CAHIN Gérard, « Les compétences de l'État en Droit international », *Colloque de Rennes*, Pedone, 2006, p. 9.

CALDERONI Francesco., « The European legal framework on cybercrime: striving for an effective implementation », *in crime Law and social change*, 2010, n° 54(5), p. 339.

CARTIER Marie-Élisabeth, « Rapport introductif », *in Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, 2005, p. 17.

CASTELLA Cécile, « Les spécificités de l'entraide européenne » *in Les investigations judiciaires internationales*, sous la direction de Olivier BEAUVALLET, Berger Levrault, 2014, p. 99.

CASTELLA Cécile et DE LAMY Bertrand, « Quelques interrogations sur l'application des règles du droit international privé par le juge pénal à propos de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 5 septembre 2001 », *Droit pénal*, 2002, chronique 15.

CESONI Maria Luisa, « Incriminer les « groupes délinquants » organisés : des objectifs décalés », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen international*, Athemis, 2013, p. 149.

CHARPENTIER Jean, « Vers un espace judiciaire européen », *AFDI*, 1978, p. 927.

CHILSTEN David, « Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale », *in Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, 2012, p. 217.

CLESSE Charles-Éric, « Les organisations internationales et la traite des êtres humains », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*. Anthemis, 2013, p. 95.

COLSON Renaud, « Prendre le droit international et européen de la drogue au sérieux ? Note sur la rationalité punitive du régime prohibitionniste », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthemis, 2013, p. 207.

CSONKA Peter, « The council of Europe's Convention on cyber-crime and other European initiatives », *RIDP*, 2006, p. 473.

CUSSON Maurice, « Brigands, trafiquants et mafieux, les organisations criminelles à la lumière de la criminologie historique ». *In La criminalité organisée*, LexisNexis, 2012, p. 7.

DE CARA Jean-Yves, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *AFDI*, 1999, p. 72.

DE HERT Paul, GONZALEZ FUSTER Gloria et KOOPS Bert-Jaap, « Fighting cybercrime in the two europes. The added value of the EU framework decision and the council of Europe convention », *RIDP*, 2006, p. 503.

DE HERT Paul, WIECZOREK Irènee et BOULET Gertjan, « Les fondement et objectifs des politiques d'incrimination de l'Union Européenne : le cas de la cybercriminalité ». *In fondement et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthemis, 2013, p. 267.

DE KERCHOVE Gilles, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », *in Vers un espace judiciaire européen*, IEE, éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 3.

DE MAILLARD Jean, « L'impuissance du juge », *in Le parquet européen, peut-on encore attendre ?* colloque organisé par le centre de droit de l'entreprise et l'IESC de l'université Robert-Schuman de Strasbourg (19 et 20 octobre 2000), p. 16.

DELMAS-MARTY Mireille, « L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale », Rapport général introductif au XIe congrès de la société international de défense sociale, *RSC*, 1987, p. 511.

— « Personnes morales étrangères et françaises (question du droit pénal international) », *Revue des sociétés*, 1993, p. 255.

DESESSARD Laurent, « Application du droit pénal français dans l'espace à propos de quelques dispositions issues de la loi du 5 août 2013 », *RPDP*, 2014, p. 429.

— « Discussion » *in Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, 2012, p. 225.

— « L'adaptation du droit français au statut de Rome ou chronique d'une loi annoncée », *RPDP*., 2010, p. 161.

DEVIN Guillaume, « Vers un monde plus coopératif ? », *Sciences humaines*, hors-série (Les essentiels), n° 1 mars-avril-mai, 2017, p. 14.

DONNEDIEU DE VABRES Henri, « Le régime nouveau de l'extradition d'après la loi de 10 mars 1927 », *Revue de droit international privé*, 1927, p. 169.

— « Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux », *RIDP*, 1950, p. 522.

FELLER S.Z., « La double incrimination dans le droit extraditionnel à propos de l'affaire Abou-Daoud (un point de vue différent) », *RSC*, 1979, p. 798.

FERAUD Henri j., « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 543

FICHET-BOYLE Isabelle et MOSSE Marc, « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et la répression des infractions », *in Droit international pénal*, 2e édition, Pedone, 2012, p. 1055.

FLORE Daniel, « L'accueil de la Décision-cadre en Belgique », *in Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, 2005 p. 125.

— « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaire pénales dans l'Union européenne*, Edition de l'Université de Bruxelles, IEE, 2011, p. 65.

FONTANAUD Daniel, « Criminalité organisée », *RIDP*, 2006, p. 193.

FOURNIER Alain, « Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international », *in Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 333.

— « Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises », *Rev. Critique de droit international privé*, 1981, p. 31.

— « La complicité en France n'est pas constitutive de localisation partielle sur le territoire national du crime ou délit commis à l'étranger », *D.*, 1999, p. 491.

— « La règle étrangère de conflit de lois civiles en droit pénal international », *in Apprendre à douter Question de droit, Question sur le droit, Études offertes à Claude LOMBOIS*, PULIM, 2004, p. 665.

FREISS Kintxo, « Les incertitudes relatives au mandat d'arrêt européen à la lumière de l'affaire *Aurore MARTIN », Rev. Québécoise de droit international*, n° 28.1-2015, décembre 2015.

GAETA Paola, « Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux », *in Crimes internationaux et juridictions internationales, sous la direction de Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY*, Puf, 2002, p. 191.

GAUTIER Pierre-Yves, « La Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne », *Europe*, 1996, p. 2.

GAUTIER Yves, « La coopération policière : les perspectives ouvertes par le traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 », *Europe,* 1993, Chronique 4, p. 1.

— « La criminalité organisée saisie par le droit international, Chapitre 2 "Le dispositif juridique" », *in La criminalité organisée*, LexisNexis, 2012, p. 310.

GAYRAUD Jean-François, « La mafia italo-américaine est-elle morte ? » *Cahiers de la sécurité*, 2009, N 9.

GHICA-LEMARCHAND Claudia, « La commission rogatoire internationale en droit pénal », *RSC*, 2003, p. 33.

GLASER Stefan, « Le principe de la légalité en matière pénale, notamment en droit codifié et en droit coutumier », *RDPC*, 1966, p. 899.

GOZZI Marie-Hélène, « Sécurité et lutte contre le terrorisme : l'arsenal juridique encore renforcé », *D.*, 2013, p. 194.

GRABOSKY Peter N., « Virtuel criminality. Old wine in new bottles? », *in legal studies*, vol. 10, n° 2, 2001, p. 243.

GRUTZNER Heinrich, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 379.

GUILLAIN Christine, « Les injonctions pénales du droit international et du droit européen en matière de drogue : un dialogue de sourds ? », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthemis, 2013, p. 179.

HAFEN Jonathan O., « International extradition: Issues arising under the dual criminality requirement », *BTUL. Rev*. 191 (1992).

HALBERSTAM Malvina, « Terrorism on the high seas: The Achille Lauro, piracy and the IMO Convention on maritim safety », *the American journal of international law*, Vol. 82, No.2, april 1988, p. 269.

HARARI M.S., MC LEAN R.J., SILVERWOOD J.R., « Reciprocal enforcement of criminal judgement », *RIDP*, 1974, p. 585.

HENNEBEL Ludovic et LEWKOWICZ Gregory, « Le problème de la définition du terrorisme », *in Juger le terrorisme dans l'État de droi*t, Bruylant, 2009, p. 17.

HERRAN Thomas, « La nouvelle compétence française en matière de terrorisme- réflexion sur l'article 113-13 du Code pénal », *Droit pénal*, avril 2013, étude 10.

— « La répression du génocide rwandais : une histoire sans fin », *JCP* 2014, p. 538.

HUET André, « L'incidence de principe de territorialité des marques et brevets nationaux sur la compétence des tribunaux français en matière de contrefaçon », *in Mélanges Jean Jacques BURST*, Litec, 1997, p. 268.

JEANDIDIER Wilfrid, « La tutelle du Conseil d'État sur le Chambre d'accusation en matière d'extradition (à propos de l'arrêt *Astudillo Calleja* rendu par le Conseil d'État le 24 juin 1977) », *RSC*, 1979, p. 239.

JEGOUZO Isabelle, « Le mandat d'arrêt européen ou la première concrétisation de l'espace judiciaire européen », *Gaz. Pal.*, 21-22 juillet 2004, p. 2311.

JOYNER Christopher C., « International extradition and global terrorism: bringing international criminals to justice », *Loyola of Los Angeles international and comparative Law review*, 2003, p. 493.

KOERING-JOULIN Renée, « Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive », *in Les droits et le droit Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz,2007, p. 529.

— « Droit pénal et droit international public (à propos de quelques compétences répressives) », *in Droit pénal et autres branches du droit — Regards croisés*, Cujas, 2012, p. 465.

— « L'application de la loi pénale française dans l'espace (Avant-projet de Code pénal, 1983) », *RSC*, 1984, p. 263.

LABAYLE Henri, « De nouveaux instruments pour un espace judiciaire européen : aspects normatifs », *in L'espace judiciaire européen*, actes du colloque d'Avignon, Ministère de la Justice, 1999, p. 129.

— « L'affaire Aurore MARTIN, le mandat d'arrêt européen et le pouvoir politique ; ni lu, ni compris ? », disponible sur : *le réseau universitaire européen – Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice* : http://www.gdr-elsj.eu/2012/11/11/cooperation-judiciaire-penale/2485/.

— « Le juge et le droit administratif d'extradition face aux logiques de l'entraide répressive internationale », *RFDA*, 1994, p. 21.

LAGAUCHE Philippe, « L'introduction du mandat d'arrêt européen dans notre droit positif », *in Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, 2005 p. 81.

LAMEYRE Xavier, « Du régime pénal spécial appliqué en France aux auteurs d'infractions sexuelles », *RSC*, 2002, p. 547.

LE CALVEZ Jacques, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal », *RSC*, 1980, p. 13.

— « Réflexion sur l'article 113-8-1 du Code pénal, vous avez dit : « amendement de coordination » ? », *in Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 591.

LEMOINE Pascal, « La coopération judiciaire entre États, l'exemple de l'extradition et du mandat d'arrêt européen à travers la jurisprudence de la Chambre criminelle », *RSC*, 2009, p. 297.

LEVASSEUR Georges, « L'imputation des infractions en droit français », *RDPC*, 1968-1969, p. 389.

— « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 552.

LOMBOIS Claude, Chronique de droit pénal international, *RSC*, 1988, p. 369.

MAISON Rafaëlle, « Propos introductifs », *in L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Pedone, 2013, p. 429.

MALABAT Valérie, « L'exigence de légalité en droit pénal international l'exemple comparé de l'extradition et du mandat d'arrêt européen », *in Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE*, 2015, Dalloz, p. 771.

— « Le champ inutile du Droit pénal : Les doubles incriminations », *in Le champ pénal, Mélanges en l'honneur de Reynald OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 155.

— « Les aspects internationaux du blanchiment », *Rev. Droit bancaire et financier,* n° 4, juillet 2005, étude 11, p. 41.

— « Observation sur la nature du mandat d'arrêt européen », *Droit pénal*, 2004, étude 17.

MANACORDA Stefano, « Le mandat d'arrêt européen et l'harmonisation substantielle : le rapprochement des incriminations », *in L'intégration pénale indirecte : interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Société de législation comparée, 2005, p. 33.

MANKIEWICZ R.H., « La Convention de Montréal de 1971 pour la répression des actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile », *AFDI*, 1971, volume 17, p. 855.

MARÉCHAL Jean-Yves, « sécurité et lutte contre le terrorisme », *JCP*, n° 1-2, 7 janvier 2013, 16.

MARKEES Curt, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 742.

MARON Albert, « Remise non contrôlée », *Droit pénal,* n°2, 2008, comm. 26.

MARTIN Richard A., « Dual criminality in organized crime cases », *RIDP*. 1991, p. 175.

MASSÉ Michel, « Développement de l'entraide répressive internationale », *RSC*, 1992, p. 800.

— « La décision-cadre », *in Le mandat d'arrêt européen, sous la direction de Marie-Élisabeth CARTIER*, Bruylant, 2005, p. 47.

— « Chronique de Droit pénal international », *RSC*, 2013, p. 447.

MATTERA Alfonso, « Le principe de reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales », *Revue du Marché unique européen*, 1998, p. 5.

MAURO Cristina, « Application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales », *AJ pénal*, 2012, p. 12.

— « Réflexion à propos de la loi introduisant le mandat d'arrêt européen en France », *in Le mandat d'arrêt européen, Marie-Elisabeth CARTIER*, Bruylant, 2005, p. 201.

MAYAUD Yves, « Menaces de mort proférées par un chef d'État étranger contre un français : éléments constitutifs et conditions de poursuites », *RSC*, 2010, p. 133.

MAYER Pierre, « Droit international privé et Droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. Crit. DIP*, 1979, p. 349.

— « La protection de la partie faible en droit international privé », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, p. 516.

MIHMAN A., « Comment réformer la prescription de l'action publique », *RPDP*, 2007, p. 517.

MONVILLE Pierre, « Le mandat d'arrêt européen : remise en cause du mécanisme de la simple remise », *JTDE*, 2003, p. 168 et s.

NILSSON Hans G., « Mutual trust and mutual recognition of our differences a personal view », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, IEE, 2001, p. 155.

OEHLER Dietrich, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 397.

OTTENHOF Reynald, « Infractions contre les biens », *RSC*, 1995, p. 582.

PEERS Steve, « Proposed framework decision on European arrest warrant », *in statewatch post,* n°3 Disponible sur : http://www.statewatch.org/analyses/no-3-ewarrant.pdf

PEYRO LLOPIS Ana et VANDERMEE*RSC***H Damien**, « L'extradition et l'entraide judiciaire », *in Juger le terrorisme dans l'État de droit*, Bruylant, 2009, p. 405.

PLACHTA Michal, «The role of double criminality in international cooperation in penal matters », disponible sur : https://tidsskrift.dk/index.php/NTfK/article/view/75993/133119

PRADEL Jean, « Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen », *in Les droits et le droit, mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 895.

— « Introduction », *in Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, 2005, p. 95.

— « L'Europe judiciaire de la législation : les règles communes minimum de droit pénal », *in L'espace judiciaire européen : quelles perspectives pour demain ?* Colloque organisé par l'AMUE et l'ENM, Paris, les 29 et 30 septembre 2005.

— « Le mandat d'arrêt européen un premier pas vers révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », *D.*, 2004, p. 1392.

— « Rapport introductif », *in La criminalité organisée*, LexisNexis, 2012, p. 1.

PRADEL Jean et SENON Jean Louis, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles, Commentaire de la Loi 98-468 du 17 juin 1998 », *RPDP*, 1998, p. 208.

PROST Kimberly, « Practical solutions to legal obstacles in mutual legal assistance », *in Denying safe haven to the corrupt and the proceeds of corruption*, A.D.B., 2006, p. 32.

RANGEL Vicente Marotta, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, 477.

RASSAT Michèle-Laure, « Nouvelle circonstance aggravante des atteintes sexuelle », Chronique législative, *RSC*, 1994, p. 779.

REBUT Didier, « Le principe de la légalité des délits et des peines », XIVe congrès de l'Association Française de Droit pénal, *RPDP*, 2001, p. 249.

RENAUT Marie-Hélène, « De la nécessité de revitaliser le droit extraditionnel », *JCP*, n° 42, 16 octobre 2002, doctr. 173.

RICHARDSON Gregory B., « Double criminality and complex crimes », *RIDP*, 1991, p. 79.

ROETS Damien, « L'extradition des personnes suspectées d'avoir participé au génocide des Tutsi du Rwanda », *D.*, 2013, 2570.

ROLIN Elisabeth, « Développement récents du contrôle du Conseil d'État en matière d'extradition », *RSC*, 1994, p. 491.

ROLLAND Renaud, « La protection du mineur, victime d'infraction sexuelle », RDSS, 1988, p. 892.

SCHULTZ Hans, « les problèmes actuels d'extradition », *RIDP*, 1968, p. 785.

SCHUTTE Julian J.E., « Extradition for drug offences : new developments under the 1988 U.N. Convention against illicit traffic in narcotic and psychotropic substances », *RIDP*, 1991, p. 135.

Secrétariat général, « 1946 … 1986- Interpol : quarante ans après la conférence de Bruxelles » *Rev. Int. Police crim*. 1986, p. 149.

SEGONDS Marc, « À propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *D.*, 2008, p. 1068.

SICHEM Véronique, « Règles et principes », *Actualité en analyse transactionnelle*, 2008/3, p. 77.

SIEBER Ulrich, « International cooperation against terrorist use of Internet », *RIDP*, 2006, p. 395.

SLOSARCIK Ivo, « Criminal law and mutual recognition in the Czech Republic », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Edition de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européens, 2009, p. 99.

SOREL Jean-Marc, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? », *in Le droit international face au terrorisme : après le 11 septembre 2001*, CEDIN, Pedone, 2002, p. 35.

SOUWEINE Carole, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », *in Droit pénal – Procédure pénale, Mélanges en l'honneur de Jean LARGUIER*, Pug, 1993, p. 303.

STERN Brigitte, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, p. 7.

— « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *RQDI*, 1987, p. 60.

STESSENS Guy, « Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, la coopération internationale (compétence extraterritoriale, l'exécution de saisies et de confiscations, droit à un procès équitable) », *RIDP*, 1999, p. 381.

STOUFFLET Jean, « L'application de la loi pénale étrangère par le juge national », *RIDP*, 1960, p. 515.

STRETEANU Florin et IONESCU Diana, « Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans l'Union européenne devant les juridictions roumaines. Présent et perspectives », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, IEE, 2009, p. 465.

SUDRE Frédéric, « Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RPDP*, 2001, p. 335.

THOUVENIN Jean-Marc, « L'extradition », *in Droit international pénal*, 2e édition, Pedone, 2012, p. 1107.

TULKENS François, « La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, IEE, 2001, p. 165.

TURK Michel, « Reconnaissance mutuelle des peines pécuniaires », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthemis, 2013, p. 535.

VALLEE Charles, « La Convention européenne pour la répression du terrorisme », *AFDI*, 1976, p. 756.

VAN BEMMELEN Jacob - M., « l'application de la loi pénale étrangère par le juge national », rapport général, VIIIe congrès de A.I.D.P., Lisbonne, *RIDP*, 1960, n° 3 et 4, p. 641.

— « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 375.

VAN DEN WYNGAERT Christine, « Double criminality as a requirement to jurisdiction », 1989, disponible sur : https://tidsskrift.dk/index.php/NTfK/article/view/75990

— « Les transformation du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée », Rapport général, *RIDP*, 1999, p. 35.

— « Corpus juris, parquet européen et juge national : vers une chambre préliminaire européenne ? » *in Vers un espace judiciaire pénal européen*, Edition de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 131.

VERNIMMEN Gisèle, « À propos de la reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles en général », *in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, IEE, 2001., p. 147.

VERON Michel, « Bioéthique : le contenu pénal de la loi du 6 août 2004 », *Droit pénal*, 2004, n°11 étude 16.

— « Du contrat préalable à l'abus de confiance », *Droit pénal*, 1995, chronique n° 21.

VESTERGAARD Jorn et ADAMO Silvia, « Mutual recognition in criminal matters : the Danish experience », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, IEE, 2009, p. 147.

VIENNOIS Maurice, « La compétence des tribunaux français à l'égard des infractions ou à leur encontre (Loi n° 72-623 du 5 juillet 1972) », *RSC*, 1973, p. 291.

VITU André, « Crimes et délits contre la chose publique », *RSC*, 1979, p. 829.

VOGLER Theo, « Les problèmes actuels d'extradition », *RIDP*, 1968, p. 417.

VOUYOUCAS Constantin, « Les problèmes actuels de l'extradition », *RIDP*, 1968, p. 579.

WAHL Thomas, « The perception of the principle of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters in Germany », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, IEE, 2009 p. 115.

WATSON Geoffery R., « The passive personnality principle », 28 *Tex. Int'l L.J.* 1, 1993, p. 16.

WEYEMBERGH Anne, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », *in Vers un espace judiciaire pénal européen*, édition de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 158.

— « La lutte contre la traite et le trafic d'êtres humains », *RIDP*, 2006, p. 211.

— « Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales » « introduction », *RIDP*, 2006, p. 185.

WEYEMBERGH Anne et SANTAMARIA Veronica, « La reconnaissance mutuelle en matière pénale en Belgique », *in L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, IEE, 2009, p. 47.

WILLAMS Sharon A., « the double criminality rule and extradition: A comparative analysis », *Nova Law review* 15.2 (1991), p. 581- 624.

YOKARIS Angelos, « Les critères de compétence des juridictions nationales », *in Droit international pénal*, 2e édition, Pedone, 2013, p. 997.

ZAGARIS Bruce, « U.S. International cooperation against transnational organized crime », *RIDP*, 1999, p. 497.

IV.

Encyclopédies juridiques

AMAR Jacques, « Participation à une activité de mercenaire », *J-Cl. Pén.*, art. 436-1 à 436-5, Fasc. 20, 2009.

BELFANTI Ludovic, « Juge d'instruction », *Rép. Pén.*, *Dalloz*, 2015.

BELLOIR Philippe, « Chambre de l'instruction », *Rép. Pén., Dalloz*, 2015.

BRACH-THIEL Delphine, « Compétence internationale », *Rép. Pén., Dalloz*, 2012.

— « Compétence pénale », *Rép. Intern., Dalloz*, avril 2015.

— « Extradition », *Rép. Pr. Pén., Dalloz*, Septembre 2012 ;

CHAPELLE Marie-Anne et MARÉCHAL Jean-Yves, « Entraide judiciaire internationale – Mandat d'arrêt européen », *J-Cl. Pr. Pén*., Art. 695-11 à 695-51, Fasc. 20, 2017.

CRUCIS Henry-Michel, « Sanctions administratives », *J-Cl. Admin*. Fasc. 108-40, 2012.

DAURY-FAUVEAU Morgane, « Infraction générale de blanchiment », *J-Cl. Pén.*, art. 324-1 à 324-9, Fasc. 20, 2014 ;

— « Recel », *J-Cl., Pén.*, art. 321-1 à 321-5, Fasc.30, 2012.

DESESSARD Laurent, « Application de la loi pénale dans l'espace, infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République », *J-Cl. Pén.*, art. 113-1 à 113-10, Fasc. 10 2011.

— « Application de la loi pénale dans l'espace, infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République », *J-Cl. Pén.*, art. 113-1 à 113-10, Fasc. 20, 2011.

FOURNIER Alain, « Conflits des lois (matière pénale) », *Rép. Intern., Dalloz*, août 2008.

HUET André et KOERING-JOULIN Renée, « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française – infractions commises à l'étranger », *J-Cl. Pr. Pén*., art. 689 à 693 – Fasc. 30, 2013.

LELIEUR Juliette, « Mandat d'arrêt européen », *Rép. Pén., Dalloz*, 2017.

MASCALA Corinne, « Faits justificatifs », J-Cl. Pén., art. 122-4, Fasc. 20, 2012.

MAURO Cristina, « Mandat d'arrêt européen », *Rép. Intern. Dalloz*, 2008.

REBUT Didier, « Extradition », *Rép. Intern., Dalloz*, 2009.

RINUY Lionel, « Mandat d'arrêt européen », *Rép. Pén., Dalloz*, 2005.

SEGONDS Marc, « Faux », *J-Cl. Pén*., art. 441-1 à 441-12, Fasc. 20, 2015.

SERVIDIO-DELABRE Eileen, « Extradition », *J-Cl. Dr. Internat.*, Fasc. 405, 2007.

WEYEMBERG Anne, « Coopération judiciaire pénale », *J-Cl. Intern.*, Fasc. 408-20, 2009.

— « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *J-Cl. Europe Traité*, Fasc. 2720, 2009.

V.

Rapports et documents officiels

A. Institutions européennes

1. Conseil de l'Europe

a. Recommandations

Recommandation N° R (87) 18, du comité des ministres aux États membres concernant la simplification de la justice pénale, disponible sur : https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e3cc

b. Rapports

Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, disponible sur : http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/196

Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, STCE. n° 198

Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, disponible sur : http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/198.

Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE. n° 197.

Rapport explicatif de la Convention européenne pour la répression du terrorisme, disponible sur : http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/090.

Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999, S.T.E. n° 173.

Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, disponible sur : http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/173.

Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, Budapest le 23 novembre 2001, S.T.E. n° 185.

Rapport explicatif du la Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, 8 novembre 2001, STE n° 182.

Comité européen pour les problèmes criminels, Solutions à envisager pour limiter l'exigence de la double incrimination : de la double incrimination à la double interdiction, 4 juillet 2005, PC-TJ (2005).

2. Union européenne

a. Commission européenne

Communication vers une politique pénale de l'Union Européenne : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'U.E. au moyen du droit pénal, 20 septembre 2011, COM (2011) 573 final, p. 5.

Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, rapport anticorruption de l'U.E., Bruxelles le 3.2.2014, COM(2014) 38 final.

Communication conjointe au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, stratégie de cyber sécurité de l'Union-Européenne, Bruxelles, le 7.2.2013, JOIN (2013) final.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, Bruxelles, le 26 juillet 2000, COM(2000) 495 final.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, La reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, Bruxelles, COM (2000) 495, 26 juillet 2000

Communication de la commission au conseil et au Parlement européen, reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, Bruxelles, le 26 juillet 2000, COM (2000) 495 final.

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité économique et social et au Comité de région, pour créer une société de l'information plus sûre en renforçant la sécurité des infrastructures de l'information et en luttant contre la cybercriminalité, Bruxelles 26 janvier 2001, COM (2000) 890 final.

Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, COM (2009) 262 final, Bruxelles le 10 juin 2009.

Communication de la commission au Parlement Européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, La stratégie de l'Union Européenne en vue de l'éradication de la traite des êtres humains pour la période 2012-2016, COM (2012) 286 final, Bruxelles le 19.6.2012.

Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, le programme européen en matière de sécurité, Strasbourg le 28.4.2015, COM (2015) 185 final.

Communication de la commission européenne, vers une espace de liberté, de sécurité et de justice, 14 juillet 1998, COM (1998) 459 final

Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décision pénales, JOCU, C 12/10 du 15 janvier 2001.

b. Conseil européen

Conclusion du Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998, disponible à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/commission/affaires_europeennes/Conclusions_CE/cardiff_Juin1998.pdf.

Conclusion du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, disponible à l'adresse suivante : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm.

Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relative à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JOCE n° C 19, 23 janvier 1999.

Programme de La Haye ; renforcement la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JOUE, C 53/1, 3 mars 2005.

B. Institutions françaises

1. Assemblée nationale

BECHTEL M.-F., Rapport sur le projet de la loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme : Rapport Assemblée Nationale n° 409, 14 novembre 2012, p. 38.

BRANA Pierre, Rapport d'information n° 3506 sur la proposition de décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, Assemblée nationale, 2001-2002, p. 16 et s.

PHILIP Christian, Rapport à l'Assemblée Nationale sur le projet de la loi adopté par le Sénat autorisant la ratification des conventions établies sur la base de l'article K3 du Traité sur l'Union européenne, relative à l'extradition, la procédure simplifiée d'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale, n° 1621, disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r1621.pdf

2. Sénat

GIRAUD Francis, Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique, n° 128 (2002-2003), fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 15 janvier 2003. Disponible sur : https://www.senat.fr/rap/l02-128/l02-128.html.

MEZARD Jacques, Rapport sur le projet de la loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme : Rapport sénat n° 35, 10 octobre 2012, p. 21.

RICHARD Alain, Rapport sur l'exposé des motifs de projet de loi de la répression de l'activité de mercenaire, n° 287 (2001-2002), déposé au sénat le 4 avril 2001.

VALLIER Joseph, Rapport 4 mars 1926, Doc. Parlementaires, Sénat 1926, annexe 114, p. 160.

3. Conseil d'État

CONSEIL D'ÉTAT. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE. Étude sur : « Les loi de la bioéthique : cinq ans après » étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999, disponible sur : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/994001756/index.shtml#book_sommaire.

C. Organisation des Nations Unies

Résolution WHA50.37, Le clonage dans la reproduction humaine. Dans : Cinquantième Assemblée mondiale de la Santé, Genève, 5 –14 mai 1997. Volume III : Résolutions et décisions. Genève, Organisation mondiale de la Santé, 1997 (WHA50/1997/REC/1).

Guide législatif sur les conventions et Protocoles mondiaux contre le terrorisme, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, 2004.

Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 2e édition révisée en 2012.

VI.

Table des jurisprudences

A. Jurisprudences françaises

1. Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, n° 82-155 DC.

Conseil constitutionnel, 2 décembre 1976, n° 76-70 DC.

Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, déc. N° 88-248 DC,

Conseil Constitutionnel, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC.

2. Cour de cassation

Cass. crim., 4 mai 1865; S. 1866.I.36.

Cass. crim., 18 mai 1905 : *Bull. crim.*, n° 244.

Cass. crim., 8 juin 1912 : DP 1913, 1, p. 154.

Cass. crim., 17 juillet 1913, cité par Jean STOUFFLET, L'application de la loi pénale étrangère par le juge national, *RIDP*, 1960, p. 515.

Cass. crim., 9 déc. 1933 : *Bull. crim.*, n° 237.

Cass. crim., 23 avril 1936 : D.H., 1936.316.

Cass. crim., 31 déc. 1936 : *Gaz. Pal.* 1937, 1, p. 420 ; *RSC* 1937, p. 308, obs. Carrive.

Cass. crim., 22 juill. 1948 : *Bull. crim.*, n° 208

Cass. crim., 13 novembre 1952, *Bull. crim.*, n° 252.

Cass. crim., 29 mars 1962 : *Bull. crim.*, n° 153 ; *RSC* 1962, p. 746, obs. A. Légal.

Cass. crim., 12 mai 1964, *Bull. crim.*, n° 161.

Cass. Crim., 27 octobre 1966, n° 66-91.280, *Bull. crim.*, n° 244 ; *RSC* 1967, p. 438, obs. Legal.

Cass. crim., 19 mai 1971 : JCP G 1972, II, 16947, note André Vitu.

Cass. crim., 9 octobre 1978 : *Gaz. Pal.*, 1979. II, somme. 354.

Cass. crim., 17 janv. 1984 : *Bull. crim.*, n° 21.

Cass. Crim., 27 juin 1984, n° 82-94-281 : *Bull. crim.*, n° 248.

Cass. Crim., 6 mars 1984 n° 83-95-041 : *Bull. crim.*, n° 90.

Cass.crim., 17 mai 1984, D. 1984, p. 536, note Wilfrid JEANDIDIER.

Cass. crim., 10 octobre 1988 n° 87-91-310 : *Bull. crim.*, n° 331.

Cass. Crim., 9 novembre 1988, n° 88-80.716. Bull.crim., n° 385.

Cass. Crim., 20 février 1990, n° 89-86-610, 89-86.611.

Cass. Crim., 24 septembre 1996, n° 95-80.301.

Cass. crim., 26 septembre 1996, n° 95-80-301.

Cass. crim., 22 mai 1997 : *Bull. crim.*, n° 201.

Cass. Crim., 12 novembre 1997 : *Bull. crim.*, n° 383.

Cass. Crim., 5 septembre 2001 : *Bull. crim.*, n° 174.

Cass. crim., 29 janvier 2003, n° 01-88-881.

Cass. crim. 26 avril 2006, n° 06-82.164.

Cour de Cassation, 1re chambre civile, 20 février 2007, *Cornelissen*, note Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2007, 420.

Cass. crim., 26 septembre 2007, n° 07-83.829.

Cass.crim., 21 novembre 2007, n° 07-87.540.

Cass. crim., 21 novembre 2007, n° 07-86.160

Cass. crim., 29 janvier 2008, n° 07-82.872. comm. n° 60, note Michel VIRON, *Droit pénal*, 2008.

Cass. crim., 11 juin 2008, n° 07-83.024, comm. n° 107, note Michel VIRON, *Droit pénal*, 2008.

Cass. crim., 23 juillet 2008, n° 08-83.111.

Cass. crim. 8 décembre 2009, n° 09-82.135 et 09-82.120.

Crim., 21 février 2010, *JCP* 2010. 1180, note C. MASCALA.

Cass. crim., 26 mai 2010, n° 09-86-499 : comm. n° 115, note Michel VIRON, *Droit pénal*, 2010.

Cass. crim., 15 décembre 2010, n° 10-88204.

Cass. crim., 16 janvier 2013, n° 11-83.689.

Cass. crim., 25 juin 2013, n° 13-84.149.

Cass.crim., 30 octobre 2013, n° 12-83.995.

Cass. crim., 23 septembre 2015, n° 15-83.991.

Cass. crim., 14 octobre 2015, n° 15-84.420 : *JCP*, 18 janvier 2016, 56, [note Didier REBUT].

Cass. crim., 27 juillet 2016, n° 16-84.592.

3. Conseil d'État

CE, 2 juillet 1836, *Boidron* : *Rec.*, p. 330.

CE, 28 mai 1937 *Decerf*, *S.* 1937.3.75 note Larouque.

CE, 5 mai 1944, *Veuve Trompier-Gravier*.

CE, 30 mai 1952 *Dame Kirkwood*, *Rec.*, p. 291.

CE, 18 novembre 1955 et 3 février 1956, *Pétalas*, *JCP*, 1956.II.9184, note André VITU.

CE, 24 juin 1977, *Astudillo* Calleja, *Rec.*, p. 290.

CE, 7 juillet 1978, *Croissant*, *Rec.*, p. 292.

CE 27 juillet 1979, *Salati*, *AFDI*, 1986, p. 953, n° 89.

CE, 15 février 1980, *Rec.*, n° 17224.

CE 24 novembre 1982, n° 32944.

CE, 26 septembre 1984, *Lujambio Galdenao*, *Rec.*, P.308.

CE 24 mai 1985, *Mac Caffery*, *Rec.* P.160.

CE Assemblée 1er mars 1991, *Le Cun*, *Rec.*, p. 70.

CE 9 octobre 1996, *Sté Prigest*, *Rec.*, p. 690, 738.

CE. 22 septembre 1997, n° 182815.

CE, Avis n° 368-282 du 26 septembre 2002.

CE, 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur c/ Benkerrou*, n° 255136, *Rec.*, p. 297.

CE 17 novembre 2006, *Sté CNP Assurances*, n° 276926.

4. Juridictions du fond

CA Paris, 30 octobre 1964, *Rev. Crit. DIP* 1966.223, note A. DECOQ ; 1967. 440.

Tribunal correctionnel, Montbéliard, 3 juillet 1964, D., 1965.69.

CA Paris, Chambre d'accusation, 12 décembre 1966, cité par Georges LEVASSEUR, Les problèmes actuels d'extradition, *RIDP*, 1968, p. 561.

CA Paris, 11 janvier 1977, Affaire Abou Daoud, *AFDI*. 1976, p. 936.

CA Aix-en-Provence, 24 nov. 1999, *D*. 2000. 245, note Jean-François RENUCCI.

B. Jurisprudences internationales et étrangères :

C.P.J.I., 21 février 1925, avis, échange des populations turques et grecques, série B, n° 10, p. 20

C.P.J.I., 7 septembre 1927, Affaire « *Lotus* » entre la France et la Turquie, arrêt n° 9, Série A n° 10, 7.

C.P.J.I., 31 juillet 1930, avis, « Communautés » gréco-bulgares, série B n° 17, p. 32.

C.I.J, 26 avril 1988, avis, Obligation d'arbitrage selon l'Accord de 1947 relatif au siège de l'O.N.U., *Rec.*1988, 35.

Cour E.D.H, Affaire *Hornsby* 1997, n° 18357/91.

Cour E.D.H, 19 septembre 2008, affaire *Korbely c. Hongrie* n° 9174/02.

Cour E.D.H, 7 janvier 2010, *Rantsev* c. *Chypre* et Russie, requête n° 25965/04.

C.J.C.E., 3 mai 2007, Leden Van de Ministerraad, affaire C-303/05, *Rec.* 2007 p. I-03633.

Arrêt du Tribunal fédéral suisse (A.T.F.), non publié, du 1er juin 1934 concernant le cas *Sperber*, cité par Curt MARKEES, Les problèmes actuels de l'extradition, *RIDP*, op.cit., p. 749

Cour de cassation koweïtienne (Chambre criminelle) 2008-512.

VII.

Divers

Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, 2012, p. 46. Disponible sur : https://www.unodc.org/documents/organizedcrime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_F.pdf.

MESMER Philippe, Au Japon la pornographie infantile enfin interdite, Le Monde, dimanche 22 – Lundi 23 juin 2014, p. 4.

PHLILIP Bruno, Le sort réservé aux milliers d'esclave à des patrons pêcheurs de crevette en Thaïlande fait scandale, Le Monde, Dimanche 22 – Lundi 23 juin 2014, p. 4.

Table des matières

Sommaire 11
Liste des abréviations, des sigles et des acronymes 13
INTRODUCTION 15
PREMIÈRE PARTIE. LE DOMAINE DE LA DOUBLE INCRIMINATION 45
TITRE I. DOUBLE INCRIMINATION ET COOPÉRATION PÉNALE INTERNATIONALE 49
CHAPITRE I. LA DOUBLE INCRIMINATION DANS LES INSTRUMENTS NORMATIFS DÉDIÉS À LA COOPÉRATION PÉNALE INTERNATIONALE 55
Section I. La double incrimination dans les normes consacrées à l'extradition et aux procédures équivalentes 55
§ 1. Les normes internationales et européennes consacrés à l'extradition et aux procédures équivalentes 60
A. Les conventions internationales en matière d'extradition 61
1. Les dispositions principales 62
2. Les dispositions secondaires 70
a. Les dispositions sur la compétence : L'utilisation spéciale de la double incrimination 71
b. Les dispositions sur l'extradition accessoire 75
c. Les dispositions sur le principe de spécialité 77
d. Les dispositions sur la prescription et l'amnistie 79
e. Les dispositions sur le transit 81
B. Les instruments européens en matière d'extradition et de procédures équivalentes 87
1. Les instruments européens en matière d'extradition 87
a. La Convention européenne d'extradition 88
b. Les conventions applicables au sein de l'Union Européenne 91
2. La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen 94
§ 2. Les normes internes consacrées à l'extradition et aux procédures équivalentes 100
A. Les dispositions internes consacrées à l'extradition 100
B. Les dispositions internes consacrées au mandat d'arrêt européen 105
Section II. La double incrimination dans les normes consacrées aux autres formes de coopération pénale internationale 108
§ 1. Les normes internationales 109
§ 2. Les normes internes 120
CHAPITRE II. LA DOUBLE INCRIMINATION DANS LES INSTRUMENTS NORMATIFS DÉDIÉS AUX INFRACTIONS INTERNATIONALES 125
Section I. La double incrimination dans les conventions spéciales des Nations Unies 125
§ 1. Les conventions internationales de la lutte contre le terrorisme 127

A. La lutte contre le terrorisme aérien 130
B. La lutte contre d'autres formes de terrorisme 135
§ 2. Les conventions internationales en matière de stupéfiants 140
§ 3. Les conventions internationales de lutte contre la criminalité organisée 148
§ 4. La Convention internationale contre la corruption 160
A. Un traitement classique de la double incrimination 161
B. Des innovations dans le traitement de la double incrimination 163
Section II. La double incrimination dans les instruments européens spéciaux 168
§ 1. Les instruments européens de lutte contre le terrorisme 169
A. Les conventions du Conseil d'Europe 170
1. La double incrimination et les principes généraux de la coopération internationale 172
2. La double incrimination et les conditions de mise en œuvre des mesures d'entraide judiciaire 173
3. La double incrimination et les motifs de refus de la coopération judiciaire internationale 175
B. Les décisions-cadres de l'Union européenne 180
§ 2. Les instruments européens de lutte contre la corruption 183
A. La double incrimination et la condition préalable 184
B. La double incrimination et les conditions de la coopération internationale 186
§ 3. Les instruments européens de lutte contre la cybercriminalité 190
A. La double incrimination au sein des dispositions générales sur la coopération internationale 193
B. La double incrimination au sein des dispositions spéciales 200
§ 4. Les instruments européens de lutte contre la traite des êtres humains 207
Conclusion du Titre I 215
TITRE II. DOUBLE INCRIMINATION ET COMPÉTENCES EXTRATERRITORIALES 219
CHAPITRE I. LA DOUBLE INCRIMINATION AU SEIN DES DISPOSITIONS INTERNATIONALES SUR LES COMPÉTENCES EXTRATERRITORIALES 229
Section I. La double incrimination dans les conventions internationales relatives à la lutte contre certains types de criminalité 230
§ 1. Les conventions internationales de lutte contre le terrorisme 231
A. Les conventions internationales dans le domaine de l'aviation civile 231
B. Les autres conventions internationales en matière de terrorisme 234
§ 2. Les conventions internationales en matière de stupéfiants 237
§ 3. Les conventions internationales de lutte contre la criminalité organisée 239
§ 4. La Convention internationale contre la corruption 245
Section II. La double incrimination dans les instruments européens de lutte contre certains types de criminalité 247
§ 1. Les instruments européens de lutte contre le terrorisme 247
§ 2. Les instruments européens de lutte contre la corruption 255

§ 3. Les instruments européens de lutte contre la cybercriminalité 260
§ 4. Les instruments européens de lutte contre la criminalité organisée..... 266
CHAPITRE II. LA DOUBLE INCRIMINATION AU SEIN DES DISPOSITIONS INTERNES SUR LES COMPÉTENCES EXTRATERRITORIALES 277
Section I. La double incrimination au sein des titres de compétence classiques 278
§ 1. La compétence personnelle..... 279
A. La compétence personnelle active 280
B. La compétence personnelle passive 284
§ 2. La compétence réelle 287
§ 3. La compétence universelle..... 289
Section II. La double incrimination aux seins des titres de compétence particuliers..... 291
Conclusion du Titre II..... 299
Conclusion de la Partie I 301
DEUXIÈME PARTIE. L'APPLICATION DE LA DOUBLE INCRIMINATION 303
TITRE I. UNE APPLICATION PROBLÉMATIQUE DE LA DOUBLE INCRIMINATION 307
CHAPITRE I. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UNE DOUBLE INCRIMINATION, ASPECTS SUBSTANTIELS 317
Section I. La prise en compte d'éléments extrinsèques aux incriminations..... 318
§ 1. La prise en compte des modalités d'incrimination 318
§ 2. La prise en compte des conditions préalables..... 326
A. La condition préalable appartenant à une loi non répressive 329
B. La condition préalable appartenant à une loi répressive 338
Section II. La prise en compte des composantes pénales des incriminations 344
§ 1. La prise en compte des composantes objectives..... 344
A. Un fait principal 344
B. Un acte de complicité..... 357
1. Un acte de complicité commis en France 357
2. Un acte de complicité commis à l'étranger..... 363
§ 2. La prise en compte des composantes subjectives 368
A. Les causes d'irresponsabilité pénale..... 368
B. Les personnes responsables..... 373
CHAPITRE II. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UNE DOUBLE INCRIMINATION, ASPECTS PROCÉDURAUX 381
Section I. Les obstacles procéduraux à la double incrimination..... 381
§ 1. La prescription 382
A. La prescription en matière de compétence extraterritoriale..... 383
B. La prescription en matière d'extradition 387
§ 2. L'amnistie 389
§ 3. La preuve de la double incrimination 393
Section II. Le contrôle judiciaire de la double incrimination..... 397

§ 1. Les autorités judiciaires compétentes 397
A. Un contrôle unique de la double incrimination par la juridiction pénale 397
1. En matière de compétence extraterritoriale 398
2. En matière de coopération pénale internationale autre que l'extradition 400
B. La dualité du contrôle judiciaire de la double incrimination en matière d'extradition 403
1. Le contrôle assuré par la Chambre d'instruction 403
2. Le contrôle assuré par le Conseil d'État 406
§ 2. L'étendue du contrôle judiciaire 412
Conclusion du Titre I 417
TITRE II. UNE APPLICATION DE LA DOUBLE INCRIMINATION REMISE EN CAUSE 419
CHAPITRE I. UNE REMISE EN CAUSE DE LA DOUBLE INCRIMINATION PARTIELLE MANIFESTE 427
Section I. La remise en cause de la double incrimination en droit pénal européen 430
§ 1. Une remise en cause de la double incrimination via les instruments européens classiques en matière de coopération 431
A. Une remise en cause de la double incrimination en matière d'extradition 431
B. Une remise en cause de la double incrimination affectant les autres formes de coopération judiciaire en matière pénale 437
§ 2. Une remise en cause via les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle 443
A. Une remise en cause de la double incrimination dans le mandat d'arrêt européen 448
B. Une remise en cause de la double incrimination présente au sein d'autres instruments de reconnaissance mutuelle 454
1. Une remise en cause unifiée de la double incrimination 455
2. Une remise en cause diversifiée de la double incrimination 457
Section II. La remise en cause de la double incrimination en droit interne 461
§ 1. Une remise en cause de la double incrimination dans l'intérêt public 463
A. La remise en cause de la double incrimination pour les infractions commises hors de l'espace aérien français 463
B. La remise en cause de la double incrimination pour les actes de terrorisme 465
C. La remise en cause de la double incrimination pour les infractions commises par des militaires 469
D. La remise en cause de la double incrimination pour certaines infractions en matière de bioéthique 470
E. La remise en cause de la double incrimination pour certaines infractions dans le domaine de la défense nationale 474
§ 2. Une remise en cause de la double incrimination en faveur d'une protection individuelle 477
A. La remise en cause de la double incrimination au sein de la compétence personnelle passive 477

B. La remise en cause de la double incrimination pour les infractions portant atteinte aux mineurs et autres personnes vulnérables 484
CHAPITRE II. UNE REMISE EN CAUSE DE LA DOUBLE INCRIMINATION ABSOLUE IMPOSSIBLE 489
Section I. Une remise en cause de la double incrimination en trompe-l'œil au sein de l'Union européenne 490
§ 1. Le maintien du contrôle de la double incrimination dans les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle 490
A. Le maintien de la double incrimination en tant que condition d'exécution 491
B. La double incrimination : encore un motif de refus d'exécution 496
§ 2. La problématique de l'harmonisation comme obstacle à la renonciation complète de la double incrimination 500
Section II. Une remise en cause de la double incrimination freinée nationalement 504
§ 1. La traduction législative de la suppression de la double incrimination prévue par les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle 505
A. Le maintien de la double incrimination en tant que condition d'exécution 505
B. L'infidélité de la transposition française 508
§ 2. Le contrôle judiciaire de la suppression de la double incrimination prévue par les instruments européens sur la reconnaissance mutuelle 511
A. L'absence de contrôle judiciaire de la double incrimination confirmée 512
B. L'existence d'un contrôle judiciaire exceptionnel de la double incrimination consacrée 515
Conclusion du Titre II 521
Conclusion de la deuxième partie 523
CONCLUSION GÉNÉRALE 525
ANNEXE. TABLEAU : DOUBLE INCRIMINATION ET COOPÉRATION JUDICIAIRE 531
INDEX 535
BIBLIOGRAPHIE 541
I. Traités, manuels et ouvrages généraux 543
II. Thèses et ouvrages spécialisés 544
III. Articles, chroniques et études 546
IV. Encyclopédies juridiques 554
V. Rapports et documents officiels 555
A. Institutions européennes 555
1. Conseil de l'Europe 555
a. Recommandations 555
b. Rapports 556
2. Union européenne 556
a. Commission européenne 556
b. Conseil européen 557
B. Institutions françaises 557
1. Assemblée nationale 557

2. Sénat 557
3. Conseil d'État 558
C. Organisation des Nations Unies 558
VI. Table des jurisprudences 558
A. Jurisprudences françaises 558
1. Conseil constitutionnel 558
2. Cour de cassation 558
3. Conseil d'État 560
4. Juridictions du fond 560
B. Jurisprudences internationales et étrangères : 560
VII. Divers 561
TABLE DES MATIÈRES 563