



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit international public

Dirigé par Joe Verhoeven

2010

La compétence personnelle passive

Jonathan Bourguignon

Sous la direction de Gérard Cahin

UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-ASSAS

Master 2 Recherche *Droit international public*

LA COMPETENCE PERSONNELLE PASSIVE

Mémoire pour le Master 2 en Droit international public

par M. Jonathan BOURGUIGNON

Sous la direction du Pr. Gérard CAHIN

Année universitaire 2009/2010

Sommaire

SOMMAIRE	i
Liste des abréviations	ii
Introduction	1
PREMIERE PARTIE : LE STATUT CONTROVERSE DE LA COMPETENCE PERSONNELLE PASSIVE EN DROIT INTERNATIONAL	7
Chapitre 1 ^{er} : Un titre de compétence aux fondements contestés.....	7
Chapitre 2 nd : La délicate détermination de l'existence de la compétence personnelle passive en droit international coutumier	24
SECONDE PARTIE : LES CONDITIONS D'UNE CONSECRATION DE LA COMPETENCE PERSONNELLE PASSIVE EN DROIT INTERNATIONAL	51
Chapitre 1 ^{er} : L'articulation de la compétence personnelle passive aux autres titres de compétence	51
Chapitre 2 nd : Le nécessaire encadrement de la compétence personnelle passive.....	60
CONCLUSION	77
BIBLIOGRAPHIE	79
TABLE DES MATIERES	91

Liste des abréviations

1) Publications

- A.C.D.I.* : Annuaire de la Commission du droit international
A.F.D.I. : Annuaire français de droit international
A.J.I.L. : American Journal of International Law
Ann. IDI : Annuaire de l'Institut de droit international
B.Y.I.L. : British Yearbook of International Law
B.U. Int'l L. J. : Boston University International Law Journal
Bull.crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle la Cour de cassation
E.J.I.L. : European Journal of International Law, journal européen de droit international
Fordham Int'l L.J. : Fordham International Law Journal
G.W.I.L.R. : George Washington International Law Review
I.L.M. : International Legal Materials
I.L.R. : International Law Reports
JCP G. : La Semaine juridique, édition générale
J.O.A.N. : Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
L.G.D.J. : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Penn St. Int'L L. Rev. : Penn State International Law Review
R.C.A.D.I. : Recueil des cours de l'Académie de droit international
Rec. : Recueil des arrêts, des avis consultatifs, des ordonnances de la C.I.J.
R.G.D.I.P. : Revue générale de droit international public
RID pén. : Revue internationale de droit pénal
R.T. Can. : Recueil des Traités du Canada
R.T.N.U. : Recueil des Traités – Traités et accords internationaux enregistrés ou classés et inscrits au répertoire au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies
Tex. Int'l L.J. : Texas International Law Journal
U.S.C. : United States Code

2) Institutions et autres

C.D.I. : Commission du droit international des Nations Unies

C.E. : Communauté européenne

C.D.P.C. : Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe

C.E.D.H. : Cour européenne des droits de l'homme

C.I.J. : Cour internationale de Justice

C.P.J.I. : Cour permanente de Justice internationale

I.D.I. : Institut du droit international

ONU : Organisation des Nations Unies

OUA : Organisation de l'Unité africaine

S.A. : Sentence arbitrale

S.F.D.I. : Société française pour le droit international

Remerciements

Je tiens à remercier le Pr. Gérard Cahin d'avoir dirigé ce mémoire en faisant preuve de sa patience et de sa disponibilité habituelles.

Mes remerciements vont également à MM. Carlo Chiaromonte et Kristian Bartholin (Conseil de l'Europe, Division du droit pénal), pour m'avoir sensibilisé aux subtilités de l'élaboration d'une Convention en droit pénal international, et notamment de la rédaction des dispositions relatives à la compétence internationale.

Je remercie enfin mes parents et mes frère et soeur pour leur précieux soutien.

« La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés »

Article 8 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 24 juin 1793

Introduction

Dans la philosophie politique de Hobbes et de Rousseau¹, l'État trouve sa légitimité dans son aptitude à protéger l'individu des atteintes à sa liberté, protection à laquelle l'individu ne peut prétendre dans l'état de nature. Cette perception de l'existence d'un « contrat social », organisé autour du droit de l'État d'assujettir l'individu et de son devoir de le protéger, semble constituer un des fondements essentiels de l'ordre juridique étatique. Les affaires Florence Cassez, Clotilde Reiss ou de l'Arche de Zoé témoignent de l'actualité de la question du « devoir de protéger » et de son importance pour l'opinion publique française. Elles soulignent aussi les limites des outils juridiques disponibles pour protéger les droits des nationaux à l'étranger². Malgré le postulat tendant à l'existence d'un « devoir de protéger », il faut encore pouvoir déterminer dans quelle mesure, et notamment dans quel champ spatial l'État a vocation à étendre la protection de son ordre juridique au bénéfice de ses nationaux. Sous l'angle du droit international public, la question fait l'objet d'une attention particulière lorsque cette vocation est affirmée relativement à des atteintes réalisées hors de l'espace territorial. D'abord, parce que la conduite à laquelle il entend appliquer les règles de son ordre juridique peut être située dans l'espace territorial d'un État tiers. Ensuite, parce que l'auteur de cette conduite est lui-même déjà soumis à son propre ordre juridique. Cette concurrence entre ordres juridiques étatiques intéresse directement le droit international, en tant que ses sujets de droit se voient potentiellement contrariés dans leur liberté d'action respective. Mais encore faut-il que le droit international encadre l'aptitude de l'État à rattacher une situation à son ordre juridique lorsque son national est victime d'une violation de ses droits à l'étranger par un étranger. Voici les raisons, énoncées pour l'instant schématiquement, qui nous conduisent à analyser le régime et l'intérêt de la compétence personnelle passive³ en droit international.

Dans son *Projet de résolution sur la compétence extraterritoriale des Etats*, l'Institut de droit international (I.D.I.), propose de définir la compétence personnelle passive comme

¹ Voir HOBBS (Th.), *Léviathan*, 2000 (1^{ère} édition 1651), Paris, Gallimard, 1027 p. ; ROUSSEAU (J.J.), *Du contrat social*, 1993 (1^{ère} édition 1762), Paris, Gallimard, 535 p.

² Sur la question spécifique de l'exercice de la protection consulaire, voir UBEDA-SAILLARD (M.), "Les aspects opérationnels de l'exercice de la compétence personnelle à l'égard des nationaux à l'étrangers", *A.F.D.I.*, 2009, pp. 137-171.

³ Aussi appelé « *passive personality* » en anglais, ou « *Schutzprinzip* » en allemand. Le terme « personnalité passive » semble être un anglicisme maladroit, puisque personnalité et compétence personnelle sont des concepts distincts dans le vocabulaire juridique français.

« la compétence à l'égard de personnes sur le territoire d'un autre État, basée sur le seul fait qu'ils [sic] ont porté préjudice aux droits ou intérêts légaux d'un ressortissant de l'État se réclamant de ce chef de compétence »⁴.

La compétence personnelle passive est donc en premier lieu une « **compétence** » internationale. Cette qualification, si elle est mal comprise, peut avoir un impact direct sur la manière de percevoir ce titre de compétence. A l'instar de Jean Salmon, il est possible de comprendre *prima facie* la compétence de l'État comme un « pouvoir juridique conféré ou reconnu par le droit international »⁵. Or, comme l'observe George Scelle, cette définition implique un « pouvoir objectif déterminé par un système juridique supérieur aux sujets de droit »⁶. Le « point de départ » du raisonnement en matière de compétence internationale serait donc l'ordre juridique international. Dans cette perspective, analyser le régime de la compétence personnelle passive nous obligerait à déterminer quelles sont les règles d'attribution ou de reconnaissance applicables, puis à établir si elles affirment le « pouvoir » de l'État de régir une situation dont un de ses nationaux a été victime à l'étranger. A l'inverse, la « compétence » internationale peut être conçue non pas comme un pouvoir, mais précisément comme l'encadrement, par le droit international, des pouvoirs que l'État s'attribue à lui-même. Le régime de la compétence internationale se construit alors de manière *négative*, par l'édiction de règles de droit international prohibitives hors desquelles la liberté résiduelle⁷ de l'État peut prendre son plein effet.

Sans se prononcer pour l'instant sur cette controverse⁸, il est notable que quelque soit l'approche choisie, la pratique opère une distinction fondamentale entre l'aptitude de l'État à étendre le champ d'application de ses normes à une situation d'une part (compétence *normative*), et celle de mettre en œuvre ces normes par le biais des autorités étatiques — juridictionnelles, exécutives— d'autre part (compétence *d'exécution*). En matière de compétence extraterritoriale, la compétence d'exécution est encadrée par des règles relativement bien connues, même si la distinction entre actes d'exécution matérielle et simples mises en œuvre immatérielles du droit porte à controverse⁹. Du reste, ces questions ne sont

⁴ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "Projet de résolution sur la compétence extraterritoriale de l'État : Délibérations de l'Institut en séances plénières ", *Ann. IDI*, 1993, session de Milan, vol. 65, tome II, p. 138.

⁵ SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 210.

⁶ SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, p. 80.

⁷ Sur le concept de liberté « résiduelle », voir CAHIN (G.), "Rapport", in *Les compétences de l'Etat en droit international*, [39^{ème} colloque de la Société française pour le droit international tenu à l'Université de Rennes 1 du 2 au 4 juin 2005], Paris, Pedone, 320 p. , 2006, p. 38-44.

⁸ Voir *infra*, nos commentaires sur l'arrêt *Lotus* de la Cour permanente de Justice internationale.

⁹ En témoigne les débats relatifs à la portée extraterritoriale de la compétence juridictionnelle.

pas propres à la compétence personnelle passive, mais communes à l'ensemble des compétences extraterritoriales. C'est donc l'existence de la compétence personnelle passive en tant que compétence normative qui nous intéressera avant tout.

La compétence personnelle passive peut d'abord se prévaloir de sa qualité de titre de compétence « **personnelle** ». Le lien de nationalité entre un État et son national est généralement reconnu comme attribuant à l'État l'aptitude à régir une conduite, même réalisée hors de l'espace territorial, et à évaluer la conformité de la conduite effective du national aux prescriptions formulées par l'État de nationalité¹⁰. La compétence personnelle *active* permet à l'État de rendre ses nationaux destinataires des normes qu'il édicte, quelque soit l'endroit où ils se trouvent. *A contrario*, la compétence personnelle *passive* a trait à l'aptitude de l'État à prendre pour objet la situation dans laquelle ses nationaux sont atteints par la conduite d'un étranger, sans que ce dernier soit nécessairement le destinataire désigné de la norme en question. Regroupées par la doctrine sous une même catégorie de compétences internationales, les formes active et passive de la compétence personnelle apparaissent donc relativement différentes dans leur construction théorique. En toute hypothèse, ces deux formes de compétence souffrent de sérieuses difficultés d'interprétation liées au concept de « personne ». Il s'agit d'abord de déterminer quelles sont les entités qualifiables de personnes et notamment, si au-delà des personnes physiques, les personnes *morales* peuvent être incluses dans la notion. Se pose en outre le problème de l'extension de la compétence personnelle au-delà des nationaux, en particulier aux *résidents habituels* ou *permanents*.

Mais certaines difficultés sont propres à la compétence personnelle passive. Selon Jean Combacau, le raisonnement juridique auquel oblige ce concept remet en cause l'objet même d'une norme juridique, en tronquant la notion de **destinataire** de la norme.

« [Q]uelque sens qu'on donne au mot destinataire, il est impossible d'analyser dans ces termes l'effet de droit que produit sur le national la règle qui fait de lui et de ce qui lui advient l'occasion — l'occasion et rien de plus — de l'application de la loi de l'État, celui dont elle protège les intérêts mais en aucune manière celui dont elle détermine le comportement »¹¹.

En contrepoint à cette observation, force est de constater que l'ordre juridique international reste avant tout construit sur les règles nécessaires à la préservation et à la promotion des intérêts respectifs ou communs des États, et non sur des principes d'orthodoxie juridique. Le

¹⁰ Voir COMBACAU (J.), "Conclusions générales", in *Les compétences de l'Etat en droit international*, *op. cit.*, p. 311.

¹¹ COMBACAU (J.), *ibid.*

plus souvent, les deux se conjuguent, mais cette combinaison n'est pas systématique. Néanmoins, la controverse relative au « destinataire » de la norme pose des difficultés dont les conséquences pratiques sont immédiates. L'auteur de la conduite mise en cause est susceptible de se voir appliquer les règles d'un ordre juridique qui lui est entièrement étranger, alors même que son propre ordre juridique ne lui prescrit pas un comportement déterminé. Seule une conception excessivement étendue de l'adage « nul ne peut ignorer la loi » semblerait à même de justifier cette soumission à un ordre juridique étranger.

La délimitation du concept de « **victime** » n'est pas plus évidente. Le terme « victime » se réfère à la fois à une *personne* déterminée et à l'*atteinte* ou violation d'intérêts juridiquement protégés. Or, rien n'indique de prime abord qu'un État agissant au bénéfice de sa victime souhaite protéger les atteintes aux droits de cette dernière et non ses droits propres. N'est-ce pas précisément l'objet de la compétence de protection ? Quand bien même les droits protégés seraient bien ceux des nationaux, il faudra préciser de quel ordre juridique ils sont tirés. Le *degré* de l'atteinte doit aussi être caractérisé. Selon l'approche choisie, les ayant droits d'une victime bénéficient (ou non) de la protection de leur État de nationalité, et ce pour l'ensemble des atteintes, ou seulement les plus graves. En adoptant une approche stricte, l'État réduit les risques de conflit avec les États tiers ; en choisissant une approche souple, il protège de manière optimale ses nationaux. Enfin, le terme de victime ouvre en théorie le champ d'application *ratione materiae* de la compétence personnelle passive à une infinité de domaines du droit. L'individu peut être victime d'un meurtre, d'un accident de la circulation, d'une violation de ses droits de propriété intellectuelle, voire même d'une atteinte à son environnement.

Au vu de ces premières observations, qui forment volontairement des questions sans y répondre pour l'instant, le lecteur a pu seulement réaliser les difficultés posées par la compétence personnelle passive dans son fondement, sa délimitation et sa mise en œuvre. Mais selon G. Watson, l'un des seuls auteurs à s'être penché récemment sur la question, ce titre de compétence garde aujourd'hui une « réputation douteuse en grande partie injustifiée »¹². Le fait que depuis seulement quelques décennies, la compétence personnelle passive semble consacrée de manière croissante par nombre d'États — sous des formes et des degrés divers — ne peut donc qu'attiser notre curiosité. Certes, les balbutiements de la compétence

¹² « The passive personality principle has a shabby reputation that is largely undeserved » (WATSON (G.R.), "The Passive Personality Principle", *Tex. Int'l L.J.*, 1993, vol. 28, p. 45, notre traduction).

personnelle passive sont relativement anciens, comme l'illustre un arrêt du Parlement du Paris de 1577. Dans cette affaire dite du « procès d'Angers », un Français avait été assassiné par un Italien à Bologne. L'auteur du meurtre ayant été arrêté sur le sol français, le lieutenant criminel de baillage (magistrat local du roi) devait décider de la poursuite ou non du coupable devant les tribunaux français. Sa décision, favorable à la remise de l'auteur aux autorités italiennes, fit l'objet d'un appel devant le Parlement de Paris, qui considéra que les autorités françaises étaient compétentes pour juger le crime d'un étranger commis à l'étranger contre un ressortissant français¹³. Cet exemple topique souligne que les Etats ont perçu l'intérêt de mettre en œuvre la compétence personnelle passive bien avant les bouleversements des relations internationales provoquées par la mondialisation. Pourtant, près de quatre siècles séparent cet arrêt de la « résurrection »¹⁴ de la compétence personnelle passive. Il a fallu attendre que les titres de compétence dits « traditionnels » —soit avant tout les compétences territoriale et personnelle active— montrent des lacunes graves pour que les Etats fondent l'application de leurs normes sur d'autres titres de compétence. En matière pénale, le développement du terrorisme international a certainement joué un rôle non négligeable dans le renouvellement de l'intérêt pour ce titre de compétence. Il a favorisé la consécration de la compétence personnelle passive non seulement pour des infractions déterminées, mais également pour l'ensemble des infractions présentant un certain degré de gravité au regard de l'ordre juridique interne. De là à en tirer une *consuetudo* et une *opinio juris* permettant de déterminer avec certitude l'existence coutumière de la compétence personnelle passive, il y a un pas qu'il n'est possible de franchir que par une analyse minutieuse de la pratique étatique. Mais la compétence personnelle passive n'a peut-être pas pour unique vocation de faire bénéficier les individus de la protection de leur seul ordre juridique national. De même que les titres de compétence « traditionnels » peuvent permettre de défendre la « légalité internationale » promue par la compétence universelle, rien n'empêche *a priori* à la compétence personnelle passive d'apporter un appui à cette entreprise.

L'intérêt grandissant que présente ce titre de compétence pour régir certaines conduites affectant gravement les sujets de droit interne requiert une analyse approfondie de son régime juridique en droit international, en prenant soin de déterminer les domaines dans lesquels sa mise en œuvre apparaît la plus utile. Dans cette perspective, il convient d'appréhender le statut

¹³ Voir DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux", *RID pén.* 1950, p. 513-514.

¹⁴ SWART (B.), "La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, p. 577.

controversé de la compétence personnelle passive (Partie 1), avant d'exposer les conditions qui nous semblent nécessaires à sa consécration en droit international (Partie 2).

PREMIERE PARTIE
**LE STATUT CONTROVERSE DE LA COMPETENCE PERSONNELLE
PASSIVE EN DROIT INTERNATIONAL**

Point de départ nécessaire à une réflexion sur la compétence personnelle passive, l'étude du statut¹⁵ de ce titre de compétence dévoile ses nombreuses controverses, relatives tant aux fondements de ce titre de compétence (Chapitre 1) qu'à sa reconnaissance par le droit international coutumier (Chapitre 2).

Chapitre 1 Un titre de compétence aux fondements contestés

Les contestations dont fait l'objet la compétence personnelle passive ont trait à son principe même (I.) et à la détermination de son contenu (II.)

I. Les contestations relatives au principe de la compétence personnelle passive

Malgré des tentatives de justification théorique (A.), l'opposition doctrinale au concept de « personnalité passive » semble prédominer (B.).

A. Les tentatives de justification théorique

Différents arguments ont été avancés par la doctrine à l'appui du concept de la compétence personnelle passive : une fiction que l'on nommera « territorialiste » ; la protection des intérêts de l'État ; la protection des intérêts des nationaux ; enfin, la protection de l'ordre public national.

1. La fiction « territorialiste »

Cette fiction conduit à considérer que l'individu se déplaçant hors de son territoire « emporte à ses semelles une parcelle du sol natal »¹⁶. Ainsi, l'État de nationalité de la victime pourrait se fonder sur cette forme de territorialité pour le moins extensive pour affirmer sa compétence à l'égard de la situation en cause. L'argument n'est donc qu'indirectement lié au concept de la compétence personnelle passive : le lien de nationalité n'est ici pertinent que parce qu'il justifie une extension d'une compétence qui demeure territoriale. Élaborée dans le

¹⁵ Il faut entendre ici le terme « statut » dans son sens large, incluant aussi bien la position doctrinale à l'égard de la compétence personnelle passive que l'état du droit international positif à cet égard.

¹⁶ DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive...", *op. cit.*, p. 522.

droit des cités lombardes, cette proposition n'a pas manqué d'attirer les critiques. En particulier, Bartole a dénoncé, à raison il nous semble, ce raisonnement étonnant qui conduit à faire de l'individu le « lieu » du délit¹⁷. Dans une certaine mesure, il est aussi possible d'y voir une forme de la doctrine dite « des effets », très débattue en l'état actuel du droit international¹⁸. Plus courante est la thèse visant à justifier la compétence personnelle passive par la protection des intérêts de l'État.

2. La protection des intérêts de l'État

Selon cette thèse, l'atteinte portée à un individu hors des frontières de son État national porte un préjudice médiat à ce dernier. L'État aurait donc un intérêt propre à ce que son ordre juridique s'applique aux actes dont ses nationaux sont victimes à l'étranger. Par son raisonnement, cette thèse fait songer au mécanisme de l'action en protection diplomatique, mais il faut naturellement distinguer ces deux questions : Il s'agit de deux domaines distincts du droit international, la compétence internationale de l'État d'une part, la responsabilité internationale de l'État de l'autre, qui mettent en jeu l'application de normes juridiques différentes — celles de l'ordre juridique interne dans le premier cas, celles de l'ordre juridique international dans le second. En revanche, il n'est pas incongru de considérer que les deux mécanismes reposent sur la même volonté de protéger le national à l'étranger et sur la même conception d'un intérêt « moral » de l'État au respect d'une norme juridique¹⁹.

En toute hypothèse, la protection des intérêts de l'État ne nous semble pas être une justification souhaitable. En effet, elle amène une confusion avec la compétence de protection, qui est précisément fondée sur les atteintes aux intérêts *nationaux*²⁰. Mais il peut arriver qu'une même situation fonde la compétence étatique sur ces deux titres à la fois. Une autre proposition, en lien avec celle-ci, est relative à la protection de l'ordre public interne.

¹⁷ BARTOLE, *Commentaria in primam Codicis partem*, n°45, cité dans DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive...", *op. cit.*, p. 522.

¹⁸ Il est possible de mettre cette remarque en perspective avec celle de Jean Combacau, selon qui « certains rattachements qui nous paraissent fonder [...] une compétence franchement extraterritoriale, sont quelquefois ramenés à la compétence territoriale [...], tant est puissante l'idée que l'État tire de son titre territorial un pouvoir de régir tout ce qui s'y rapporte de près ou de loin ». (COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, 8^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 354).

¹⁹ Pour une synthèse des objections à cette fiction en matière de protection diplomatique, voir COMBACAU (J.) et SUR (S.), *op. cit.*, p. 531.

²⁰ Cette confusion explique peut-être que certaines législations internes consacrent conjointement la personnalité passive et la compétence de protection, en visant les atteintes « à l'État ou aux nationaux » ; la doctrine imite parfois cette confusion (Cf. *infra*).

3. La protection de l'ordre public interne

Cette justification concerne une hypothèse spécifique : celle dans laquelle un national d'un État A est victime d'un acte contraire à l'ordre juridique de A hors du territoire de A, commis par un individu n'ayant pas la nationalité de A. Si l'auteur allégué de l'acte se déplaçait dans l'État A, qui ne consacre pas la compétence personnelle passive, ce dernier serait alors incapable de poursuivre la personne mise en cause ; cette situation risquerait de créer un « scandale » dans cet État. Or, selon Grotius et Covarruvias, la présence sur le territoire d'un État d'un criminel étranger jouissant en paix du fruit de ses crimes n'est pas tolérable²¹. L'argument, qui est parfois également invoqué pour justifier le principe de compétence universelle, prend nécessairement encore plus de poids lorsque la victime est un national de l'État où se trouve l'auteur allégué. À titre d'exemple, c'est cet argument qui a poussé la France à insérer la compétence personnelle passive dans sa législation pénale en 1975. Des activistes japonais avaient effectué une prise d'otages à l'Ambassade de France aux Pays-Bas un an plus tôt. A l'époque, alors même que des Français figuraient parmi les otages, les terroristes auraient pu pénétrer en principe sur le territoire français sans être inquiétés²².

Nous avons noté précédemment que cet argument n'était qu'une justification partielle du principe de compétence personnelle passive, parce qu'elle suppose la présence de l'auteur de l'acte allégué sur le territoire de l'État invoquant ce titre de compétence. Il faut ajouter que cette justification apparaît en outre circonscrite à la matière pénale, ou du moins à des hypothèses où le préjudice subi par la victime est particulièrement grave. *A contrario*, la présence, sur le territoire d'un État donné, d'une personne ayant simplement violé ses obligations contractuelles envers un national de cet État risque peu d'atteindre l'ordre public. Il faut donc rechercher ailleurs la véritable justification théorique de la compétence personnelle passive. La thèse de la protection des intérêts propres des victimes semble la plus convaincante.

²¹ Cités par G. Guillaume dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* (C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, arrêt du 14 février 2002, *Rec. 2002*, op. ind. de M. Guillaume, p. 36, §4.

Dans le même sens, M. Akehurst souligne que les « supporters of the universality and passive personality principles argue that States should work together for the punishment of crime *and that the presence within a State of the accused of an unpunished criminal is socially dangerous* » (AKEHURST (M.), "Jurisdiction in International Law," *B.Y.I.L.*, 1972-1973, p. 165, mise en forme ajoutée).

Même la Harvard Law School Research in International Law, très réticente à la compétence personnelle passive, concède la pertinence de cet argument (HARVARD LAW SCHOOL RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, "Jurisdiction with Respect to Crime", 29 *A.J.I.L.*, supp., 1935, p. 579.

²² MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, thèse de doctorat, Université Paris I, 2006, p. 68.

4. La protection des intérêts des victimes

Selon cette thèse, un État doit pouvoir protéger ses nationaux contre les atteintes aux droits que ces derniers tirent de l'ordre juridique étatique²³, même lorsque ces atteintes ont lieu hors de son territoire. Plus précisément, il est possible de voir dans cette protection le corollaire de la soumission de l'individu à l'ordre juridique de son État national. Comme dans le point précédent, c'est dans la matière pénale que la justification semble la plus convaincante. Le raisonnement est présenté avec clarté par Donnedieu de Vabres :

« Si l'État est intéressé à ce que [ses citoyens] aient une conduite régulière, il est intéressé, au même chef, à ce que leur activité honnête soit protégée pénalement. Cette protection pénale est, en quelque sorte, l'envers de la responsabilité pénale, personnelle elle aussi, qui leur incombe »²⁴.

Indépendamment des nombreuses difficultés que pose cette volonté de l'État de protéger ses nationaux, elle semble raisonnablement fonder la compétence internationale de l'État, cette fois pour des motifs spécifiques à ce titre de compétence. Cette thèse est renforcée dans l'hypothèse où les États pouvant se prévaloir soit de la compétence territoriale, soit de la compétence personnelle active, n'agissent pas pour réguler le comportement en cause²⁵. La mise en œuvre, par l'État de nationalité de la victime, de sa compétence personnelle passive apparaît alors comme le seul moyen de protéger son national.

Malgré ces tentatives de justification, les objections au principe de compétence personnelle passive demeurent majoritaires.

B. La prédominance de l'opposition doctrinale

L'opposition se cristallise aussi bien sur les questions théoriques que sur les considérations pratiques liées à la mise en œuvre de la compétence personnelle passive.

²³ SARKAR (L.), "The Proper Law of Crime in International Law", in MUELLER (G.O.W.) et WISE (E.M.), *International criminal law*, F.B. Rothman Ed., South Hackensack, 1965, p. 66.

²⁴ DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive...", *op. cit.*, p. 521. Dans le même esprit, De Visscher considère que « the criminal law of the country where the offence has been committed owes foreigners such protection as will in general ensure the repression of such offences ». (DE VISSCHER (Ch.), observations in Committee of Experts of the League of Nations for the Progressive Codification of International Law, "Criminal Competence of States in respect of Offences committed outside their Territory", *A.J.I.L.*, *supp.*, 1926, vol. 20, p. 259.

²⁵ C'est le cas, d'une part, lorsque le comportement en cause n'est pas encadré par leur ordre juridique respectif, et d'autre part, lorsque ce comportement est encadré mais que l'État s'abstient de mettre en œuvre sa compétence.

1. Les objections théoriques

Ces objections prennent naissance dans le droit municipal des cités italiennes et dans celui de l'Ancien Régime en France. Le refus de voir assimilé l'intérêt de la victime d'un acte à l'intérêt de sa cité ou de son État conduit la doctrine d'alors, et Bartole au premier chef, à dénoncer cette « passion politique » qui menace le principe de territorialité²⁶. L'objection a directement pour cible la pertinence du lien de nationalité pour justifier la compétence internationale de l'État. Ce rejet du lien de nationalité *per se* a été relativisé, pour une grande part, par la consécration progressive du principe de compétence personnelle active.

En revanche, l'opposition à la compétence personnelle passive s'est maintenue, comme en témoignent les débats menés par les juges de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) dans le cadre de l'affaire du *Lotus*²⁷. Les faits relatifs à cette affaire sont célèbres. Suite à un abordage en haute mer entre un navire français (le *Lotus*) et un navire turc (le *Boz-Kourt*), le navire turc sombre et huit Turcs présents à bord décèdent. A l'arrivée du *Lotus* au port de Constantinople, l'officier de quart Demons, aux commandes du navire français au moment de la collision, et le capitaine du navire turc sont arrêtés. Une juridiction turque les condamne tous deux en application de la législation turque²⁸. Contestant la compétence des juridictions répressives turques, la France porte l'affaire devant la Cour permanente, afin qu'elle détermine si l'exercice de sa compétence par la Turquie est conforme au droit international coutumier. Si la CPJI ne se prononce pas directement sur la question dans son arrêt²⁹, les opinions dissidentes des juges Loder, Nyholm et Moore dénotent une certaine réserve à l'égard du principe de compétence personnelle passive. Les juges Loder et Nyholm³⁰ insistent sur l'importance fondamentale du principe de territorialité, sans véritablement examiner les fondements théoriques de la compétence personnelle passive. Ainsi, selon le juge Loder, la loi pénale d'un État « ne peut pas s'étendre sur les délits d'un étranger commis à l'étranger, sans enfreindre la souveraineté de cet État étranger, puisque dans cet État elle n'a pas de juridiction »³¹. L'argument paraît cyclique, car l'absence de compétence internationale est ici à la fois la cause — « pas de juridiction » —, et la conséquence — l'impossibilité

²⁶ DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive...", *op. cit.*, p. 514.

²⁷ C.P.J.I., *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n°10, *Rec.*, pp. 1-33.

²⁸ Demons est condamné en application de la compétence personnelle passive turque en matière pénale (Cf. article 6 du *Code pénal* turc, numérotation de l'époque).

²⁹ Voir *infra*.

³⁰ C.P.J.I., *Lotus*, *op. diss.* de M. Loder, p. 35 ; *op. diss.* de M. Nyholm, p. 60.

³¹ C.P.J.I., *Lotus*, *op. diss.* de M. Loder, p. 35.

d'étendre la loi pénale à la situation —. Le juge Moore considère quant à lui que l'auteur d'un acte ne peut être soumis qu'à l'ordre juridique et à l'autorité de l'État territorial³².

En somme, ces critiques portent plus sur les menaces potentielles de ce titre de compétence pour le respect du principe de territorialité que sur le cœur du débat théorique : la pertinence du lien de nationalité entre l'État et la victime pour fonder le rattachement d'une situation extraterritoriale à l'ordre juridique de cet État. Contrairement à la compétence personnelle active, la compétence personnelle passive se caractérise par une asymétrie entre le destinataire de la norme juridique (la personne dont l'ordre juridique entend déterminer la conduite), et la personne qui fonde le lien avec cet État (la victime de la violation de cette conduite). Peut-on pour autant dire que le rattachement n'est alors pas « pertinent » ? Toute la difficulté réside en effet dans l'établissement de critères déterminant les rattachements pertinents. Ceci peut expliquer le laconisme qui caractérise souvent les arguments contestant le concept de compétence personnelle passive³³. Sans remettre en cause le concept même du « lien de rattachement », il est possible de douter de l'opérabilité d'un tel critère. Les objections pratiques à la compétence personnelle passive sont cependant plus faciles à appréhender.

2. Les objections pratiques

La mise en œuvre de la compétence personnelle passive présente des enjeux tant pour l'État qui s'en prévaut que pour l'auteur de l'acte en cause.

a. Les enjeux pour l'État mettant en œuvre la compétence personnelle passive

Un des arguments pratiques les plus couramment opposés à la compétence personnelle passive a trait aux tensions politiques auxquelles sa mise en œuvre peut aboutir. Traditionnellement, l'affirmation de ce titre de compétence est perçue comme un signe de défiance vis-à-vis du juge territorial, considéré inapte ou peu enclin à protéger la victime étrangère³⁴. Plus généralement, la critique souligne l'atteinte portée à la souveraineté de l'État

³² La compétence personnelle passive « est en opposition non seulement avec le principe de juridiction exclusive d'un État sur son propre territoire, mais encore avec le principe également bien établi qu'une personne, séjournant dans un pays étranger, loin de, pour ainsi dire, rayonner pour sa propre protection la juridiction de son pays, tombe sous le coup de la législation locale et doit avoir recours à ladite législation locale pour se protéger » (C.P.J.I., *Lotus*, *op. diss.* de M. Moore, p. 92).

³³ Ainsi, la Harvard Law School Research in International Law affirme simplement que la compétence personnelle passive constitue « the most difficult [principle of jurisdiction] to justify in theory ». (HARVARD LAW SCHOOL RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, *op. cit.*, p. 579).

³⁴ CASSESE (A.), *International Criminal Law*, 2^{ème} édition, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 337.

territorial. Cependant, différentes observations peuvent relativiser cet argument. D'abord, le risque de tensions n'apparaît que lorsque l'individu mis en cause est déjà présent sur le territoire de l'État souhaitant mettre en œuvre sa compétence personnelle passive, ou sur le territoire d'un État tiers sans lien avec la situation. En effet, lorsque l'individu en cause est présent dans l'État compétent territorialement, ou dans l'État national de l'auteur, seules deux solutions sont possibles : ou bien l'État disposant de l'individu accepte d'extrader ce dernier vers l'État de nationalité de la victime, auquel cas il approuve nécessairement la mise en œuvre de la compétence de l'État de nationalité de la victime ; ou bien il refuse l'extradition vers ce dernier État, auquel cas aucune atteinte à sa souveraineté ne peut être reprochée à l'État de nationalité de la victime. En outre, l'argument relatif aux bonnes relations interétatiques n'est pas spécifique à la compétence personnelle passive ; il peut être étendu à toutes les situations dans lesquelles plusieurs États affirment leur compétence internationale sur une même situation, et même lorsque seuls sont en cause des titres de compétence dits « traditionnels ». Enfin, et sauf cas particulier, cette présentation des conflits de compétence impliquant la compétence personnelle passive peut sembler excessive³⁵. Comme nous le démontrerons, rares sont les hypothèses où l'État de nationalité de la victime affronte un État tiers pouvant se prévaloir d'un titre de compétence « traditionnel ». Le plus souvent, la compétence personnelle passive est exercée de manière *subsidaire*.

Plus proche des réalités des relations interétatiques est l'argument relatif au coût financier et matériel de la mise en œuvre de ce titre de compétence. Il est vrai que le caractère ténu du rattachement de l'État de nationalité de la victime avec la situation régie est ici illustré de manière très concrète. Les différents acteurs impliqués — police judiciaire, juge — doivent franchir des obstacles conséquents. Le droit international prohibant en principe fermement tout acte d'exécution en territoire étranger³⁶, il faut impérativement bénéficier de la coopération des États en lien avec la situation en cause. Si l'État de nationalité de la victime met en œuvre sa compétence personnelle passive au mépris de l'opposition de ces États — soit lorsque que l'auteur est déjà présent sur son territoire, soit lors d'un jugement *in*

Selon Bert Swart, « [c]ette méfiance à l'égard de la justice pénale des autres États a toujours rendu le principe controversé et lui a donné une assez mauvaise réputation » (SWART (B.), *op. cit.*, p. 577).

³⁵ À l'inverse, MM. Cafritz et Tene considèrent que ce titre de compétence constitue « the most aggressive basis for extraterritorial jurisdiction ». Mais peut-être la sévérité de cette critique doit-elle être remise dans le contexte de l'article, qui porte sur l'article 113-7 du *Code pénal* français, forme particulièrement étendue de compétence personnelle passive. (CAFRTZ (E.) et TENE (O.), "Article 113-7 of the French Penal Code : The Passive Personality Principle", *Colum. J. Transnat'l L.*, 2003, p. 599)

³⁶ Voir notamment STERN (B.), "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", *A.F.D.I.*, 1986, vol. 32, p. 12.

absentia —, cette coopération paraît compromise. Une fois cet aval obtenu, il faudra ensuite mettre en œuvre des moyens souvent considérables, surtout en matière pénale, afin d'obtenir d'éventuelles preuves ou de témoignages. Ce problème est illustré par une des poursuites lancées en France à l'encontre d'officiers de la junte militaire chilienne accusés d'actes de torture sur des citoyens français pendant la dictature du Général Pinochet. Dans ce contexte, le juge Le Loire a lancé en mai 2000 une commission rogatoire internationale pour auditionner plus de cent personnes en Argentine³⁷. Dans l'hypothèse d'actes d'une telle gravité, l'argument du coût financier ne devrait pas, à notre sens, être déterminant, surtout lorsque l'État compétent territorialement — en l'espèce, le Chili — semble lui-même réticent à poursuivre les auteurs des actes allégués. L'objection relative aux contraintes matérielles peut être tempérée sur deux points supplémentaires. De la même manière que pour l'argument relatif à la préservation des bonnes relations entre Etats, la dénonciation du coût de mise en œuvre n'est pas spécifique à la compétence personnelle passive ; elle est commune à *tous* les titres de compétence extraterritoriale³⁸. Enfin, la compétence personnelle passive assure en principe qu'un acteur essentiel du procès soit déjà sur place : la victime. Ceci ne doit pas faire oublier les intérêts de l'auteur allégué, qui peuvent être directement affectés par la mise en œuvre de la compétence personnelle passive.

b. Les enjeux pour l'auteur de l'acte en cause

L'impératif de protection des intérêts de l'accusé constitue un des arguments pratiques les plus fréquents, et peut-être un des plus convaincants avancés à l'encontre de la compétence personnelle passive. Sont mises en cause à la fois l'imprévisibilité et l'« injustice » de la mise en œuvre de la compétence internationale de l'État dans l'hypothèse où l'État de nationalité de la victime intervient. Comme le souligne le Comité Européen pour les Problèmes Criminels (C.D.P.C.) du Conseil de l'Europe, le principe de prévisibilité de la loi est fondamental, surtout en matière pénale³⁹. Les problèmes liés à la prévisibilité se posent sous deux angles. D'une part, l'auteur d'un acte n'a pas connaissance d'être potentiellement soumis aux règles de l'ordre juridique de l'État de nationalité de sa victime étrangère. D'autre part, il n'a pas non

³⁷ BENILLOUCHE (M.), "Droit français", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.)(dir.), *Juridictions nationales...*, *op. cit.*, p. 169.

³⁸ Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, le juge Van Den Wyngaert souligne d'ailleurs qu'« il peut se révéler difficile de recueillir les éléments de preuve lors de procès concernant des crimes extraterritoriaux, à quoi s'ajoute le fait que les Etats peuvent craindre de surcharger leurs tribunaux ». (*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *op. cit.*, *op. diss.* de M. Van den Wyngaert, p. 172).

³⁹ COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (Conseil de l'Europe), *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Strasbourg, Division des publications et des documents, 1990, p. 30.

plus connaissance du contenu des normes appliquées par cet État, normes qui peuvent être très différentes de celles de son propre État ; l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » consacre une fiction qui n'est justifiable qu'à l'égard des règles de l'ordre juridique de l'État de nationalité de l'auteur ou de celle de l'État territorialement compétent. La compétence personnelle passive conduit pourtant à soumettre potentiellement l'individu à une infinité de législations étrangères, en particulier dans les villes « internationales ». Mann, et de nombreux autres universitaires, ont souligné les conséquences absurdes auxquelles peut conduire de la mise en œuvre de la compétence personnelle passive.

« It would be wholly unacceptable if an American who drives his motor-car in New York and knocks down a Turk would be subject to criminal prosecution in Turkey for an offence which, perhaps, exists only by Turkish law, if he were exposed to a penalty of which he had no inkling »⁴⁰.

Cette remarque est judicieuse, mais peut être à la fois tempérée et écartée dans certaines hypothèses. Premièrement, elle peut être tempérée lorsque l'acte en cause est un acte grave, réprimé dans la plupart des ordres juridiques nationaux. C'est le cas en matière de terrorisme, mais également pour de nombreux autres actes criminels, tels que le viol ou la pédophilie. L'argument de l'imprévisibilité doit ensuite être écarté si l'État de nationalité de la victime respecte le principe de double incrimination. Nos réponses à cet argument s'adaptent cependant moins bien à la matière civile. Dans ce domaine, la soumission de la situation en cause à l'ordre juridique ou aux juridictions de l'État de nationalité de la victime est manifestement imprévisible, voire injuste en matière contractuelle quand elle fait fi du choix des parties⁴¹. En toute hypothèse, rappelons que ce type d'arguments vise seulement l'opportunité de la mise en œuvre de la compétence personnelle passive et non sa conformité à d'éventuelles règles posées par le droit international. C'est en ce sens que Joe Verhoeven estime, concernant la compétence extraterritoriale en général, qu'« il est possible que les particuliers en subissent quelques préjudices. Cela ne suffit pas pour conclure à une violation du droit international »⁴².

⁴⁰ MANN (F.A.), "The doctrine of international jurisdiction", *R.C.A.D.I.*, 1964, vol. I, p. 39.

⁴¹ Voir notamment la critique cinglante de F.A. Mann envers le « privilège de juridiction » introduit par l'article 14 du Code civil français. « This is an almost unique provision, which has been much criticised and can only be described as indefensible » (MANN (F.A.), "The doctrine of international jurisdiction", *op. cit.*, p. 80).

⁴² VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 136.

Nous avons exposé les justifications et motifs de contestation du concept de compétence personnelle passive. La justification de ce principe semble naître principalement de la volonté de l'État de nationalité de la victime de protéger ces dernières, en tant que leurs droits propres ont été violés. Quant aux objections, elles ont en grande partie pu être nuancées. Néanmoins, reconnaître à la compétence personnelle passive un certain fondement amène à résoudre une difficulté supplémentaire ; celle de la détermination de son champ d'application.

II. Les contestations relatives au champ d'application de la compétence personnelle passive

Les débats concernent le champ d'application *ratione personae* (A.), *ratione materiae* (B.) et *ratione loci* (C.) que couvre la compétence personnelle passive.

A. Le champ d'application *ratione personae*

La compétence personnelle passive est par définition fondée sur le lien unissant l'État à une « personne » qualifiée de « victime ». Ce titre de compétence pose donc deux types de problèmes *ratione personae* ; un problème inhérent à tout titre de compétence personnelle — la détermination des « personnes » —, ainsi qu'un problème spécifique à la compétence personnelle sous sa forme passive — la qualification de « victime ».

1. La victime en tant que « personne »

- *L'exigence d'un lien de nationalité*

La question de l'exigence d'un lien de nationalité pour fonder la compétence personnelle est commune à ses formes active et passive. Elle naît de l'existence, dans certains ordres juridiques étatiques, d'une assimilation plus ou moins poussée des résidents permanents aux nationaux dans l'étendue de certains de leurs droits et devoirs. L'application cohérente des règles de l'ordre juridique interne pourrait en ce sens justifier que l'État s'estime compétent pour régir les actes dont ses résidents ont été victimes à l'étranger. Dans une certaine mesure, cette assimilation ne pose pas de difficulté majeure du point de vue du droit international, celui-ci ne posant pas de règles précises relatives à l'étendue de la compétence personnelle. En revanche, une telle compétence personnelle passive est directement sujette aux objections théoriques exposées auparavant. Le lien de rattachement entre l'État et la

victime est encore plus tenu lorsqu'il s'agit d'un simple résident — même si demeure la dialectique entre soumission à, et protection de l'ordre juridique. Cette assimilation peut aussi amener à des situations délicates, notamment lorsque l'État de nationalité de la victime souhaite aussi mettre en œuvre sa compétence personnelle passive. Nous assisterions alors à un surprenant conflit entre deux formes de compétence personnelle passive. Mais l'exigence d'un lien de nationalité entraîne aussi ses propres risques de conflit de compétence. Le problème des nationalités multiples se pose ici dans les mêmes termes que pour la compétence personnelle active, et témoigne de la même absence de solution générale en droit international.

- *Détermination du lien de nationalité*

Si l'État se fondant sur la compétence personnelle passive exige l'existence d'un lien de nationalité avec la victime, se pose la question supplémentaire du mode de détermination de cette nationalité. Cette détermination est fixée par le seul ordre juridique interne, et ne peut en aucun cas être invalidée par l'ordre juridique international. Il est notable que l'observation vaut aussi bien pour les personnes physiques que pour les personnes morales. Une fois qu'il reconnaît à une entité la personnalité morale dans son ordre juridique, rien n'empêche alors à l'État de déterminer à son gré les conditions fixant la nationalité de celle-ci, et de lui étendre le bénéfice de sa protection par le biais de la compétence personnelle passive. La seule condition à l'efficacité internationale de cette démarche est celle du respect d'un des critères reconnus par le droit international en la matière : le critère de l'incorporation ou le critère du siège social. L'ordre juridique international n'intervient en effet que pour établir les conditions d'opposabilité de la nationalité dans l'ordre international, et ce pour la mise en œuvre de la compétence personnelle comme pour toute autre matière⁴³. *A contrario*, il semble que certaines exigences du droit international, telle celle d'une nationalité effective, soient restreintes au droit de la protection diplomatique ; elles n'ont pas vocation à s'étendre au cadre de la compétence personnelle⁴⁴.

Enfin, un dernier point relatif à l'exigence du lien de nationalité peut être soulevé, concernant son appréciation dans le temps. Il est concevable que la victime, pour bénéficier de la protection fournie par la compétence personnelle passive, doit avoir possédé la nationalité pertinente de manière continue, dès le moment de réalisation de l'acte dont elle a

⁴³ C.I.J., *Nottebohm (2^{ème} phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *Rec. 1955*, p. 23. Voir COMBACAU (J.) et SUR (S.), *op. cit.*, p. 330-333.

⁴⁴ Le champ d'application de la règle de l'effectivité semble en effet « être limité au droit de la protection diplomatique, le défaut d'effectivité n'étant jamais invoqué par exemple contre la prétention d'un État à étendre la portée de sa loi à tous ceux qu'il tient pour nationaux » (COMBACAU (J.) et SUR (S.), *op. cit.*, p. 333).

été victime, et ce jusqu'à la mise en œuvre de la compétence internationale par son État de nationalité. A titre d'exemple, la prétention de l'État d'Israël dans l'affaire *Eichmann*⁴⁵ de mettre en œuvre sa compétence personnelle passive⁴⁶ à l'égard des Juifs victimes de la Shoah et leurs ayant droits nous semble infondée, car ceux-ci ne bénéficiaient pas (encore) de la nationalité israélienne au moment des faits⁴⁷.

2. La qualification de « victime »

Il faut d'abord déterminer par rapport à quel ordre juridique s'apprécie la notion de victime. Lorsqu'un État met en œuvre sa compétence personnelle passive, il détermine de manière unilatérale si la personne qu'il envisage de protéger peut être qualifiée de « victime ». Celle-ci allègue une atteinte à des intérêts juridiquement protégés par l'ordre juridique interne de son État de nationalité ; il est donc cohérent que la notion de victime soit appréciée par rapport à ce même ordre juridique. Déterminons ensuite le moment auquel la qualification de victime intervient. C'est bien sûr lors de la mise en œuvre de la compétence personnelle passive, et plus précisément lorsque la justice de l'État de nationalité de la victime se saisit de l'affaire. En droit du contentieux interne, la qualification de « victime » prend donc la forme d'une question de recevabilité, laissée à l'appréciation de la juridiction saisie. « Il s'agit uniquement d'établir que le requérant a un intérêt juridique à l'action, identifié par la qualité de victime — interprétée à la lumière de la notion d'intérêt pour agir »⁴⁸. Chaque ordre juridique interne détermine donc unilatéralement, et souvent de manière prétorienne, ce qu'il entend par ce terme. Seulement, l'Etat souhaitant préserver la qualité des relations avec ses voisins délimitera avec retenue sa conception du terme « victime » ; par exemple, sur la question de l'extension de la protection à des victimes dites indirectes, tels que les ayant droits nationaux d'une victime étrangère.

Il n'existe donc pas de définition universelle de la notion de victime à appliquer à toute mise en oeuvre de la compétence personnelle passive. Néanmoins, les débats actuels sur la

⁴⁵ Tribunal de district de Jérusalem, arrêt du 12 décembre 1961, et Cour suprême, arrêt du 29 mai 1962, *I.L.R.*, vol. 36, pp. 5-342.

⁴⁶ Israël se fondait également sur les titres de compétence universelle et de protection.

⁴⁷ Dans le même sens, Randall considère que « because Eichmann's victims were not Israelis when Eichmann acted and because Eichmann never threatened Israel's security, Israel's reliance on the passive personality and protective principles expanded those jurisdictional bases [considerably] » (Randall (K.C.), "Universal Jurisdiction Under International Law", *Texas Law Review*, 1988, vol. 66, p. 814, cité par BENOIT (J.P.), "The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes", *Naval Law Review*, 2005, vol. 53, p. 274).

⁴⁸ SANTULLI (C.), "Observations et proposition sur l'« extension » du concept de victime d'une violation des droits de l'homme", in *Libertés, justice, tolérance (Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan)*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1374.

signification de cette notion en droit international ne peuvent-ils pas influencer la manière dont chaque État définit les victimes au sens du droit interne ? La question peut être pertinente en matière pénale. Comme nous le démontrerons ultérieurement, la pénétration d'intérêts universels dans le concept de compétence personnelle passive modifie radicalement l'approche à suivre en matière pénale. La qualification de « victime » est alors internationalisée, en ce que l'atteinte en cause est le résultat d'un crime *international* — ie. d'une conduite proscrite par l'ordre juridique international. Quant au domaine des droits de l'homme, il est possible que la tendance à l'extension de la notion de victime, initiée par les juridictions internationales de protection des droits de l'homme⁴⁹, entraîne un mouvement similaire des juridictions nationales mettant en œuvre la compétence personnelle passive — du moins lorsque le respect des droits de l'homme est en cause —.

Les questions relatives au champ d'application *ratione materiae* de la compétence personnelle passive ne sont pas moins fondamentales.

B. Le champ d'application *ratione materiae*

L'enjeu principal concerne la possibilité pour un État d'affirmer sa compétence personnelle passive sur les matières civile et (ou) pénale. L'extension de ce titre de compétence aux crimes internationaux pose également problème.

1. Matière civile et matière pénale

La réflexion à porter sur cette question est directement liée au rôle que nous avons attribué à la compétence personnelle passive : la protection par l'Etat des intérêts propres de la victime. Dans cette optique, deux thèses radicalement opposées sont généralement retenues. La première, défendue notamment par Donnedieu de Vabres, consiste à écarter la matière pénale du champ d'application de la compétence personnelle passive, pour n'y inclure que la matière civile. Alors que l'auteur définit les règles civiles comme des règles *personnelles* ou de « garantie individuelle », la majorité des règles pénales poursuivraient un but radicalement différent, et sans lien quelconque avec la protection des personnes. Le but de ces dernières « n'est pas de protéger la personne du délinquant, ni même de sauvegarder les intérêts de sa victime, mais de défendre l'ordre public »⁵⁰. A ces objections théoriques, Oppenheim joint un

⁴⁹ Voir en ce sens l'article précité dans son intégralité (SANTULLI (C.), *op. cit.*, pp. 1371-1383).

⁵⁰ DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, L.G.D.J., 2004, p.78.

argument pratique, celui du risque d'atteinte à la souveraineté d'autres Etats. Nous avons évoqué auparavant ce problème de manière plus générale. Mais Oppenheim décèle dans le cas spécifique de la matière pénale un risque particulièrement élevé d'atteinte aux souverainetés étrangères, étant donné le caractère éminemment public de la politique pénale. La compétence personnelle passive

« creates more serious problems in relation to criminal cases, where the involvement of the public authority of the prosecuting state is readily perceived as leading to the exercise of such authority by one state within the territory of another »⁵¹.

Cependant, la thèse contraire, accueillant la matière pénale et écartant la matière civile, apparaît plus convaincante. Elle peut être défendue d'abord de manière positive, vis-à-vis de la pertinence de la compétence personnelle passive en matière pénale. En effet, la mise en œuvre de ce titre de compétence contesté est plus aisée à justifier lorsque sont en cause des violations graves des intérêts juridiquement protégés de la victime. Jescheck restreint ainsi la mise en œuvre de la compétence personnelle passive aux atteintes aux « intérêts vitaux »⁵² de la victime. Or, cette notion s'accommode mieux de la matière pénale que de la matière civile, au moins dans la perception (subjective) que s'en font les Etats ; un État sera notamment plus réticent à mettre en œuvre sa compétence extraterritoriale pour une « simple » question de responsabilité civile. D'autre part, la compétence personnelle passive en matière pénale présente un avantage indéniable. Les juridictions pénales nationales appliquent leur *propre* droit pénal. Cette coïncidence ne se retrouve pas en matière civile, où les règles de droit international privé applicables peuvent conduire à l'application des normes d'un ordre juridique étranger⁵³. Dans une telle hypothèse, il peut paraître absurde que l'État mette en œuvre sa compétence personnelle passive alors même qu'il ne peut garantir que cette mise en œuvre entraînera la protection de la victime par les normes de son ordre juridique interne. Le seul intérêt de la victime serait ici d'être face à son juge « naturel », juge qui ne lui est d'ailleurs pas nécessairement favorable. L'écartement de la compétence personnelle passive en matière civile, deuxième aspect de notre thèse, semble donc opportun. Cette mise à l'écart de la matière civile est soutenue par une doctrine abondante⁵⁴, comme en témoignent les

⁵¹ JENNINGS (R.) et WATTS (A.), *Oppenheim's International Law : peace*, 9^{ème} édition, London, Longman, 1992, p. 466-467.

⁵² JESCHECK, *Internationales Recht und Diplomatie*, 1956, vol. 75, p. 92, cité par MANN (F.A.), "The doctrine of international jurisdiction", *op. cit.*, p. 92.

⁵³ COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (Conseil de l'Europe), *op. cit.*, p. 21.

⁵⁴ Jean Combacau souligne les « vives résistances » à l'extension de la compétence personnelle passive hors de la matière pénale (COMBACAU (J.) et SUR (S.), *op. cit.*, p. 358)

critiques virulentes portées au « privilège de juridiction » établi par l'article 14 du Code civil français⁵⁵.

2. Le problème spécifique des « crimes internationaux »

Sous une première approche, le terme recouvre l'ensemble des infractions graves réprimées par le droit interne de différents Etats, et dont le rattachement à plusieurs de leurs ordres juridiques respectifs les conduit à coordonner entre eux la répression de cet acte sur la base d'un instrument conventionnel. L'acte en cause n'est ici pas nécessairement réprimé de manière universelle par la communauté internationale. *A contrario*, une seconde définition lie directement le crime international à la compétence universelle. Le crime international est ici la « catégorie de violation du droit international accomplie par un sujet de droit international qui se caractérise à la fois par l'importance de l'obligation violée et par la gravité de sa violation »⁵⁶. C'est dans ce contexte précis que se pose la question de l'extension de la compétence personnelle passive aux crimes internationaux. Si l'État de nationalité se fonde sur la compétence personnelle passive pour protéger son national, doit-il établir que la victime alléguée⁵⁷ a subi une violation de son droit interne ? Nous avons affirmé auparavant que dans le cadre de la compétence personnelle passive, la victime est atteinte dans ses droits tirés de l'ordre juridique *interne*. C'est dans cet esprit qu'Antonio Cassese affirme que la compétence personnelle passive constitue « a narrow and nationalistic standard for bringing alleged criminals to justice, based on the interest of the state to prosecute those who have allegedly attacked one of its nationals »⁵⁸. Selon l'auteur, il est donc malvenu que la compétence personnelle passive soit fondée sur une atteinte à des valeurs communes à l'ensemble des membres de la collectivité internationale.

Pourtant, la commission d'un crime international tel que la torture peut méconnaître à la fois des règles de l'ordre juridique interne et de l'ordre juridique international. En conséquence, il n'apparaît pas déraisonnable que l'État mette en œuvre sa compétence personnelle passive à l'égard d'un acte réprimé par la communauté internationale dans son

⁵⁵ Selon cette disposition, « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ». Cette disposition a fait l'objet de critiques virulentes, parmi lesquelles celle de F.A. Mann (MANN (F.A.), "The doctrine of international jurisdiction", *op. cit.*, p. 39 et p. 80).

⁵⁶ SALMON (J.)(dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 288.

⁵⁷ Nous ne précisons pas systématiquement que la violation des droits n'est qu'*alléguée*, mais il faut garder à l'esprit cet élément.

⁵⁸ CASSESE (A.), *International Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 337-338.

ensemble, si tant est que cette confusion entre compétences personnelle passive et universelle soit utile⁵⁹.

Il nous reste enfin à déterminer le domaine couvert *ratione loci* par la compétence personnelle passive

C. Le champ d'application *ratione loci*

Si la mise en œuvre de son droit par un État est prohibée par le droit international général lorsqu'elle requiert des opérations matérielles sur le territoire d'un État tiers, la compétence normative de l'État peut en principe s'étendre à des conduites établies sur le territoire d'un État étranger sans que la souveraineté de ce dernier en soit véritablement affectée⁶⁰. Hormis cette hypothèse d'un acte réalisé dans l'espace territorial d'un État donné, qu'en est-il de l'affirmation par un État de sa compétence personnelle passive à l'égard d'actes réalisés dans un espace *international* ? La question se pose avec acuité lorsque l'État de nationalité d'une victime affirme sa compétence internationale à l'égard d'une atteinte subie en haute mer par un de ses nationaux, sur un navire battant pavillon étranger⁶¹. En la matière, la détermination de l'État compétent est principalement guidée par l'espace dans lequel se trouve le navire⁶² : En mer territoriale et dans les eaux intérieures, seuls sont compétents l'État de pavillon et l'État côtier, sauf convention contraire⁶³. En haute mer, le principe est désormais celui de la compétence exclusive de l'État de pavillon⁶⁴. La compétence personnelle passive à l'égard d'actes commis sur un navire semble donc exclue dans la plupart des cas. La compétence personnelle passive relative aux actes commis à bord d'un aéronef est quant à elle régie, comme tous les autres titres de compétence, par des instruments conventionnels. Elle est ainsi parfois consacrée vis-à-vis des actes criminels commis à bord des aéronefs⁶⁵.

⁵⁹ Sur les conséquences que nous tirons de cette affirmation, voir *infra*.

⁶⁰ Ce raisonnement, qui n'est pas l'objet de ce développement, est explicité *infra*, chapitre 2, I.

⁶¹ Voir par exemple l'affaire de l'*Achille Lauro*, *infra*.

⁶² COMBACAU (J.) et SUR (S.), *op. cit.*, p. 466.

⁶³ A titre d'exception à ce principe, la Convention des Nations Unies pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime du 10 mars 1988 établit en son article 6§2 (b) la possibilité de mettre en œuvre la compétence personnelle passive : « Un État Partie peut [...] établir sa compétence aux fins de connaître de l'une quelconque de ces infractions [...] lorsque, au cours de sa perpétration, *un ressortissant de cet État est retenu, menacé, blessé ou tué* » (*R.T.N.U.*, vol. 1678, p. 221).

⁶⁴ Cf. Article 97 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, *R.T.N.U.* vol. 1834, p. 3

⁶⁵ Voir *infra*, chapitre 2, II., A.

Enfin, il est intéressant de s'interroger sur une hypothèse plus « périphérique », celle des actes commis à bord d'engins spatiaux. Si le tourisme spatial n'en est aujourd'hui qu'à ses balbutiements, son développement amènera nécessairement à un renforcement des règles internationales en la matière. Et il n'est pas inconcevable qu'un astronaute victime d'un acte répréhensible pendant un vol puisse se tourner vers son État de nationalité.

En conclusion, le principe de compétence personnelle passive apparaît contesté aussi bien dans ses fondements théoriques et pratiques que dans son champ d'application. Nombre de nos développements précédents présentent seulement des éléments de réflexion et non des certitudes, et ne reflètent pas nécessairement la position adoptée en pratique par les Etats. Pour compléter l'étude du statut de la compétence personnelle passive en droit international, il apparaît donc nécessaire de confronter ce concept à une analyse du droit international coutumier.

Chapitre 2

La délicate détermination de l'existence de la compétence personnelle passive en droit international coutumier

L'analyse de la pratique internationale relative à la compétence personnelle passive nous laisse face à un paradoxe : s'il apparaît particulièrement délicat d'établir avec fermeté l'absence de norme coutumière prohibant la compétence personnelle passive (I.), ce titre de compétence n'en demeure pas moins consacré par un nombre non négligeable d'Etats, en particulier en matière pénale (II.).

I. L'absence de norme coutumière prohibant la compétence personnelle passive

Pour tout juriste internationaliste, analyser l'existence d'un titre de compétence en droit international coutumier revient à se plonger dans l'une des plus anciennes, et peut-être l'une des plus intéressantes, controverses doctrinales du droit international public. Il n'en va pas différemment du cas spécifique de la compétence personnelle passive. Notre intitulé indique d'ores et déjà l'approche que nous avons choisie. Il nous faudra cependant justifier le choix de notre méthode d'analyse (A.), avant de souligner les difficultés de son application à la pratique internationale existante (B.).

A. La détermination coutumière des règles de compétence internationale

Les enseignements de l'arrêt *Lotus* (1) permettent de dégager une méthode d'identification coutumière de la compétence personnelle passive (2).

1. Enseignements et controverses de l'arrêt *Lotus*

« Point de passage incontournable »⁶⁶ de toute analyse de la compétence internationale de l'État, l'arrêt *Lotus*⁶⁷ de la Cour Permanente de Justice internationale a permis de trancher une question essentielle. Sans dévoiler ici les faits, qui nous intéresseront plus directement par la suite, il est utile de rappeler les deux thèses soutenues par la France et la Turquie, opposées sur la formulation même de la question présentée à la Cour. Selon la France, il s'agissait de déterminer si le droit international *consacrait* le titre de compétence affirmé par

⁶⁶ DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé, droit international public et droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 206, §324.

⁶⁷ C.P.J.I., *Lotus*, *op. cit.*

la Turquie⁶⁸. À l'inverse, la Turquie alléguait qu'il revenait à la France d'établir que le droit international *prohibait* le titre de compétence internationale invoqué⁶⁹. Face à ces raisonnements radicalement opposés, la Cour permanente répond que

« Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, le droit international leur laisse à cet égard une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives. [...] Dans ces circonstances, tout ce que l'on peut demander à un État, c'est qu'il ne dépasse pas les limites que le droit international met à sa compétence »⁷⁰.

La Cour affirme donc la logique *prohibitive* du droit international, qui laisse libres les Etats dans l'affirmation de titres de compétence internationale, sauf interdiction spécifique. Il faut souligner que la portée de ce principe de liberté résiduelle est restreinte à l'hypothèse des compétences normatives ; comme le précise la Cour permanente, la mise en œuvre extraterritoriale du droit est quant à elle soumise à une logique cette fois *permissive*⁷¹.

Différentes controverses ont depuis entaché la formule de l'arrêt *Lotus*. D'abord, par une relativisation de sa portée, la décision ayant été prise grâce au vote prépondérant du Président Huber, et la solution concrète de l'arrêt désavouée par des instruments conventionnels en droit de la mer⁷² ; ensuite, par une remise en cause de ce qui a parfois été perçu comme l'affirmation d'une compétence internationale illimitée des États⁷³, alors même que l'arrêt précise qu'il existe certaines règles prohibitives. Un courant doctrinal a ainsi tenté de démontrer que le droit international est attributif de compétences, en opposition frontale

⁶⁸ « La question qui vous est posée, celle que vous devez résoudre, est celle-ci : le droit international *consacre-t-il* la compétence pénale de la Turquie à l'égard de l'officier du navire français *Lotus* dans le cas soumis à votre appréciation ? » (C.P.J.I., *Lotus*, plaidoirie de M. Basdevant, série C, n°13, p. 38, mise en forme ajoutée).

⁶⁹ « De notre part nous disons : [le droit international] *refusera-t-il* [la compétence pénale affirmée] ? C'est à la France de prouver si le droit international refuse ce système [...]. Et, tant qu'il n'y a pas de disposition prohibitive en l'espèce, c'est le droit de la souveraineté de l'État qui agit » (C.P.J.I., *Lotus*, plaidoirie de Mahmoud Essat Bey, série C, n°13, p. 116, mise en forme ajoutée).

⁷⁰ C.P.J.I. *Lotus*, pp. 18-19.

⁷¹ « La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle *permissive* contraire — 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 » (C.P.J.I., *Lotus*, *loc. cit.*, mise en forme ajoutée).

⁷² Sur ces critiques et des propositions de réponses, voir DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *op. cit.*, p. 207-208.

⁷³ Pour une thèse en ce sens, voire MAYER (P.), "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", *Revue critique de droit international privé*, 1979, vol. I pp.1 s., vol. II. pp. 350 s., vol. III pp. 357 s., et la critique de cette thèse par STERN (B.), "Quelques observations...", *op. cit.*, spéc. p. 16-17.

avec l'approche suivie dans *Lotus*⁷⁴. Dans cette optique, le droit international coutumier attribuerait des titres de compétence, attribution conditionnée par l'existence d'un « lien substantiel », voire d'un lien avec les éléments constitutifs de l'État — les liens territorial et national étant principalement visés —. Ces propositions semblent pouvoir être nuancées. Nous avons déjà souligné auparavant la difficulté de mettre en œuvre le critère du rattachement substantiel, qui ne parvient pas à dégager un concept opérationnel en droit international coutumier⁷⁵. Quant à la théorie des éléments constitutifs de l'État, elle apparaît conciliable avec le principe de liberté résiduelle de l'État. Comme l'explique Evelyne Lagrange, « dire [...] que l'État tire de ses éléments constitutifs autant de titres de compétence, reconduit insidieusement au principe selon lequel l'État puise en lui-même le droit de se protéger en ses diverses composantes »⁷⁶. Ce qui n'empêche pas le droit international d'avoir vocation à établir des règles prohibitives. Mais le droit international coutumier n'encadre la compétence internationale que par ces règles prohibitives, rien de plus. Faute de décrire un ordre juridique international intégré, cette approche semble plus conforme à la réalité d'un ordre juridique international encore fortement décentralisé.

2. Les conséquences sur l'identification coutumière de la compétence personnelle passive

Au vu du raisonnement adopté, le mode de détermination de l'existence de la compétence personnelle passive en droit international coutumier est simple à formuler. Il ne faudra pas démontrer que ce titre de compétence est consacré par une norme coutumière, mais plutôt qu'*aucune norme de droit international coutumier nie son existence*. Formulée négativement, cette approche semble inviter à rechercher un « silence », ou du moins l'absence d'opposition manifeste à la compétence personnelle passive. La formation d'une

⁷⁴ Evelyne Lagrange souligne les enjeux théoriques sous-tendant ce conflit doctrinal : « Tout [...] oppose ces écoles de pensée : deux conceptions de l'État — une conception normativiste et une conception sociologique —, deux conceptions du droit international de la compétence — droit gouverné par le principe international de liberté et droit subordonnant toute action de l'État à une autorisation préalable » (LAGRANGE (E.), "Rapport", in *Les compétences de l'État en droit international*, [39^{ème} colloque de la Société française pour le droit international tenu à l'Université de Rennes 1 du 2 au 4 juin 2005], Paris, Pedone, 2006, p. 108).

⁷⁵ Un nombre significatif d'auteurs soutient pourtant ce raisonnement, notamment F.A. Mann, pour qui la compétence normative existerait au profit d'un État seulement « si son contact avec un complexe de faits donné est si étroit, si substantiel, si direct, si pesant, que légiférer à leur égard est en harmonie avec le droit international » (cité et traduit par DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *op. cit.*, p. 242).

⁷⁶ LAGRANGE (E.), *op. cit.*, p. 111.

⁷⁷ À titre subsidiaire, notons que la compétence personnelle passive peut, d'une certaine manière, s'intégrer dans la théorie des éléments constitutifs. Si celle-ci se contente de reconnaître la nationalité comme lien de rattachement pertinent, sans autre précision, aucune raison ne justifie qu'elle affirme l'existence de la compétence personnelle active en droit international coutumier, mais écarte sa forme passive.

norme coutumière est déterminée par la réunion de deux éléments ; un élément matériel (une pratique générale et suffisamment répétée des Etats, ou *consuetudo*), et un élément psychologique (la conviction ou sentiment de respecter une règle de droit, ou *opinio juris*)⁷⁸. Appliquée à notre question, il s'agit donc d'établir la réunion d'une *consuetudo* et d'une *opinio juris* estimant prohibée la compétence personnelle passive comme titre de compétence.

Si une telle démonstration n'est pas possible, il faudra alors conclure à l'« existence » de la compétence personnelle passive en droit international coutumier. Or, pour qu'une telle conclusion puisse être établie avec rigueur, encore faut-il respecter deux conditions. D'une part, disposer d'une pratique étatique suffisante, et dont l'interprétation claire est possible. D'autre part, être capable de dépasser les controverses sur le déroulement du processus d'identification des normes coutumières. Malheureusement, il apparaît que la première de ces conditions suffit à contrarier notre démarche.

B. Les difficultés liées à l'analyse de la pratique internationale

Ces difficultés ont trait à l'interprétation des législations internes (1.) et des réactions des Etats tiers à leur mise en œuvre (2.), et au silence des juridictions internationales sur le statut coutumier de ce titre de compétence (3.).

1. L'identification de la compétence personnelle passive dans les législations internes

a. La pratique issue des législations internes

La législation interne constitue une source formelle de premier ordre en matière de compétence internationale de l'État. Mais son analyse présente différentes difficultés. Certaines sont communes à l'ensemble des titres de compétence internationale. Si la consécration d'une compétence normative est un préalable nécessaire à toute action des organes de l'État en matière pénale, la législation interne en matière civile opère parfois différemment, en dissociant compétences normative et juridictionnelle. Du fait des mécanismes des règles de droit international privé, une juridiction interne peut ainsi être amenée à exercer sa compétence à l'égard d'une situation sur laquelle l'ordre juridique interne ne prétend pas étendre l'application de ses normes. Le comparatiste doit donc être vigilant dans sa démarche, en ne tirant pas de conclusions hâtives de l'absence de compétence normative dans la législation interne. Une prudence particulière est requise dans l'analyse des

⁷⁸ C.I.J., *Plateau continental de la Mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. 1969*, p. 44.

systèmes juridiques de *common law*, qui peuvent laisser à leurs juridictions la possibilité d'affirmer la compétence internationale de l'État hors de toute habilitation législative. Ces hypothèses ont cependant tendance à se réduire face au développement du rôle de la loi dans ces systèmes juridiques. En toute hypothèse, l'analyse de la législation interne doit donc s'accompagner de celle de la jurisprudence⁷⁹. Une autre difficulté générale nuance toute conclusion que l'on pourrait tirer de l'analyse de la législation interne. Comme l'explique Brierly,

« we cannot safely argue from the fact that a State assumes jurisdiction only in certain cases that it regards those cases as the only ones in which the assumption of jurisdiction would be legitimate »⁸⁰.

D'autres critères que la conviction de l'existence du titre de compétence en droit international coutumier sont pris en compte par le législateur. En particulier, les conséquences de l'affirmation d'un titre de compétence pour ses relations interétatiques, ou la praticabilité et le coût de mise en œuvre d'un tel titre. Voilà autant d'éléments pouvant influencer le législateur dans la délimitation de la compétence internationale de l'État, sans pour autant faire douter de son *opinio juris* vis-à-vis d'un titre de compétence internationale donné. Il est plus difficile de maintenir cette position lorsque le silence de la législation concerne un pan entier de l'ordre juridique. Ainsi, le fait que le « privilège de juridiction » consacré par l'article 14 du *Code civil* français ne trouve quasiment aucun équivalent dans les autres ordres juridiques doit certainement être pris en compte dans l'analyse de l'existence coutumière de la compétence personnelle passive en matière civile. *A contrario*, la consécration d'un titre de compétence ne suffit pas à établir une pratique accompagnée d'une *opinio juris* lorsque la législation interne s'inscrit dans un cadre conventionnel. Abstraction faite de la codification d'une norme coutumière par voie conventionnelle, l'élaboration d'une Convention répond précisément au besoin des parties de se lier dans un domaine non régi par le droit international coutumier. Dans cette perspective, il serait audacieux de tirer d'une législation interne ne faisant que transposer des dispositions conventionnelles, une pratique accompagnée d'une *opinio juris*. De telles législations ne sont donc pas directement pertinentes pour analyser l'étendue de la compétence internationale que se reconnaît un État.

⁷⁹ Voir *infra*, b.,

⁸⁰ BRIERLY (J.L.) et DE VISSCHER (Ch.), Committee of Experts of the League of Nations for the Progressive Codification of International Law, "Report of the Sub-Committee on Criminal Competence of States in respect of Offenses committed outside their Territory", *A.J.I.L.*, *supp.*, 1926, vol. 20, p. 254.

Hormis ces difficultés générales, l'identification de la compétence personnelle passive dans la législation présente ses propres subtilités. Le problème principal résulte de la confusion potentielle portée par certaines législations internes entre compétence personnelle passive et compétence de protection⁸¹. L'interprétation textuelle de la législation se heurte parfois à l'analyse du contexte et des travaux préparatoires. *L'Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act*, adopté en 1986 par le Congrès américain, dispose par exemple que « whoever kills a national of the United States, while such national is outside the United States, shall [be fined or imprisoned by U.S. courts under U.S. law] »⁸². D'un point de vue formel, cette disposition établit la compétence personnelle passive des Etats-Unis⁸³. Mais certains auteurs ont pu y lire l'affirmation d'une forme de compétence de protection, les activités terroristes portant directement atteinte aux intérêts de *l'État* même⁸⁴. Ces deux thèses ne nous semblent pas irréconciliables, sauf lorsque la législation vise spécifiquement des agents de l'État. Rien n'interdit à une législation interne de consacrer conjointement ces deux titres de compétences, malgré la confusion inhérente à de telles formules. C'est le cas de nombreuses législations en matière pénale : le *Code pénal* chinois étend par exemple la compétence de la République Populaire de Chine aux crimes commis « contre l'Etat chinois ou contre un national de cet État »⁸⁵.

A ces difficultés d'identification et d'interprétation des législations internes s'ajoutent celles relatives à l'analyse de leur mise en œuvre.

⁸¹ Voir *supra*, chapitre 1^{er}, I., A.

⁸² *Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act* ("Anti-Terrorism Act"), 18 U.S.C. § 2331 (1988).

⁸³ C'est du moins l'opinion d'une partie de la doctrine américaine. Voir par exemple MCCARTHY (J.G.), "The Passive Personality Principle and its Use in Combating International Terrorism", *Fordham Int'l L.J.*, 1990, vol. 13, p. 311-312.

⁸⁴ Selon MM. Blakesley et Stigall, « The Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act of 1986 and the USA Patriot Act, have language suggesting use of the passive personality principle [...]. But they are both better interpreted as employing the protective principle ». (BLAKESLEY (Ch. L.) et STIGALL (D.E.), "The Myopia of U.S. v. Martinelli: Extraterritorial jurisdiction in the 21st Century", *G.W.I.L.R.*, 2007, vol. 39, p. 27-28).

⁸⁵ Voir YUAN (L.) et JIANPING (L.), "Droit chinois", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *op. cit.*, p. 349-350.

Ce type de formule est repris par de nombreuses autres législations internes, *inter alia* le *Code pénal* thaïlandais: « Offenses committed outside of Thailand may be tried in Thai courts if [...] the offender is an alien and the Royal Thai Government or a Thai person is the injured party » (*Code pénal* du Royaume de Thaïlande, article 8 §2, cité in INTERPOL, "Report on Thailand", traduction non officielle, disponible sur <www.interpol.int/Public/BioTerrorism/.../Thailand.pdf>).

b. La pratique suivie dans la mise en œuvre des législations internes

Les législations relatives à la compétence personnelle passive sont avant tout appliquées par les juridictions internes, dont la jurisprudence rend l'identification de cette mise en œuvre relativement aisée. La mise en œuvre de la compétence personnelle passive reste cependant très occasionnelle, et l'apport des jurisprudences internes très lacunaire. Les détracteurs de la compétence personnelle passive pourraient tirer de ce caractère lacunaire un élément déterminant pour nier l'existence de ce titre de compétence en droit international coutumier. Dans cette thèse, la compétence personnelle passive est peu mise en œuvre parce que l'audace du législateur est tempérée par les autorités exécutives —intermédiaires obligés de toute demande d'extradition—, présumées plus sensibles au respect du droit international coutumier. Une telle explication n'est pas concluante. Si la compétence personnelle passive n'est pas couramment mise en œuvre, c'est avant tout du fait du caractère *subsidaire* de ce titre de compétence dans l'ordre juridique de nombreux Etats qui la consacrent. Encore aujourd'hui, seules les législations française et américaine témoignent d'une pratique relativement riche.

La compétence personnelle passive française, particulièrement protectrice des victimes d'infractions pénales, a en effet donné lieu à une jurisprudence relativement abondante et souvent médiatisée⁸⁶. Dans l'affaire *Krombach*, les juridictions répressives françaises ont condamné Didier Krombach, citoyen allemand, pour des violences mortelles commises en Allemagne sur une Française de quatorze ans⁸⁷. La mise en œuvre de la compétence personnelle passive a également été sollicitée par des prisonniers français, pour des crimes de séquestration arbitraire prétendument commis à la prison de Guantanamo⁸⁸. Le développement de la jurisprudence française en la matière est d'ailleurs favorisé par l'approche intransigeante de la Cour de Cassation, qui rappelle que la mise en œuvre de ce titre de compétence n'est pas laissée à la libre appréciation du juge⁸⁹.

⁸⁶ Voir *infra*.

⁸⁷ Cour d'assises de Paris, 3^{ème} section, 9 mars 1995, n° 930031.

⁸⁸ Cass. crim., 4 janvier 2005, *Bull. crim.* n°1.

⁸⁹ « [L]es juridictions françaises, appelées à connaître des infractions criminelles commises hors du territoire de la République à l'encontre de victimes françaises, doivent appliquer les conventions internationales et les dispositions répressives internes protégeant ses ressortissants, en sorte que *les juges d'appel ne pouvaient refuser de se prononcer sur le refus d'application* des stipulations de la troisième Convention de Genève sur le statut des prisonniers de guerre, sur celles du Pacte de New-York et sur les dispositions de droit interne, sans violer les textes susvisés et priver leur décision de base légale » (Cass. crim, 4 janvier 2005, *op. cit.*, p.2, mise en forme ajoutée).

Les juridictions américaines ont également produit une jurisprudence importante, en particulier en matière de terrorisme. La mise en œuvre de la compétence personnelle passive rencontre ici de graves difficultés d'interprétation ; il semble souvent délicat d'établir sur quel titre de compétence se fonde la juridiction saisie, faute de précision donnée par cette dernière. C'est notamment le cas de l'arrêt rendu dans l'affaire *United States v. Benitez*⁹⁰, relatif à l'agression, au racket, et à l'assassinat d'un agent américain de la Drug Enforcement Administration (DEA) par un citoyen colombien. Des auteurs tels qu'Eric Jensen ont interprété l'intervention de la Cour comme une mise en œuvre de la compétence personnelle passive⁹¹, mais la qualité d'agent étatique de la victime en l'espèce peut faire douter de cette qualification⁹². En revanche, des mécanismes développés par la jurisprudence, telle la doctrine « Charming Betsy », facilitent l'interprétation des mises en œuvre de la compétence internationale américaine, en obligeant le juge à replacer l'exercice de sa compétence dans le cadre du droit international coutumier⁹³. Cette doctrine constituant un formidable outil d'analyse de la position des juridictions américaines sur la compétence personnelle passive, il faut regretter, à l'instar de Joshua Robinson, qu'elle soit si peu respectée dans la jurisprudence⁹⁴.

Réserve faite des jurisprudences française et américaine, la mise en œuvre des législations internes relatives à la compétence personnelle passive demeure lacunaire. Comme le souligne judicieusement le C.D.P.C. du Conseil de l'Europe dans son rapport, « le fait que de nombreux Etats [...] aient établi dans certains cas des formes étendues de compétence extraterritoriale n'implique pas nécessairement qu'ils y aient massivement recours »⁹⁵. Ce constat remet en cause l'utilité concrète de la compétence personnelle passive, mais n'a pas d'incidence directe sur l'existence de ce titre de compétence en droit coutumier⁹⁶.

⁹⁰ *United States v. Benitez*, 741 F.2d 1312 (11th Cir. 1984).

⁹¹ JENSEN (E.T.), "Exercising Passive Personality jurisdiction over Combatants: A Theory in Need of a Political Solution", *The International Lawyer*, 2008, vol. 42, p. 1117.

⁹² Dans le même sens, l'arrêt *Columba-Collela* est silencieux sur le fondement juridique de la compétence juridictionnelle de la Cour : « The court offered no explanation or authority for its assertion that the United States lacks competence to prosecute a Mexican national for murder of a United States national in Mexico, except to say that "[n]o one would argue" for such a result » (WATSON (G.R.), *op. cit.*, p. 43).

⁹³ Selon cette doctrine, « the court must first try to read the [legislation] in conformity with international law. For the [piece of legislation] to be read in harmony with international law, its extraterritorial reach cannot extend beyond the prescriptive jurisdictional boundaries set by international law » (Juge Scalia de la Cour Suprême des Etats-Unis, cité dans ROBINSON (J.), "United States Practice Penalizing International Terrorists Needlessly Undercuts Its Opposition to the Passive Personality Principle", *B.U. Int'l L. J.*, 1998, vol. 16, p. 495.

⁹⁴ Voir ROBINSON (J.), *op. cit.*, p. 487-505.

⁹⁵ COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (Conseil de l'Europe), *op. cit.*, p. 10.

⁹⁶ Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, le juge Wyngaert rappelle d'ailleurs qu'« Un État peut avoir des raisons valables, d'un point de vue politique ou pratique, de s'abstenir d'exercer sa compétence en l'absence de l'auteur de

Toutefois, il rend l'analyse de la mise en œuvre des législations internes plus incertaine. La même incertitude prévaut concernant les réactions des Etats tiers à la mise en œuvre de la compétence personnelle passive.

2. Les réactions des Etats à la mise en oeuvre d'une compétence personnelle passive

Au préalable, notons que pour procéder à l'interprétation de ces réactions, il faut pouvoir *accéder* aux documents faisant état de ces réactions. Or, l'État opposé à la mise en œuvre d'une compétence personnelle passive, notamment lorsqu'elle s'exerce à l'égard de son national, communique souvent son opposition par les voies diplomatiques, caractérisées par la confidentialité⁹⁷. Seule l'hypothèse de la présence de l'auteur dans cet État tiers, qui implique une demande d'extradition à celui-ci, assure en principe une réaction « publique » de l'État requis par le biais de ses autorités judiciaires. Il peut donc être extrêmement complexe d'avoir accès aux réactions des Etats tiers à la mise en œuvre de la compétence personnelle passive. Cet obstacle franchi, l'interprétation de la réaction joue un rôle déterminant dans notre analyse du droit international coutumier.

a. 1^{ère} hypothèse : les réactions univoques

Les réactions univoques peuvent être définies comme des réactions constantes et uniformes à la mise en œuvre de la compétence personnelle passive. C'est le cas par exemple de la position britannique, quasiment inchangée depuis le XIX^e siècle. En 1852, le Parlement français envisageait d'inscrire la compétence personnelle passive dans la législation pénale. Le Gouvernement britannique objecta avec virulence qu'une telle compétence normative heurtait les souverainetés étatiques étrangères, et n'était pas reconnue par le droit international⁹⁸. Plus d'un siècle plus tard, c'est la même position qui fut invoquée par le

l'infraction », et que dès lors, « une "pratique négative" des Etats consistant pour ceux-ci à s'abstenir d'engager des poursuites judiciaires ne saurait être considérée en soi, comme révélatrice d'une *opinio juris* » (*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *op. cit.*, op. diss. de M. Van den Wyngaert, respectivement p. 145 et p. 172).

⁹⁷ Watson met en relief cet obstacle technique majeur. « The "practice" of states may be shrouded in diplomatic mist, hidden from view by a cloud of classification and obfuscation. In [the United States], the public, Congress, and even many parts of the Executive Branch may never know whether the United States government repeatedly objects to or acquiesces in other governments' use of passive personality jurisdiction. The relevant material may consist of confidential diplomatic notes or classified internal memoranda » (WATSON (G.R.), *op. cit.*, p. 39).

⁹⁸ Voir DERUMAUX, *Étude historique sur l'extraterritorialité*, cité par DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive...", *op. cit.*, p. 516 ; HARVARD LAW SCHOOL RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, *op. cit.*, p. 579.

Royaume-Uni pour justifier le refus de donner suite à la première demande d'extradition d'Augusto Pinochet vers l'Espagne⁹⁹. Dans l'hypothèse d'une demande d'extradition, l'État requis exprime donc avec clarté son opinion sur l'existence du titre de compétence invoqué par l'État requérant en droit international coutumier. Mais la mise en œuvre de la compétence personnelle passive n'implique pas forcément une demande d'extradition, et la réaction de l'État tiers peut être équivoque.

b. 2^{ème} hypothèse : les réactions ambivalentes

La réaction est ambivalente lorsque son fondement ne peut être déterminé avec certitude. L'exemple le plus caractéristique est donné par l'affaire *Cutting*¹⁰⁰, citée très fréquemment par la doctrine américaine comme l'illustration de la défiance traditionnelle des Etats-Unis à la compétence personnelle passive. Cette affaire opposant les Etats-Unis au Mexique, se déroula en deux temps. Cutting, citoyen américain, était accusé de diffamation par le Mexique suite à la publication d'un éditorial visant Emigdio Medina, citoyen mexicain, dans un quotidien publié au Mexique. Cutting se rétracta publiquement pour mettre fin aux poursuites. Le jour même, il réitéra ses allégations dans un journal texan, dont il fit circuler des exemplaires au Mexique. Les autorités mexicaines relancèrent alors les poursuites en se fondant sur la compétence personnelle passive¹⁰¹, et Cutting fut condamné à un an de travaux forcés et au paiement d'une amende. Les Etats-Unis réagirent vivement à cette condamnation, en contestant la conformité de ce titre de compétence au droit international¹⁰². Pourtant, il semble que cet argument n'ait constitué qu'un facteur parmi ceux ayant conduit à la réaction vigoureuse des Etats-Unis. En ce sens, Watson souligne le caractère déterminant du contexte de l'affaire, notamment l'absence de proportionnalité entre l'infraction, mineure dans la législation américaine, et la peine prononcée par la Cour mexicaine, ou encore le traitement particulièrement sévère subi par Cutting dans les geôles mexicaines¹⁰³. Il est même possible

⁹⁹ « The murder of Spanish citizens in Chile is not an extradition crime under section 2(1)(b) of the Extradition Act for which Senator Pinochet could be extradited, for the simple reason that *the murder of a British citizen in Chile would not be an offense against our law* » (House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others — Ex Parte Pinochet* [1999], *I.L.M.*, vol. 37, p. 1317, mise en forme ajoutée, cité par PEREZ (A.F.), "The Perils of Pinochet : Problems for Transnational Justice and a Supranational Governance solution", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, p. 190).

L'Espagne renouvela ensuite sa demande d'extradition, en se fondant cette fois sur la compétence universelle.

¹⁰⁰ *Cutting*, 1886. Voir MOORE (J.M.), *International Law Digest*, 1906, pp. 232-240 ; U.S. DEPARTMENT OF STATE, "Report on Extraterritorial Crime and the Cutting Case", *Foreign Relations Law of the United States*, 1887, vol. 751.

¹⁰¹ Compétence consacrée à l'époque par l'article 186 du *Code pénal* mexicain.

¹⁰² U.S. DEPARTMENT OF STATE, "Report...", *op. cit.*, p. 813.

¹⁰³ WATSON (G.R.), *op. cit.*, p. 6.

de se demander « whether the United States would have protested Mexico's assertion of jurisdiction so loudly had Cutting been accused of mass murder of Mexican nationals in Texas »¹⁰⁴. Il est donc délicat de tirer des conclusions de ces réactions ambivalentes¹⁰⁵. La détermination d'une pratique constante dans le temps n'est pas plus aisée.

c. 3^{ème} hypothèse : les réactions inconstantes dans le temps

Dans cette hypothèse, les réactions d'un État donné semblent diverger selon le moment auquel on se place. Cette inconstance présente des conséquences plus ou moins néfastes pour notre analyse de la pratique internationale. Lorsque la divergence est marquée par deux périodes successives distinctes, il suffit de se référer à cette dernière période, à condition qu'elle s'étende à un laps de temps conséquent. La pratique française est particulièrement illustrative de cette situation. En 1974, Israël demanda au Gouvernement français l'extradition d'Abou Daoud, suspecté par Israël d'avoir participé aux attentats perpétrés durant les Jeux Olympiques de Munich en 1972. La France refusa l'extradition, au motif qu'elle ne reconnaissait pas elle-même la compétence personnelle passive¹⁰⁶. La position française fut pourtant bouleversée la même année par l'attentat de l'Ambassade de France aux Pays-Bas, à l'origine de la consécration de la compétence personnelle passive dans le *Code pénal* français. Par la suite, la France n'a naturellement plus opposé aux Etats requérants se fondant sur la nationalité de la victime l'argument invoqué en 1974. La divergence des réactions entre deux périodes successives ne pose dès lors aucune difficulté, à condition que la nouvelle pratique soit suffisamment constante et étendue dans le temps. De la même manière, une réaction d'un Etat qui s'écarte ponctuellement de sa pratique habituelle ne remet pas en cause l'analyse générale de la pratique de cet État. C'est par exemple le cas du Royaume-Uni, qui fait — très exceptionnellement — droit aux demandes d'extradition fondées sur la compétence personnelle passive¹⁰⁷.

¹⁰⁴ WATSON (G.R.), *loc. cit.*

¹⁰⁵ Lord Finlay, dans son opinion dissidente à l'arrêt *Lotus*, considère d'ailleurs que l'affaire n'est pas décisive : « Nothing was decided in the Cutting case and the question of jurisdiction continued to form a subject of discussion among jurists » (C.P.J.I., *Lotus*, *op. diss.* de M. Finlay, p. 57).

¹⁰⁶ Voir CAFRITZ (E.) et TENE (O.), "Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français", *Revue de science criminelle*, 2003, p. 737.

¹⁰⁷ La Chambre des Lords a par exemple accepté d'extrader vers la République Fédérale d'Allemagne (RFA) un sujet britannique accusé d'avoir participé à la prise d'otage d'un citoyen de RFA en Bolivie.

(Cf. House of Lords, *Rees v. Secretary of State for the Home Department* [1986], 2 All ER 321, cité dans BANTEKAS (I.) et NASH (S.), *International criminal law*, 3^{ème} édition, Londres, Routledge Cavendish, 2007, p. 153, note 75).

Cependant, un grand nombre d'autres pratiques étatiques se caractérise par une forte inconstance, que le contexte factuel et l'importance politique de chaque affaire permettent souvent d'expliquer. Il reste que de telles pratiques ne facilitent pas notre analyse des positions des Etats tiers relativement à la mise en œuvre de la compétence personnelle passive. Mais est-il même raisonnable, de manière générale, de vouloir tirer des conclusions des pratiques étatiques en matière de compétence internationale ? Brigitte Stern remarque qu'il est possible qu'un État refuse de donner effet sur son territoire à un titre de compétence qu'il estime coutumier, et inversement¹⁰⁸. Ces hypothèses sont heureusement exceptionnelles, et ne font que relativiser les conclusions qu'il est possible de tirer de l'analyse de la pratique étatique. En un sens, l'existence de telles pratiques, même lacunaires ou inconstantes, constitue déjà une chance : l'obstacle majeur à la détermination de l'existence coutumière de la compétence personnelle passive demeure la carence de réactions à analyser.

d. 4^{ème} hypothèse : l'absence de réaction

Cette absence de réaction des Etats tiers peut être due à deux facteurs. Elle est d'abord la conséquence logique du caractère occasionnel de la mise en œuvre de la compétence personnelle passive par la plupart des Etats qui la consacrent. Or, l'État tiers ne réagit généralement que dans le contexte de la mise en œuvre concrète d'une compétence, et non suite à la simple adoption d'une compétence normative. Ensuite, l'État tiers ne réagit pas nécessairement à la mise en œuvre d'une compétence internationale par un autre État. Il faut bien sûr qu'il se sente *concerné* par cette mise en œuvre, lorsqu'un rattachement le lie à la situation en cause¹⁰⁹, ou quand la mise en œuvre d'une compétence étrangère nécessite sa coopération¹¹⁰. A défaut de bénéficier d'une pratique riche en la matière, il est tentant de tirer des conclusions du silence d'Etats tiers concernés par la mise en œuvre de la compétence personnelle passive. Cependant, la prudence est une nouvelle fois de rigueur. Comme le souligne la Cour permanente dans l'affaire *Lotus*, « c'est seulement si l'abstention [est] motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on [peut] parler de coutume

¹⁰⁸ STERN (B.), "Quelques observations...", *op. cit.*, p. 39. Comme le souligne Jean Combacau, la relation de cause à effet entre l'existence du titre en droit coutumier et son opposabilité aux autres Etats est rassurante, mais n'est qu'une construction doctrinale. (Cf. Combacau (J.) *et al.*, cité dans STERN (B.), "L'extraterritorialité revisitée — Où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de bois* et de quelques autres", *A.F.D.I.*, 1992, p. 257.

¹⁰⁹ C'est surtout le cas de l'État territorialement compétent et de l'État de nationalité de l'auteur.

¹¹⁰ L'hypothèse classique est ici la présence de l'accusé ou de preuves sur le territoire d'un État B, donnant lieu à une demande de coopération par l'État A mettant en œuvre sa compétence personnelle passive.

internationale »¹¹¹. A l'inverse, l'abstention peut en pratique être motivée par la courtoisie ou par des considérations politiques. Il n'est donc pas judicieux d'interpréter une telle abstention comme la conviction de l'État tiers qu'aucune norme coutumière ne prohibe la compétence personnelle passive¹¹².

Face à ces nombreuses incertitudes, les juridictions internationales n'ont malheureusement apporté aucun éclaircissement sur l'état du droit international coutumier.

3. Le silence de la jurisprudence internationale

L'affaire *Lotus* constitue l'unique cas dans lequel la Cour permanente a eu l'opportunité d'analyser l'existence coutumière de la compétence personnelle passive. Contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine¹¹³, la Cour n'apporte aucune réponse directe en ce sens. En effet, elle n'analyse pas les circonstances de l'affaire sous le prisme de la compétence personnelle passive, mais sous celui d'une compétence territoriale extensive existant en droit international au bénéfice de l'État de pavillon du navire en cause¹¹⁴. L'affirmation générale par la Cour du principe de liberté des États en matière de compétence normative, sauf interdiction spécifique, n'est pas plus instructive. « Its broad dictum [...] cannot be regarded as authority for passive-personality jurisdiction »¹¹⁵. L'arrêt n'apporte donc aucune contribution directe à l'analyse de la compétence personnelle passive. Même si certaines opinions individuelles de

¹¹¹ C.P.J.I., *Lotus*, *op. cit.*, p. 28.

¹¹² Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, et dans le même esprit, le juge Oda constate le manque de pratique en matière de compétence extraterritoriale, incitant à la prudence dans l'analyse de l'existence coutumière de la compétence universelle. « La Cour s'est montrée sage en s'abstenant de prendre une position définitive, car le droit n'est pas suffisamment développé » (C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *op. diss.* de M. Oda, p. 51).

¹¹³ C'est notamment le cas de B. Bauchot, pour qui « même si le principe posé est purement celui de l'extension de la territorialité, il n'en demeure pas moins que la Cour vient affirmer la compétence personnelle de la Turquie en raison du préjudice subi par ses nationaux » (BAUCHOT (B.), *Sanctions pénales nationales et droit international*, thèse de doctorat, Université Lille 2, 2007, p. 193, note 500). De même, Luis Londoño considère que la C.P.J.I. a reconnu l'existence coutumière de la compétence personnelle passive dans cet arrêt (« *Reconocimiento del principio [fue] admitido por la C.P.J.I.* » (LONDOÑO (L.F.A.), *Derecho internacional público*, 4^e édition, Cali, Pontificia Univ. Javeriana, 2007, p. 218). Ces interprétations contredisent les termes employés par la Cour. En effet, celle-ci « fait toutes réserves » quant à l'exactitude de la thèse d'après laquelle un État ne pourrait punir les délits commis à l'étranger par un étranger en raison seulement de la nationalité de la victime (C.P.J.I., *Lotus*, *op. cit.*, p. 23).

¹¹⁴ « [D]u moment que les effets du délit se sont produits sur le navire turc, il est impossible de soutenir qu'il y ait une règle de droit international qui défendrait à la Turquie d'exercer des poursuites pénales contre le lieutenant Demons » (C.P.J.I., *Lotus*, *op. cit.*, p. 23).

¹¹⁵ HIGGINS (R.), *Problems and process : international law and how we use it*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 66.

juges de la Cour exprimaient une forte opposition à la compétence personnelle passive (cf. *supra*), ces déclarations ont une valeur purement doctrinale¹¹⁶.

La Cour internationale de Justice n'a quant à elle jamais eu l'opportunité d'analyser ce titre de compétence. Seul le litige opposant aujourd'hui la Belgique au Sénégal dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*¹¹⁷ peut être mis en relation avec la compétence personnelle passive. La Belgique s'est en effet fondée sur la compétence personnelle passive, inscrite dans le droit belge, pour initier des poursuites à l'encontre de l'ancien président du Tchad Hissène Habré. Elle reproche au Sénégal, qui détient M. Habré, de violer la règle *aut dedere, aut judicare* issue de dispositions conventionnelles et coutumières. Cependant, ni les mémoires des parties, ni les audiences publiques ne semblent porter sur l'existence coutumière du titre de compétence invoqué par la Belgique. La Cour ne devrait donc probablement pas se prononcer sur cette question, prolongeant ainsi le silence des juridictions internationales en la matière.

Au regard du caractère lacunaire de la pratique étatique, des difficultés d'identification et d'interprétation de cette pratique et du silence des juridictions internationales, il n'apparaît donc pas légitime de tirer des conclusions définitives de l'analyse de la pratique internationale. Au demeurant, rien dans la pratique étatique ne met au jour l'existence d'une règle coutumière prohibant fermement la compétence personnelle passive. De nombreux éléments tendent au contraire à montrer la reconnaissance coutumière de ce titre de compétence dans le domaine spécifique du droit pénal.

II. L'existence d'éléments en faveur de la reconnaissance coutumière de la compétence personnelle passive en matière pénale

La compétence personnelle passive en matière pénale est un titre de compétence répandu dans la pratique étatique (A.), et communément accepté par la doctrine internationaliste (B.).

¹¹⁶ Pour une discussion intéressante sur la problématique des opinions séparées, voir MANOUVEL (M.), *Les opinions séparées à la Cour internationale : un instrument de contrôle du droit international prétorien*, Paris, L'Harmattan, 2005, 381 p.

¹¹⁷ C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), acte introductif d'instance du 16 février 2009, disponible sur <<http://www.icj-cij.org/>>.

A. Un titre de compétence répandu dans la pratique étatique

Ces dernières décennies ont vu la compétence personnelle passive bénéficier d'un intérêt renouvelé en droit pénal interne (1.), accompagné d'une inclusion de ce titre de compétence dans différents instruments conventionnels (2.).

1. Le succès de la compétence personnelle passive en matière pénale

a. *Une consécration dans les différents systèmes juridiques*

Dans les travaux de la Harvard Law School Research in International Law sur la compétence des Etats en matière pénale, publiés en 1935, le groupe de travail notait déjà un « substantial support in contemporary national legislation »¹¹⁸ en faveur de la compétence personnelle passive. La liste recensant les États consacrant à l'époque ce titre de compétence comprend des systèmes juridiques aussi variés que le Japon ou l'Uruguay¹¹⁹, mais est surtout composée de pays européens et latino-américains. Les enjeux posés par la criminalité internationale ont radicalement évolué depuis lors. Le phénomène bien connu de la mondialisation des échanges et des communications a créé à la fois de nouvelles opportunités d'action et de nouvelles menaces pour les Etats. Dans ce contexte, ces derniers ont été poussés à adapter la compétence internationale qu'ils se reconnaissent, notamment en étendant l'application extraterritoriale des règles de leur ordre juridique interne. Le développement du terrorisme international a joué en ce sens un rôle majeur dans le succès connu par la compétence personnelle passive en matière pénale¹²⁰.

Nos recherches, qui ont porté sur un grand nombre de législations pénales, démontrent l'étendue de ce succès. Certes, certains Etats tels que le Royaume-Uni¹²¹, l'Argentine¹²², l'Espagne¹²³, l'Egypte¹²⁴ ou l'Iran¹²⁵ ne consacrent pas ce titre de compétence dans leur législation. Mais désormais, la compétence personnelle passive est inscrite dans la législation pénale d'Etats appartenant aux différents systèmes juridiques — qu'ils soient issus de la

¹¹⁸ HARVARD LAW SCHOOL RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, *op. cit.*, p. 579.

¹¹⁹ *Code pénal japonais de 1907* ; *Code pénal uruguayen de 1889* (cités in HARVARD LAW SCHOOL RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, *loc. cit.*).

¹²⁰ Voir *infra*.

¹²¹ Cf. *supra*, nos développements sur la pratique quasi-univoque britannique.

¹²² Cf. article 1^{er} du *Codigo Penale Argentino*, disponible sur la base de données juridiques officielle du Ministerio de Economía y Finanzas Publicas (MECON) argentin, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#2>.

¹²³ BUCK (V.), "Droit espagnol", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *op. cit.*, p. 133.

¹²⁴ Voir ABDELGAWAD (W.), "Droit égyptien", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *op. cit.*, p. 387.

¹²⁵ Voir BEIGZADEH (E.) et NADJAFI (A.-H.), "Droit iranien", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *op. cit.*, p. 408-410.

famille romano-germanique ou de la famille de *common law* —, aux caractéristiques extrêmement variées dans leur niveau de développement ou leur situation géographique). Elle est d'abord retenue par une grande majorité des États **européens**, tels que l'Albanie¹²⁶, l'Allemagne¹²⁷ ; la Belgique¹²⁸ ; la France¹²⁹ ; l'Estonie¹³⁰ ; la Finlande¹³¹ ; la Grèce¹³² ; l'Italie¹³³ ; la Pologne¹³⁴. Par nombre d'États **latino-américains** également, à l'exemple de la Colombie¹³⁵ ; du Venezuela¹³⁶ ; du Pérou¹³⁷ ; du Mexique¹³⁸. Par des États **eurasiatiques et asiatiques**, comme la Turquie¹³⁹ ; Israël¹⁴⁰ ; le Tadjikistan¹⁴¹ ; la Chine¹⁴² ; la Thaïlande¹⁴³. Enfin par des États **anglo-saxons**, en particulier les États-Unis¹⁴⁴, le Canada¹⁴⁵ et l'Australie¹⁴⁶. Au regard de cette énumération, il semble excessif de considérer, à l'instar d'Isabelle Moulier, que « le principe n'a [...] été adopté que par une minorité d'États —

¹²⁶ Article 7 du *Code pénal* albanais, disponible sur www.legislationline.org

¹²⁷ Article 7 §1 du *Code pénal* allemand (« *Strafgesetzbuch* » ou *StGB*), cité in DAVID (E.), *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 203.

¹²⁸ Voir notamment l'article 10 §5 du *Code de procédure pénale* belge, cité in DAVID (E.), *op. cit.*, p. 205.

¹²⁹ Article 113-7 du *Code pénal*, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

¹³⁰ Section 7 du *Code pénal* estonien, disponible sur la base de données juridiques officielle de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), www.legislationline.org

¹³¹ Article 5 du *Code pénal* finlandais, disponible sur www.legislationline.org

¹³² Article 7 §1 du *Code pénal* grec, cité in DAVID (E.), *loc. cit.*

¹³³ Article 10 du *Codice Penale italiano*, cité dans ZAPPALA (S.), "Droit italien", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., p. 200-201.

¹³⁴ Article 114 §1 du *Code pénal* polonais, disponible sur www.legislationline.org

¹³⁵ Article 16 §5 du *Código penal colombiano*, disponible sur le site officiel du Secrétariat du Sénat colombien, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html

¹³⁶ Article 4.2 du *Código penal de Venezuela*, disponible sur le site officiel du Ministerio Publico du Venezuela www.fiscalia.gov.ve/leyes/6-CODIGOPENAL.pdf

¹³⁷ Article 2 §4 du *Código penal peruano*, disponible sur le site du Global Legal Information Network (GLIN), <http://www.glin.gov>

¹³⁸ Article 4 du *Código penal federal*, disponible sur le site de l'Instituto de Investigaciones Jurídicas, à <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s>. Le Mexique a donc maintenu la législation à l'origine du litige l'ayant opposé aux États-Unis dans l'affaire *Cutting* en 1886.

¹³⁹ Article 12 §1 et 2 du *Code pénal* turc, disponible sur www.legislationline.org

¹⁴⁰ Article 7(a) du *Code pénal* israélien (qui étend sa compétence aux victimes de nationalité israélienne ou de confession juive), cité in BANTEKAS (I.) et NASH (S.), *op. cit.*, p. 153.

¹⁴¹ Art. 15 §2 b) du *Code pénal* tadjike, disponible sur www.legislationline.org

¹⁴² Article 8 du nouveau *Code de procédure pénale* chinois (Voir YUAN (L.) et JIANPING (L.), *op. cit.*, p. 349)

¹⁴³ Article 8§2 du *Code pénal* thaïlandais, cité dans le rapport D'INTERPOL, "Thaïlande", disponible sur www.interpol.int/Public/BioTerrorism/NationalLaws/Thailand.pdf

¹⁴⁴ §§2331 et 2332 du *Federal Criminal code* ; §402 du Restatement (Third) of the Law of the U.S. (cf. AMERICAN LAW INSTITUTE, "Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States", disponible sur le site de l'American Society of International Law, www.asil.org).

¹⁴⁵ §§ 3.7 d), 3.72 e) et 3.73 g) du *Criminal code* of Canada, disponible sur le site du Ministère de la Justice du Canada <http://laws.justice.gc.ca/eng/StatutesByTitle/C.html>

¹⁴⁶ Sections 115.1 à 115.9 du *Criminal code Act*, disponible sur le site du Parliament of Australia, <http://www.aph.gov.au/library/intguide/law/crimlaw.htm>

essentiellement européens et sud-américains »¹⁴⁷. En revanche, il faut souligner que son domaine d'application varie fortement en fonction des législations, engendrant une grande richesse de formes de compétence personnelle passive.

b. La richesse des formes de compétence personnelle passive consacrées

La compétence personnelle passive est le plus souvent restreinte à des infractions spécifiques, même si certaines formules générales existent.

- Les crimes de guerre

Les crimes de guerre peuvent être définis comme des « violations des règles applicables dans les conflits armés internationaux (*jus in bello*) susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur »¹⁴⁸. Historiquement, c'est une des premières catégories d'infractions pour lesquelles la compétence personnelle passive a été introduite. L'État affirme ici sa compétence normative et juridictionnelle pour juger les auteurs étrangers de crimes de guerre commis hors de son territoire à l'encontre de ses nationaux. La Seconde Guerre mondiale a conduit de nombreux États à inscrire cette forme de compétence personnelle passive dans leur législation, notamment la France¹⁴⁹, le Danemark¹⁵⁰, la Norvège¹⁵¹ ; d'autres États tels que la Belgique¹⁵², le Canada et les États-Unis¹⁵³ la consacrent également. Ces législations sont naturellement de « circonstances », c'est-à-dire adaptées à un contexte très particulier. Mais comme le présageait Donnedieu de Vabres, des États comme les États-Unis

¹⁴⁷ MOULIER (I.), *op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁸ SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 287-288.

¹⁴⁹ « Sont poursuivis devant les tribunaux militaires français et jugés conformément aux lois françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance les nationaux ennemis ou agents non français au service de l'Administration ou des intérêts ennemis, coupables de crimes ou de délits commis depuis l'ouverture des hostilités [...] à l'encontre d'un national ou d'un protégé français » (Article 1^{er} de l'Ordonnance du 28 août 1944, relative à la répression des crimes de guerre, cité par DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive...", *op. cit.*, p. 534).

En considérant, comme Donnedieu de Vabres, que de telles législations sont adoptées pour sauvegarder les « intérêts de la souveraineté française », nous retrouvons ici le chevauchement possible entre compétence de protection et compétence personnelle passive (DONNEDIEU DE VABRES (H.), *loc. cit.*).

¹⁵⁰ Loi danoise relative au châtime des crimes de guerre du 12 juillet 1946. Cf. THIAM (D.), "Rapport sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité", A/CN.4/435 et Add.1, 8 février et 15 mars 1991, *A.C.D.I.*, vol. II, 1^{ère} partie, 1991, §44, p. 44, cité par MOULIER (I.), *op. cit.*, p. 68, note 123.

¹⁵¹ Décret provisoire norvégien du 4 mai 1945 ; loi norvégienne du 13 décembre 1946 concernant le châtime des criminels de guerre étrangers, cité par MOULIER (I.), *loc. cit.*

¹⁵² Voir DAVID (E.), *op. cit.*, p. 203.

¹⁵³ §2441 du *War Crimes Act*, 1996 (18 U.S.C. §2441).

ont maintenu cette forme de compétence en temps de paix¹⁵⁴. Notons que même si l'interdiction des crimes de guerre appartient au droit international coutumier, l'État de nationalité de la victime intervient avant tout pour défendre ses propres intérêts, et non ceux d'une légalité internationale dont il se ferait le garant.

- Les actes commis à bord d'un aéronef étranger

Préalablement ou parallèlement au développement des législations antiterroristes, l'introduction de la compétence personnelle passive pour cette catégorie d'infractions a permis d'assurer aux États la possibilité de poursuivre les auteurs étrangers d'infractions —en particulier, en cas de prises d'otage— commises à bord d'aéronefs immatriculés à l'étranger, mais faisant des victimes parmi leurs nationaux. La France¹⁵⁵ et la Belgique¹⁵⁶ ont notamment élaboré des législations visant cette forme spécifique de compétence personnelle passive. Elle s'inscrit souvent dans le cadre de Conventions internationales (cf. *infra*). Dans les années 1970, certains auteurs ont pu affirmer que ces deux catégories d'infractions —crimes de guerre et actes à bord d'un aéronef étranger— constituaient les seules hypothèses pour lesquelles le droit positif attribuait un rôle à la compétence personnelle passive¹⁵⁷. La multiplication des actes terroristes a toutefois conduit à une extension conséquente du champ d'application de ce titre de compétence.

- Les actes de terrorisme

La compétence personnelle passive trouve une de ses applications les plus fréquentes en matière de terrorisme. Paradoxalement, le recours à ce titre de compétence y semble à la fois judicieux et inapproprié. Judicieux, parce que le lien de rattachement entre l'État de nationalité de la victime et la situation qu'il souhaite régir est potentiellement renforcé. Inapproprié, si l'État se fondant sur la compétence personnelle passive agit uniquement pour

¹⁵⁴ « Il n'est pas exclu que des dispositions semblables [...] régissent, par exemple, le temps de paix, dans les moments où la tension internationale exige une protection renforcée des intérêts nationaux » (DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive...", *op. cit.*, p. 535). Le §2441 du War Crimes Act, *op. cit.* en est un excellent exemple.

¹⁵⁵ « Au cas de crime ou de délit commis à bord d'un aéronef étranger, les tribunaux français sont compétents si l'auteur ou la victime est de nationalité française » (article 10 al.2 du Code de l'aviation civile, loi du 31 mai 1924, cité par KOERING-JOULIN (R.), "La conception française de la compétence personnelle passive", in *Les compétences de l'Etat en droit international*, [39^{ème} colloque de la Société française pour le droit international tenu à l'Université de Rennes 1 du 2 au 4 juin 2005], Paris, Pedone, 320 p., 2006, p. 151) ; voir aussi l'article 110 du *Code pénal* en vigueur.

¹⁵⁶ DAVID (E.), *op. cit.*, p. 204.

¹⁵⁷ C'est notamment le cas d'Oppenheim (Voir JENNINGS (R.) et WATTS (A.), *op. cit.*, p. 472).

protéger ses propres intérêts, et non ceux de ses nationaux. Mais de manière générale, intérêts de l'État et des nationaux se conjuguent.

Du reste, la compétence personnelle passive a été accueillie dans cette matière par différents Etats. L'évolution de la législation américaine apparaît particulièrement marquante. Traditionnellement opposés à ce titre de compétence¹⁵⁸, les Etats-Unis ont progressivement fait évoluer leur position à l'égard de ce titre de compétence. Pour s'en persuader, il suffit de confronter les différents *Restatements of Foreign Relations Law of the United States*, qui constituent autant de codifications du droit américain à des périodes successives. Alors que les deux premiers *Restatements* réfutent fermement l'existence d'un tel titre de compétence international en droit américain¹⁵⁹, le troisième *Restatement* adopte une position beaucoup plus nuancée.

« The principle has not been generally accepted for ordinary torts or crimes, but it is increasingly accepted as applied to terrorist and other organized attacks on a state's nationals by reason of their nationality, or to assassination of a state's diplomatic representatives or other officials »¹⁶⁰.

Ce changement de position traduit l'évolution du droit américain, dont l'affaire *Yunis*¹⁶¹ est particulièrement illustrative. Suite au détournement d'un avion jordanien en Méditerranée en juin 1985, Fawaz Yunis, citoyen libanais, est poursuivi devant les juridictions américaines sur le fondement du *Hostage Taking Act*¹⁶², et arrêté en 1987 par des agents américains alors qu'il se trouve sur un navire dans les eaux internationales. Pour justifier l'exercice de sa compétence juridictionnelle, la District Court se fonde sur la présence de citoyens américains à bord de l'avion détourné. Cette décision a été sévèrement critiquée par la doctrine américaine pour s'être fondée sur un titre de compétence inconnu de la pratique américaine. Mais l'arrêt *Yunis* ne faisait que s'inscrire dans une nouvelle tendance jurisprudentielle, initiée par la célèbre affaire de l'*Achille Lauro* (cf. *supra*), et poursuivie par des décisions similaires

¹⁵⁸ C'est du moins la position de la majorité de la doctrine outre-atlantique (Voir nos observations sur l'affaire *Cutting* (1886), *supra*).

¹⁵⁹ *Restatement of Foreign Relations Law of the U.S.*, 1949, §25 ; *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the U.S.*, 1965, §30.2 (Cités dans WATSON (G.R.), *op. cit.*, p. 9, notes 44 et 45).

¹⁶⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE, "Restatement (Third)...", *op. cit.*, paragraphe g) des commentaires.

La référence de ces commentaires aux assassinats d'agents de l'État semble d'ailleurs inopportune, puisqu'une fois encore, les actes touchant les agents de l'État ne semblent pouvoir être appréhendés que sous l'angle de la compétence de protection, et non de la compétence personnelle passive (cf. *supra*).

¹⁶¹ Federal District Court, *United States v. Yunis*, 1988, 681 F. Supp. 909. Voir ABRAMOVSKY (A.), "Extraterritorial Jurisdiction : The United States Unwarranted Attempt to Alter International Law in United States v. Yunis", *Yale Journal of International Law*, 1990, vol. 15, pp. 121-161.

¹⁶² *Hostage Taking Act* (HTA), 1984, 18 U.S.C. §1203.

des juridictions américaines. Ces décisions, sans préciser le titre de compétence pertinent, ont de fait affirmé leur compétence pour connaître d'actes terroristes avec lesquels le seul lien de rattachement était la nationalité américaine des victimes. L'*Antiterrorism Act*¹⁶³, et l'amendement de législations telles que le *Sabotage Act*¹⁶⁴ ont joué un rôle déterminant dans cette évolution. A la même époque, d'autres États ont inscrit la compétence personnelle passive dans leur législation afin de favoriser les poursuites antiterroristes. Israël a par exemple agi sur ce fondement dans l'affaire *Atta*, mettant en cause Mahmoud Atta, citoyen américain. Celui-ci était accusé d'avoir participé à un attentat à l'explosif contre un bus en Cisjordanie, qui avait causé la mort de deux Israéliens. Atta contesta la validité de la demande israélienne d'extradition, qui fut cependant confirmée par une Cour de district américaine¹⁶⁵. Enfin, notons que contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine, le Royaume-Uni n'a semble-t-il pas consacré cette forme de compétence personnelle passive¹⁶⁶, mais seulement une compétence de protection, puisque la législation évoquée vise uniquement les victimes ayant qualité d'agents de l'État.

- La compétence personnelle passive « générale »

Par compétence personnelle passive « générale », il faut ici entendre une compétence dont le champ d'application s'étend au-delà d'infractions spécifiques, tels que les crimes de guerre ou les attentats terroristes, pour englober l'ensemble des infractions de droit commun présentant un certain degré de gravité. Cette forme de compétence personnelle passive, de par sa généralité, est naturellement toujours assortie de conditions de mise en œuvre. L'article 113-7 du *Code pénal français* est l'exemple le plus éminent —et le plus critiqué¹⁶⁷— de compétence personnelle passive « générale ».

« La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la

¹⁶³ *Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act*, *op. cit.* ; voir ROBINSON (J.), *op. cit.*

¹⁶⁴ « There is jurisdiction over an offense under this subsection if a national of the United States was on board, or would have been on board, the aircraft. » (Section 32.b du *Sabotage Act*, amendé en 1996 (*Sabotage Act*, 1996, 18 U.S.C. § 32)).

¹⁶⁵ Eleventh District Court, *In the Matter of the Extradition of Atta*, 1989, 706 F.Supp. 1032, disponible sur <http://www.uniset.ca/other/cs4/706FSupp1032.html> ou *I.L.R.*, vol. 104, p. 52.

¹⁶⁶ *Crime (International Cooperation) Act*, 2003, c. 32, § 52, alinéa 63C, disponible sur le site de l'Office of the Public Sector Information, <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003>

¹⁶⁷ CAFRITZ (E.) et TENE (O.), "Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français", *op. cit.* .

République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction »¹⁶⁸.

Cette formulation générale, dont la portée a été étendue par la jurisprudence, dépasse résolument le cadre fixé par une partie de la doctrine, qui la confine aux trois hypothèses précédemment évoquées¹⁶⁹. Ainsi l'article 113-7 a-t-il été appliqué à des cas de contrefaçon ou de diffamation commis hors du territoire français dont les victimes étaient des nationaux français¹⁷⁰, et pourrait se voir appliqué à l'ensemble des infractions économiques pour lesquelles des sanctions pénales sont prévues. Les débats législatifs précédant l'adoption de l'article 113-7 ont d'ailleurs été marqués par la crainte d'un renforcement de l'image « impérialiste » du droit pénal français¹⁷¹. Mais la France n'est pas l'unique État consacrant la compétence personnelle passive sous une forme générale. C'est également le cas de la Belgique et de l'Australie¹⁷² qui appliquent, tout comme le droit français, la compétence personnelle passive d'une part à des infractions déterminées, et d'autre part sous une forme générale. Notons enfin que les Etats-Unis ont envisagé l'adoption de cette forme générale en 1991 par un *Murder of United States Nationals Act*, sans que ce projet aboutisse¹⁷³.

Cette analyse des législations internes, qui n'a pas pour ambition d'être exhaustive, montre cependant avec clarté la tendance de nombreux Etats à inscrire la compétence personnelle passive, sous des formes et à des degrés différents, dans les titres de compétence internationale qu'ils se reconnaissent. Cette évolution a été accompagnée et parfois même initiée par un mouvement similaire du droit international conventionnel.

2. La place accordée par les instruments conventionnels à la compétence personnelle passive

a. Les instruments reconnaissant implicitement la compétence personnelle passive

La détermination de la compétence internationale des Etats Parties fait partie des enjeux les plus sensibles des négociations relatives à un projet de Convention internationale

¹⁶⁸ Article 113-7 du *Code pénal* français, *op. cit.*

¹⁶⁹ CAFRITZ (E.) et TENE (O.), "Plaidoyer en faveur..", *op. cit.*, p. 738.

¹⁷⁰ Cour d'appel de Paris, ch. correct., 18 juin 2001, n° 158355 (contrefaçon) ; Cour d'appel de Paris, ch. correct., 24 févr. 2000, n° 116499 (diffamation).

¹⁷¹ Voir *J.O.A.N.*, 1ère séance du 11 octobre 1989, p. 3381, cité in CAFRITZ (E.) et TENE (O.), "Plaidoyer en faveur..", *op. cit.*, note 7.

¹⁷² Article 10§5 du *Code pénal* belge, *op. cit.* ; Sections 115.1 à 115.9 du *Criminal code Act* australien, *op. cit.*

¹⁷³ WATSON (G.R.), *op. cit.*, p. 36.

en droit pénal international. La nécessité de parvenir à un consensus oblige parfois les rédacteurs du projet de traité à présenter les dispositions relatives à la compétence en deux axiomes ; le premier, établissant une liste de titres de compétence obligatoires pour les Parties, et le second n'excluant aucun titre de compétence que les Parties consacrent dans leur ordre juridique interne. C'est notamment le cas de la *Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité*¹⁷⁴. Ce type de dispositions s'abstient simplement d'interdire aux Parties la mise en œuvre de titres de compétence non traditionnels, et ne vise certes pas spécifiquement la compétence personnelle passive. Il en va différemment d'autres traités internationaux.

b. Les instruments mentionnant explicitement la compétence personnelle passive

De manière générale, les dispositions conventionnelles mentionnent la compétence personnelle passive uniquement parmi les titres de compétence *autorisés*, et non parmi ceux que les Parties s'obligent à inscrire dans leur législation. Cette dernière hypothèse est toutefois retenue dans la *Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*.

« Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de toute infraction pénale établie conformément à la présente Convention, lorsque l'infraction est commise [...] à l'encontre de l'un de ses ressortissants »¹⁷⁵.

La plupart des autres instruments ne font qu'autoriser la mise en œuvre de la compétence personnelle passive des Parties, et ce subsidiairement à l'intervention d'Etats se fondant sur un titre de compétence obligatoire. C'est par exemple le cas de la *Convention des Nations Unies contre la corruption* de 2003 :

¹⁷⁴ « La présente Convention n'exclut aucune compétence pénale exercée par une Partie conformément à son droit interne » (Article 22 §5 de la *Convention (n°185) du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité*, signée à Budapest le 23 décembre 2001, disponible sur le site du Bureau des traités du Conseil de l'Europe, <http://conventions.coe.int/>)

¹⁷⁵ Article 31 §1(e) de la *Convention du Conseil de l'Europe (n° 201) sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, signée à Lanzarote le 25 octobre 2007, disponible sur <http://conventions.coe.int>. Autres dispositions formulées dans des termes fermes, l'article 4 §1(b) de la *Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, signée à Tokyo le 14 septembre 1963, *R.T.N.U.*, vol. 221, p. 220 ; article 31 §1 (e) de la *Convention du Conseil de l'Europe (n° 197) sur la lutte contre la traite des êtres humains*, signée à Varsovie le 16 mai 2005, disponible sur <http://conventions.coe.int>.

« [U]n État Partie peut également établir sa compétence à l'égard de l'une quelconque de ces infractions [...] lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un de ses ressortissants »¹⁷⁶.

Ou sous une autre formulation tout aussi prudente, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* de 1984 :

« Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées [...] quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié »¹⁷⁷.

Il est remarquable que la majeure partie des Conventions mentionnant explicitement la compétence personnelle passive fasse preuve d'autant de prudence dans les formules utilisées. Cependant, le fait que ces instruments n'octroient pas à la compétence personnelle passive un statut de titre de compétence *obligatoire* ne remet pas en cause la place de ces dispositions parmi les « éléments » en faveur de la reconnaissance coutumière de ce titre de compétence en matière pénale. Au contraire, le caractère obligatoire d'un tel titre de compétence dans le droit interne des Etats Parties empêcherait de tirer toute conséquence pour la détermination d'une règle coutumière : une *opinio juris* ne peut en principe être établie sur le fondement d'une pratique qui ne fait que mettre en œuvre une règle conventionnelle. En revanche, la simple référence de la Convention à la compétence personnelle passive, comme tel est le cas le plus souvent, peut témoigner de la reconnaissance, par les négociateurs, de l'existence coutumière de ce titre de compétence. Difficile d'imaginer en effet ces derniers autoriser, ou du moins ne pas exclure la mise en œuvre, « lorsque l'État le juge approprié », d'un titre de compétence que le droit international coutumier prohiberait à leurs yeux.

L'analyse du droit positif interne et conventionnel met donc au jour de nombreux éléments en faveur de l'existence coutumière de la compétence personnelle passive en matière pénale¹⁷⁸. Cette conclusion est corroborée par une doctrine internationaliste quasi-unanime.

¹⁷⁶ Article 42 §2(a) de la *Convention des Nations Unies contre la corruption*, signée à New-York le 31 octobre 2003, *R.T.N.U.*, vol. 2349, I-42146. Il existe de nombreuses dispositions similaires, notamment l'article 6 §2(a) de la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, adoptée à New-York le 15 décembre 1997, *R.T. Can.* 2002 n° 8 ; l'article 6 §2(a) de la *Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme*, adoptée à Alger le 14 juillet 1999, disponible sur le site de l'Union africaine (ex-OUA), www.africa-union.org ; article 15§2 (a) de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, adoptée à New-York le 15 décembre 2000, UN Doc. A/55/383 (Annexe I).

¹⁷⁷ Article 5 §1(c) de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (ci-après « *Convention des Nations Unies contre la torture* »), adoptée à New York le 10 décembre 1984, 1468 *R.T.N.U.*, vol. 1468, p. 85. Pour une formulation similaire, voir l'article 5 §1(d) de la *Convention contre la prise d'otages*, signée à du 17 décembre 1979, *I.L.M.*, 1979, vol. 18, p. 1456.

B. Un titre de compétence accepté par la doctrine internationaliste

Il ne s'agit pas de revenir ici sur les controverses théoriques qui ont visé la compétence personnelle passive, mais uniquement d'analyser l'opinion de la doctrine quant à l'*existence* coutumière de ce titre de compétence. Cette opinion n'ayant qu'un rôle subsidiaire dans la détermination de l'état du droit international coutumier, ces développements seront brefs. Au demeurant, bien que la doctrine classique se soit montrée hésitante (1.), une doctrine contemporaine quasi-unanime reconnaît l'existence coutumière de la compétence personnelle passive en tant que compétence normative (2.).

1. Les hésitations de la doctrine classique

Le manque actuel de pratique étatique en matière de compétence personnelle passive était déjà patent au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, comme l'illustre la référence quasiment systématique de la doctrine classique aux seules affaires *Cutting* et *Lotus*. Ce facteur, et la circonspection générale face au fondement théorique de ce titre de compétence, expliquent que peu d'auteurs aient osé en affirmer l'existence coutumière. A titre de contre-exemple, De Visscher a affirmé dès 1926 que la compétence personnelle passive constituait, avec la compétence de protection, la seule exception au principe de territorialité « reconnue » par le droit international¹⁷⁹. À la même époque, et en sens contraire, le juge Moore a réfuté dans l'affaire *Lotus* l'appartenance de ce titre de compétence au droit international général, en procédant par un raisonnement négatif. Tout titre de compétence qui viole les principes de compétence exclusive de l'État sur son territoire et de sujétion de l'étranger aux lois de l'État dans lequel il se trouve n'est pas reconnu par le droit international général. La compétence personnelle passive violant selon lui ces deux principes à la fois, son existence coutumière est exclue¹⁸⁰. Mais l'évolution qu'a connue la pratique internationale dans la seconde moitié du XX^e siècle conduit la doctrine contemporaine à adopter une position résolument différente.

¹⁷⁸ Rappelons ici que comme le soulignent les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, « [U]n État n'est pas tenu d'adopter une législation lui conférant toute l'étendue de la compétence autorisée par le droit international » (C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *op. cit.*, *op. ind.* de Mme Higgins et de MM. Kooijmans et Buergenthal, p. 76 §45).

Nos conclusions ne préjugent donc en rien de l'état du droit international sur des matières autres que le droit pénal, même si la pratique étatique semble résolument moins favorable à ce titre de compétence en matière civile.

¹⁷⁹ « Positive law contains two exceptions to this principle which are of serious importance: the one, which is based upon the nature of the interests prejudiced, relates to offences against the security or credit of the State; *the other, which is based on the nationality of the victim, relates to offences committed against nationals* » (DE VISSCHER (Ch.), *op. cit.*, p. 258.

¹⁸⁰ C.P.J.I., *Lotus*, *op. diss.* de M. Moore, p. 92.

2. La position quasi-unanime de la doctrine contemporaine

Au regard de notre analyse du droit positif, il n'est pas surprenant que les spécialistes du droit pénal international aient été les premiers à accepter l'existence de la compétence personnelle passive en droit international coutumier. Roger O'Keefe, à l'instar de nombreux universitaires, considère ainsi que « extraterritorial prescriptive jurisdiction over the conduct of non-nationals on the basis of so-called 'passive personality' [...] now appears generally permissible »¹⁸¹. Ces positions doctrinales ont d'autant plus d'intérêt qu'elles trouvent un soutien dans les travaux de deux grands acteurs de la doctrine internationaliste. D'abord, dans le *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* de la Commission du droit international (CDI), organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies. Selon le Rapporteur spécial du *Projet* de 1991, la règle d'attribution de compétence à la future Cour pénale internationale pouvait fonder quatre Etats à saisir cette dernière, incluant non seulement l'État sur le territoire duquel le crime avait été commis mais aussi « l'État victime (ou dont les nationaux avaient été victimes du crime) »¹⁸². Seule « condition » envisagée, l'État de nationalité de la victime devait pouvoir se fonder sur sa législation interne. A la même époque, l'Institut du droit international (IDI) a publié son *Projet de résolution sur la compétence extraterritoriale de l'État*, dont l'article 6 dispose comme suit :

« 1. La compétence personnelle passive est la compétence à l'égard de personnes sur le territoire d'un autre État, basée sur le seul fait qu'ils [sic] ont porté préjudice aux droits ou intérêts légaux d'un ressortissant de l'État se réclamant de ce chef de compétence.

2. La compétence personnelle passive doit, en tout état de cause, s'exercer dans des limites étroites. Elle ne peut être exercée que dans l'hypothèse où l'administration de la justice se trouverait autrement entravée »¹⁸³.

Il est vrai que cette disposition est formulée en des termes relativement prudents. Mais la simple inclusion de cette disposition dans les travaux de la commission témoigne certainement de l'acceptation de la compétence personnelle passive, quelles que soient les

¹⁸¹ O'KEEFE (R.), "Universal Jurisdiction", *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, p. 739.

C'est également l'avis de nombreux spécialistes du droit international public, qu'ils réfutent le fondement théorique de ce titre de compétence ou non. « The international system [...] on balance, ha[s] declared that passive personality is generally an acceptable basis for jurisdiction » (HENKIN (L.), *International Law : politics and values*, The Hague, M. Nijhoff, 1995, p. 240).

¹⁸² COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, "Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité", *A.C.D.I.*, supp., 1991, vol.II, 2^{ème} partie, p. 89 §108.

¹⁸³ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *op. cit.*, p. 138.

précautions prises par les rédacteurs. Enfin, et plus récemment, l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, a donné l'opportunité à certains juges de la Cour internationale de Justice de présenter leur opinion sur l'existence de ce titre de compétence en droit international. L'opinion individuelle des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal est particulièrement explicite.

« La compétence reposant sur la personnalité passive, considérée pendant si longtemps comme controversée, est maintenant non seulement consacrée dans la législation de divers pays [...], mais ne rencontre aujourd'hui guère d'opposition, à tout le moins en ce qui concerne une catégorie particulière d'infractions »¹⁸⁴.

Le Président Guillaume considère même que la compétence personnelle passive appartient au droit international « classique »¹⁸⁵.

Cette brève analyse de la doctrine contemporaine apporte un élément de réflexion supplémentaire, mais ne fait que renforcer nos conclusions tirées de l'analyse du droit positif en matière pénale. De nombreux éléments existent donc en faveur de la reconnaissance coutumière de la compétence personnelle passive en matière pénale, à défaut de pouvoir établir avec certitude l'absence de règle coutumière prohibant ce titre de compétence de manière générale ou dans des matières spécifiques.

Mais ces éléments ne peuvent effacer les nombreuses controverses affectant le statut de ce titre de compétence. Bien qu'il faille distinguer les controverses (théoriques et pratiques) touchant le principe, de l'existence coutumière de ce titre de compétence, il est certain que les premières affectent directement la seconde. Certains critères d'encadrement favoriseraient une mise en œuvre accrue de la compétence personnelle passive, permettant *in fine* d'établir avec fermeté son existence en droit international coutumier. L'enjeu est de taille : il s'agit de favoriser à la fois l'opposabilité de la compétence personnelle passive en droit international et l'irresponsabilité internationale de l'État inscrivant ce titre de compétence dans sa législation. Plus concrètement, il s'agit aussi de faciliter l'efficacité des règles de l'ordre juridique de l'État de nationalité de la victime. Pour ces raisons, il apparaît judicieux d'analyser les conditions d'une consécration de la compétence personnelle passive en droit international.

¹⁸⁴ C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *op. cit.*, op.ind. de Mme Higgins et de MM. Kooijmans et Buergenthal, p. 77 §48.

¹⁸⁵ C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *op. cit.*, op. ind. de M. Guillaume, p. 37 §4.

* *

SECONDE PARTIE
**LES CONDITIONS D'UNE CONSECRATION DE LA COMPETENCE
PERSONNELLE PASSIVE EN DROIT INTERNATIONAL**

La consécration de la compétence personnelle passive en droit international requiert d'une part d'établir son articulation aux autres titres de compétence (Chapitre 1), et d'autre part de l'encadrer par des méthodes unilatérales et concertées (Chapitre 2).

**Chapitre 1 L'articulation de la compétence personnelle passive
aux autres titres de compétence**

L'articulation de la compétence personnelle passive aux autres titres de compétence s'analyse différemment selon que l'on considère les titres de compétence « traditionnels » (I.) et la compétence universelle (II).

I. L'articulation par rapport aux titres de compétence « traditionnels »

Cette articulation doit être adaptée à la prévalence des titres de compétence traditionnels dans la pratique internationale classique (A.), mais surtout aux défis rencontrés aujourd'hui par le droit de la compétence internationale (B.).

A. Une articulation adaptée à la prévalence des titres de compétence « traditionnels »

1. Les fondements de la prévalence des titres de compétence « traditionnels »

Cette prévalence ne doit pas être pensée comme une *hiérarchie*, puisqu'une telle organisation des compétences n'existe pas en droit international. Les titres de compétence « traditionnels » sont d'ailleurs loin d'être faciles à mettre en œuvre eux-mêmes. Affirmer la prévalence du principe de territorialité, par exemple, peut parfois créer autant de difficultés que la mise en œuvre de la compétence personnelle passive, comme en témoignent les controverses liées à l'extension de la compétence territoriale par le biais de la doctrine des « effets ». De même, les débats relatifs à la soumission des résidents ou des personnes morales à la compétence personnelle active sont loin d'être réglés dans la pratique internationale.

Pourtant, certains titres de compétence « traditionnels », parce qu'ils reposent sur des facteurs de rattachement considérés comme primordiaux, bénéficient des faveurs de la pratique étatique. C'est le cas du rattachement territorial et du rattachement personnel sous sa forme active, du moins lorsque ce rattachement n'est pas fortuit. Face à ces rattachements, le lien de nationalité d'un État avec une victime peut apparaître aléatoire, secondaire, et surtout superflu : l'État territorialement compétent et l'État de nationalité de l'auteur sont le plus souvent capables de régir la situation en cause et de protéger l'individu soumis à leur ordre juridique respectif. En revanche, l'appartenance de la compétence de « protection » aux titres de compétence traditionnels intervenant prioritairement est plus discutable. En toute hypothèse, la question de la prévalence d'un tel titre sur la compétence personnelle passive semble moins pertinente, car c'est généralement le même État qui peut se prévaloir de ces deux titres¹⁸⁶.

2. La manifestation de cette prévalence : la mise en oeuvre subsidiaire de la compétence personnelle passive

La mise en oeuvre subsidiaire de la compétence personnelle passive est certainement une des conditions les plus fondamentales à sa consécration en droit international. Cette subsidiarité peut intervenir à deux niveaux. D'abord lors de l'établissement de la compétence normative, en précisant dans la législation l'ordre d'intervention des titres de compétence étatiques. Alternativement, il suffit que le principe de subsidiarité intervienne lors de la mise en œuvre de la compétence personnelle passive. Son application va de soi dans certaines circonstances. Par exemple, un Français victime d'une séquestration en France ne fondera vraisemblablement pas sa plainte sur l'article 113-7 du *Code pénal*, mais sur l'article 113-2 consacrant la compétence territoriale française. De même, l'État de nationalité de la victime devrait abandonner toute mise en œuvre de sa compétence internationale dès lors qu'un État tiers peut se prévaloir d'un titre de compétence traditionnel et se saisit du litige. Dans l'affaire *Lozano*¹⁸⁷, les autorités italiennes s'étaient fondées sur la compétence personnelle passive pour initier des poursuites contre un soldat américain accusé d'avoir tué accidentellement un agent des renseignements italiens lors du franchissement d'un checkpoint en Irak en 2005.

¹⁸⁶ En ce sens, F.A. Mann affirme que « The nationality of the victim is a permissible point of contact [...] where the offence itself is so seriously prejudicial to the State as to render it reasonable to impose punishment » (MANN (F.A.), "The doctrine of international jurisdiction", *op. cit.*, p. 94).

¹⁸⁷ Cour d'assises de Rome, *Italia v. Lozano*, 25 octobre 2007, n° 5507/07.

Considérant que la compétence de l'État d'envoi du soldat devait prévaloir, le juge Gargani décida de se dessaisir de l'affaire.

Mais certaines hypothèses peuvent se révéler délicates, notamment lorsque l'État tiers donne à l'acte en cause une qualification juridique ou une sanction différente de celle retenue par l'État de nationalité de la victime. Ce dernier doit-il malgré tout s'effacer, au risque de voir son national mal (ou pas du tout) protégé par l'ordre juridique de l'État tiers ? Cette question se pose avec acuité en matière pénale, où les « susceptibilités internationales »¹⁸⁸ sont particulièrement fortes.

B. Une articulation adaptée aux défis du droit de la compétence internationale

La question de l'articulation entre compétence personnelle passive et titres de compétences « traditionnels » ne se pose pas systématiquement en termes de *conflit* de compétences. Les titres de compétence « traditionnels » peuvent ne pas être mis en œuvre par les États compétents, et montrent de manière croissante leurs insuffisances.

1. Le constat d'insuffisance des titres de compétence « traditionnels »

Il arrive que l'État de nationalité de la victime ne puisse pas se prévaloir d'un titre de compétence « traditionnel », alors même que son ordre juridique présente des liens concrets avec la situation en cause. Cette lacune a des conséquences graves lorsque les États pouvant eux-mêmes se prévaloir de titres de compétence « traditionnels » ne mettent pas œuvre leur compétence internationale. L'État de nationalité de la victime, s'il ne consacre pas la compétence personnelle passive dans son ordre juridique, se voit alors incapable de protéger son national. Le problème s'est notamment posé dans le cadre d'actes commis dans les eaux internationales, sur un navire battant pavillon d'un État différent de celui de nationalité de la victime. Dans l'affaire de l'*Achille Lauro*¹⁸⁹, des membres du Front de Libération de la Palestine (FLP) s'étaient emparés d'un navire de croisière italien, et avaient tué un touriste de nationalité américaine. Les États-Unis demandèrent à l'Italie l'extradition de Abou Abbas, principal suspect, mais ne pouvaient à l'époque se fonder sur aucun titre de compétence, la compétence personnelle passive n'étant pas à l'époque inscrite dans leur législation. De ce fait, et pour d'autres raisons, les autorités américaines ne purent jamais poursuivre Abou Abbas. Les mêmes difficultés se posèrent dans l'affaire *Roberts*, dans laquelle une jeune Américaine

¹⁸⁸ DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive...", *op. cit.*, p. 521.

¹⁸⁹ Voir l'analyse de l'affaire dans l'arrêt *United States v. Yunis* de la Federal District Court., *op. cit.*, p. 902-903.

avait été victime d'un viol commis par un membre d'équipage à bord d'un navire en haute mer. Sans la compétence personnelle passive, les Etats-Unis n'auraient jamais pu mettre en œuvre leur compétence internationale à l'encontre de l'auteur, alors même que la situation était rattachée aux Etats-Unis par de nombreux facteurs¹⁹⁰.

Par ailleurs, les titres de compétence « traditionnels » sont dans certains cas inadaptés aux réalités des relations internationales contemporaines. Ce constat est partagé par l'ensemble des internationalistes depuis plusieurs décennies, sans que des solutions satisfaisantes aient été adoptées par la pratique internationale. Selon Mann, « [t]he complications of modern life are responsible for the steadily increasing reluctance to "localise" facts, events, or relationships »¹⁹¹. En réalité, il s'agit moins d'une mauvaise volonté que de l'incapacité des titres de compétence « traditionnels » d'appréhender l'ensemble des situations pouvant affecter les ordres juridiques étatiques. Cette lacune est manifeste en matière de lutte contre la cybercriminalité.

2. Le problème fondamental de la cybercriminalité

Bien que le terme recouvre des conduites extrêmement variées, il est possible de définir la « cybercriminalité » comme l'ensemble des infractions pour lesquelles l'usage d'Internet est essentiel¹⁹². L'hypothèse classique est celle des attaques informatiques, auxquelles s'ajoutent notamment l'usage d'Internet pour diffuser des contenus pédophiles ou d'incitation à la haine, ou pour mettre à disposition des produits protégés par des droits de propriété intellectuelle. Certaines conduites peuvent même violer de nombreuses règles juridiques à la fois. C'est par exemple le cas lorsqu'un pirate informatique brise la protection d'un logiciel (violation des droits de propriété intellectuelle), afin de s'en servir comme support pour envoyer des logiciels espions sur des ordinateurs (violation du droit à la vie privée). Or, comme l'explique Henrik Kaspersen, « cyber space is very much different from the real world of flesh and blood [...], and one of [its] main characteristics is its borderless

¹⁹⁰ Le navire était parti et finissait son trajet en territoire américain, et la plupart des passagers étaient Américains. En revanche, il battait pavillon libérien, était immatriculé au Panama, et l'accusé n'était pas Américain. Voir Federal District Court, *United States v. Roberts*, 1998, 1 F. Supp. 2d. 601.

¹⁹¹ MANN (F.A.), "The doctrine of international jurisdiction", *op. cit.*, p. 36.

Bien avant l'avènement d'un monde « mondialisé », Donnedieu de Vabres remarquait qu'en matière pénale, il arrive « que le lieu du crime soit demeuré inconnu, indéterminable » (DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Les principes modernes...*, *op. cit.*, p. 81).

¹⁹² Voir DIVISION DU CRIME ECONOMIQUE (Conseil de l'Europe), "Cybercrime and Internet jurisdiction", discussion paper, *Project on cybercrime*, 2009, disponible sur www.coe.int/cybercrime

nature »¹⁹³. Il est ici nécessaire de distinguer deux points qui sont parfois confondus : la *vocation* des titres de compétence « traditionnels » à régir les actes de cybercriminalité d'une part, et l'*aptitude* de ces titres de compétences à être mis en œuvre à l'égard de ces actes. Une attaque informatique n'est pas en elle-même entièrement immatérielle ; elle se réalise à partir d'un État précis, et est due à la conduite d'une personne physique ayant une nationalité déterminée. Les principes de territorialité ou de nationalité active ont donc bien vocation à être mis en œuvre en matière de cybercriminalité. Seulement, la complexité des réseaux informatiques et l'obligation des autorités étatiques de respecter certains droits de l'homme essentiels, tels que le droit à la vie privée, empêchent souvent d'obtenir les preuves nécessaires à la mise en œuvre concrète de ces titres de compétence. Et quand elles y parviennent, à l'issue d'une procédure lourde, ces preuves ont parfois déjà été supprimées. Dans cette hypothèse, une des seules informations disponibles pour initier des poursuites peut être l'identité de la victime. L'État de nationalité de la victime peut ainsi agir à la fois plus rapidement et plus efficacement par le biais de la compétence personnelle passive.

Les Etats-Unis ont par exemple mis en œuvre la compétence personnelle passive à l'encontre d'Alexeï Ivanov, citoyen russe ayant commis à partir de la Russie des attaques informatiques sur des ordinateurs américains¹⁹⁴. L'intervention de l'État de nationalité de la victime peut d'ailleurs favoriser la mise en œuvre de titres de compétence « traditionnels », par exemple en mettant au jour des éléments d'identification du territoire de réalisation de l'acte. L'État de nationalité de la victime, respectant le principe de subsidiarité de la compétence personnelle passive, pourrait alors transmettre la poursuite du dossier à l'État tiers mieux avisé. Cette action conjuguée de l'État de nationalité de la victime et des Etats tiers directement concernés assurerait l'efficacité optimale de la lutte internationale contre la cybercriminalité.

Au regard de ces développements, une articulation satisfaisante entre titres de compétence « traditionnels » et compétence personnelle passive est donc une condition primordiale de la consécration de cette dernière en droit international. L'articulation entre

¹⁹³ DIVISION DU CRIME ECONOMIQUE (Conseil de l'Europe), *op. cit.*, §40.

¹⁹⁴ District Judge Alvin W. Thompson, *United States. v. Ivanov*, 2003, 172 C.C.C. (3d). ; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. UNITED STATES ATTORNEY, "Russian Man Sentenced for Hacking into Computers in the United States", disponible sur <http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/ivanovSent.htm>.

Dans une autre affaire, un pirate informatique kazakh agissant à partir du Kazakhstan a été condamné à 51 mois de prison pour piratage informatique et extorsion. Voir U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. UNITED STATES ATTORNEY, "Kazakhstan Hacker Sentenced to Four Years Prison for Breaking into Bloomberg Systems and Attempting Extortion", disponible sur <http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/zezevSent.htm>.

compétence personnelle passive et compétence universelle n'est pas moins importante.

II. L'articulation par rapport à la compétence universelle

Malgré des fondements théoriques distincts (A.), la compétence personnelle passive peut jouer un rôle d'appui à la compétence universelle (B.).

A. Des fondements théoriques distincts

1. Compétence universelle et compétences fondées sur un rattachement

Dans sa définition générale, peut être qualifiée d'universelle la compétence « reconnue à un État pour réprimer des infractions commises par des particuliers en dehors de son territoire alors que ni le criminel ni la victime ne sont de ses ressortissants »¹⁹⁵. La compétence universelle est donc définie de manière négative, lorsque *l'absence* d'un lien de rattachement entre l'État et la situation en cause n'empêche pas l'intervention de l'État. La compétence personnelle passive, à l'instar des autres titres de compétence internationale, se distingue donc nécessairement de la compétence universelle. D'autres différences sont spécifiques à la comparaison entre compétence personnelle passive et compétence universelle.

2. Compétence universelle et compétence personnelle passive

Comme nous l'avons expliqué auparavant, les objectifs poursuivis par ces deux titres de compétence sont en principe distincts. L'État de nationalité de la victime, lorsqu'il se fonde sur la compétence personnelle passive, cherche à protéger l'individu non pas contre les atteintes aux droits que celui-ci tire de l'ordre juridique international, mais à ceux issus de son ordre juridique *interne*. Certes, les conduites que la compétence universelle affirme régir sont souvent également prohibées par l'ordre juridique interne. C'est même une obligation conventionnelle dans le cas d'instruments tels que la *Convention des Nations Unies contre la torture*¹⁹⁶. Mais l'atteinte que cherche à sanctionner l'État mettant en œuvre la compétence universelle est *in fine* une atteinte à une conception de la « légalité internationale », et non une atteinte à des droits que l'individu tire de l'ordre juridique de son État de nationalité¹⁹⁷. En somme, deux idéologies, au sens neutre du terme, s'affrontent ; celle de la poursuite par l'État

¹⁹⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2007, p. 945.

¹⁹⁶ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, *op. cit.*

¹⁹⁷ Il faut ici présumer la bonne foi de l'État qui se fonde sur la défense de la légalité internationale pour mettre en œuvre la compétence universelle.

du seul intérêt de ses nationaux d'une part, celle de la défense de valeurs que l'État suppose partagées par l'ensemble de la collectivité internationale d'autre part.

Malgré ces fondements théoriques distincts, la compétence personnelle passive peut en pratique jouer opportunément un rôle d'appui à la compétence universelle.

B. Le rôle d'appui à la compétence universelle

1. Un rôle reconnu par la doctrine

Ce rôle est d'abord reconnu de manière implicite, au regard de l'assimilation opérée parfois par la doctrine entre ces deux titres de compétence. Les travaux de la Harvard Law School Research in International Law sont illustratifs de cette assimilation :

« The principle of universality [...] finds some support likewise in the legislation and practice of those States which assert jurisdiction over offences committed against their nationals abroad by whomsoever committed [...]. Universality serves every legitimate purpose for which passive personality might be invoked »¹⁹⁸.

La compétence personnelle passive a d'ailleurs longtemps été perçue comme un « ersatz », ou du moins un préalable nécessaire à l'avènement de la compétence universelle¹⁹⁹. Il est également possible d'affirmer, à l'instar de Akehurst, que la présence de l'auteur d'un crime international sur le territoire d'un État pose les mêmes menaces pour l'ordre public, que cet État soit celui de nationalité de la victime ou non²⁰⁰. Cependant, ce ne sont pas ces rapprochements accessoires qui justifient la confusion entre ces deux titres de compétence, mais le fait que l'État de nationalité de la victime peut défendre les intérêts de la collectivité internationale en mettant en œuvre sa compétence personnelle passive. Antonio Cassese rappelle, à raison, que même lorsqu'elle est fondée sur la solidarité internationale, la compétence personnelle passive doit s'incliner face aux titres de compétence « traditionnels »²⁰¹ mis en œuvre sur le même fondement. Mais l'État de nationalité de la victime bénéficie à notre sens d'une légitimité significative face aux États tiers sans

¹⁹⁸ HARVARD LAW SCHOOL RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, *op. cit.*, pp. 578-579.

¹⁹⁹ Pour Donnedieu de Vabres, il faut renoncer « à trouver une justification directe, positive, de la compétence fondée sur la nationalité de la victime. [La] tradition qui s'est [...] instituée dans ce sens s'explique aisément comme un "ersatz" de la répression universelle, un prélude à l'instauration du système de l'universalité du droit de punir ». Ainsi, la compétence personnelle passive "perdra sa raison d'être quand le régime [de la compétence universelle] aura été imposé par la raison". p. 525 et p. 529.

²⁰⁰ « Supporters of the universality and passive personality principles argue that States should work together for the punishment of crime and that *the presence within a State of the accused of an unpunished criminal is socially dangerous* » (AKEHURST (M.), *op. cit.*, p. 165, mise en forme ajoutée).

²⁰¹ CASSESE (A.), *International Criminal Law, op. cit.*, p. 378.

rattachement avec la situation. Enfin, il est remarquable que la compétence universelle requiert beaucoup plus souvent la présence de l'individu que dans le cadre de la compétence personnelle passive. Dès lors, seule cette dernière peut permettre de sanctionner, au moins symboliquement, les crimes internationaux par le biais d'un procès *in absentia* (cf. ci-dessous, l'affaire *Astiz*). Ce titre de compétence a donc un rôle potentiel d'appui à la compétence universelle. Pourtant, cette faculté n'est mise en oeuvre que de manière intermittente.

2. Un rôle exercé de manière intermittente

Il faut d'abord que l'État de nationalité de la victime consacre la compétence personnelle passive. Dans l'épisode espagnol de l'affaire *Pinochet*, l'Espagne avait dans un premier temps fondé sa demande d'extradition auprès du Royaume-Uni sur le fait que « plus de cinquante Espagnols » étaient morts ou avaient disparu au Chili pendant la période où Pinochet était au pouvoir, alors même qu'elle ne reconnaissait pas la compétence personnelle passive dans son droit interne²⁰². Le refus du Royaume-Uni conduisit l'Espagne à se prévaloir dans un second temps de la compétence universelle. Mais d'autres pratiques illustrent mieux le rôle d'appui que la compétence personnelle passive peut jouer. Il n'est pas anodin que la Belgique ait consacré sa compétence personnelle passive « générale » après avoir en partie renoncé à sa compétence universelle²⁰³. La Belgique a par la suite initié des poursuites contre des nationaux rwandais pour des crimes internationaux dont des nationaux belges avaient été victimes au Rwanda²⁰⁴. De même, dans l'affaire *Astiz*²⁰⁵, la Cour d'assises française condamna par contumace le capitaine argentin Astiz, pour avoir séquestré et torturé en 1977 deux religieuses françaises à Buenos-Aires. Même si l'extradition d'Astiz par l'Argentine s'est jusqu'à aujourd'hui révélée impossible, la condamnation a le mérite non négligeable de manifester l'opposition de la France à la réalisation d'actes contraires à la dignité humaine. L'exemple est donc à suivre, et la *Convention des Nations Unies contre la torture* prévoit d'ailleurs probablement la compétence de l'État de nationalité de la victime dans cette optique.

²⁰² SWART (B.), "La place des critères traditionnels...", *op. cit.*, p. 578.

²⁰³ Voir D'ARGENT (P.), "L'expérience belge de la compétence universelle : Beaucoup de bruit pour rien ?", *R.G.D.I.P.* 2004, pp. 597-632, spéc. pp. 612-614.

²⁰⁴ SWART (B.), "La place des critères traditionnels...", *op. cit.*, p. 577.

²⁰⁵ Cour d'assises de Paris, *Astiz*, 16 mars 1990 (résumé des événements ayant suivi la condamnation sur www.trial-ch.org/fr/trial-watch/.../alfredo_astiz_311.html). Voir dans le même contexte l'affaire *Suarez Mason et autres*, concernant la poursuite en Italie d'officiers argentins, pour des crimes commis contre des Italiens ou des binationaux Italie-Argentine (CASSESE (A.), *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 377).

La compétence personnelle passive peut donc être amenée à jouer un rôle d'appui de la compétence universelle, tout comme elle aspire à être mise en œuvre face aux insuffisances croissantes des titres de compétence « traditionnels ». Cette articulation, condition de la consécration de la compétence personnelle passive en droit international, doit par ailleurs être accompagnée d'un encadrement de la compétence personnelle passive.

Chapitre 2

Le nécessaire encadrement de la compétence personnelle passive

Cet encadrement doit avant tout être assuré par des techniques unilatérales (I.), complétées utilement par des techniques d'encadrement concerté (II.).

I. Les techniques unilatérales d'encadrement de la compétence personnelle passive

Nombre d'internationalistes, conscients des dangers que représenterait une compétence personnelle passive sans limites, n'admettent sa légitimité que sous une forme encadrée. P. de Vareilles-Sommières considère ainsi que « la compétence personnelle rattache à un État non seulement ses ressortissants, mais aussi, *au moins dans une certaine mesure*, les personnes dont ses ressortissants sont victimes »²⁰⁶. Il reste alors à déterminer ce en quoi pourrait consister cette « mesure », même si l'exercice est délicat. Certaines conditions de fond (A.) et de forme (B.) peuvent être envisagées, même si elles ne sont pas systématiquement pertinentes.

A. Les conditions de fond envisageables

1. Les propositions générales

a. La restriction de la compétence personnelle passive à la matière pénale

Comme nous l'avons démontré auparavant, la compétence personnelle passive trouve un fondement théorique particulièrement solide dans son application à la matière pénale. L'État agit ici pour attirer les intérêts vitaux de son national, du moins lorsqu'il conditionne son intervention à un certain degré de gravité de l'acte. Débiteur d'obligations à l'égard de l'État, l'individu est également bénéficiaire du droit d'être protégé par les règles de son ordre juridique étatique. *A contrario*, la seule protection qu'apporte ce titre de compétence à l'individu en matière civile est celle de pouvoir s'adresser à son « juge naturel », sans qu'il

²⁰⁶ DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *op. cit.*, p. 217 §345, mise en forme ajoutée.

Rappelons dans le même sens la position prudente de l'Institut de droit international dans ses travaux sur la compétence extraterritoriale : « La compétence personnelle passive doit, en tout état de cause, s'exercer dans des limites étroites » (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "La compétence extraterritoriale de l'État : Délibérations de l'Institut en séances plénières", *Ann. IDI*, 1993, session de Milan, vol. 65, tome II, p. 138, article 6).

bénéficie nécessairement de l'application des règles de son ordre juridique national. En outre, même si les lacunes de la pratique étatique empêchent d'affirmer l'interdiction coutumière de ce titre de compétence en matière civile, la tendance n'est certainement pas à une reconnaissance unanime de cette forme de compétence. Le « privilège de juridiction » de l'article 14 du *Code civil français*, qui connaît peu d'équivalents dans les autres Etats, l'illustre pleinement. Rendu en principe inopposable aux Etats membres de l'Union Européenne²⁰⁷, il véhicule hors de France une image négative des règles françaises de conflit de juridiction²⁰⁸. Il ne semble donc pas possible de mettre en perspective matières pénale et civile²⁰⁹. D'autre part, toute autre extension du champ d'application de la compétence personnelle passive, notamment en droit de l'environnement ou pour la protection des biens culturels²¹⁰, doit être envisagée avec prudence. En toute hypothèse, une telle extension ne devrait être envisagée que dans le cadre d'un instrument conventionnel, ou en donnant un caractère subsidiaire à l'intervention de ce titre de compétence (cf. *infra* sur ces autres modes d'encadrement). Enfin, restreindre l'intervention de la compétence personnelle passive à la matière pénale peut s'avérer insuffisant pour assurer la consécration de ce titre de compétence en droit international. Il faut de surcroît que le législateur formule cette compétence normative dans des termes permettant d'éviter toute « diffusion » excessive vers d'autres matières du droit. Cafritz et Tene désignent d'ailleurs l'article 113-7 du *Code pénal français* comme un contre-exemple parfait²¹¹. D'autres encadrements spécifiques à la matière pénale sont nécessaires, mais ils seront envisagés isolément.

²⁰⁷ *Règlement communautaire concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (dit "Bruxelles I"), n° 44/2001, 22 décembre 2000, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/>

²⁰⁸ ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e édition, Paris, Dalloz, 2006, p. 764.

²⁰⁹ Michel Cosnard, dans son analyse de la célèbre loi américaine *Helms-Burton*, considère également que ce titre de compétence ne devrait s'appliquer qu'en matière pénale, et non dans des législations civiles ou commerciales telle que la loi *Helms-Burton*. (COSNARD (M.), "Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays", *A.F.D.I.*, vol. 42, 1996, p. 41-42)

En sens contraire, Brigitte Stern appréhende indifféremment matières pénale et civile. « [N]e sont sans doute pas conformes au droit international coutumier les règles du droit pénal s'appliquant à des actes commis à l'étranger par des étrangers du seul fait que la victime est nationale, ou l'article 14 du Code civil français » (STERN (B.), "Quelques observations...", *op. cit.*, p. 34).

²¹⁰ Pour un exemple de proposition en matière environnementale, voir LEWIS (B.C.), "It's a Small World After All: Making the Case for Extraterritorial Application of the National Environmental Policy Act", *Cardozo L. Rev.*, 2004, vol. 25, pp. 2178-2179 ; en matière de protection des biens culturels : GOTTLIEB (Y.), "Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC", *Penn St. Int'L L. Rev.*, 2005, vol. 23, p. 878-879.

²¹¹ En droit français, « [d]es sanctions pénales sont prévues en droit des sociétés, de la distribution, du travail, de la consommation, de la propriété intellectuelle et, bien sûr, de la concurrence, ainsi que dans la réglementation boursière. Une application stricte de l'article 113-7 du *Code pénal* et de la jurisprudence qui en découle conduirait à une vaste extension de la réglementation économique française sur les marchés étrangers, tout au

b. La délimitation stricte des personnes concernées

Une telle délimitation affecte la compétence personnelle passive dans son caractère général de compétence *personnelle* et dans son caractère spécifique liée à la notion de *victime*.

Sur le premier point, l'encadrement le plus évident concerne la limitation de l'intervention de l'État aux actes dont ont été victimes ses **nationaux**. Cette restriction est d'abord justifiée par une interprétation étroite du lien de rattachement exigé pour justifier une compétence personnelle. Comme nous l'avons observé auparavant, il peut paraître démesuré qu'un État affirme vouloir régir une situation, alors qu'il n'est lié à celle-ci ni par le lieu de réalisation de l'acte, ni par la nationalité de l'auteur, ni par la nationalité de la victime. La soumission d'un individu à l'ordre juridique de son État de résidence ne traduit pas nécessairement un rattachement véritable —le phénomène de l'évasion fiscale en est l'illustration classique—. Certes, le lien de nationalité peut également n'être que formel, et l'individu changer de nationalité tout autant que de résidence permanente. En pratique, le lien de nationalité apparaît cependant plus stable. Face aux États tiers internationalement compétents, le lien de nationalité bénéficie aussi d'un meilleur crédit que le lien de résidence habituelle ou permanente. Comme l'observe Bert Swart, cette question reste pour l'instant théorique, puisque « les rapports nationaux et régionaux n'en fournissent aucun exemple, et les conventions internationales récentes non plus »²¹². Une extension aux résidents permanents poserait en toute hypothèse des risques de multiplication des conflits de compétence personnelle, devant lesquels l'exigence de protection homogène des sujets de l'ordre juridique peut apparaître secondaire.

Il semble par contre cohérent d'étendre aux **personnes morales** le bénéfice de la protection accordée aux personnes physiques, à condition qu'elles disposent de la nationalité de l'État en cause. La Suisse, parmi d'autres, consacre cette extension²¹³. Mais couplée à une conception lâche de la nationalité, qui se contenterait d'un rattachement purement formel avec l'État (par exemple, le simple enregistrement d'une association à but non lucratif), cette

moins dans toutes les affaires impliquant des « victimes » françaises » (CAFELITZ (E.) et TENE (O.), *op. cit.*, p. 736 s.).

²¹² SWART (B.), "La place des critères traditionnels...", *op. cit.*, p. 577.

Ce constat est confirmé par le C.D.P.C. du Conseil de l'Europe, cette fois en matière de compétence personnelle active. « Pour l'instant, seul un nombre restreint d'États a étendu le principe de la nationalité du délinquant aux personnes physiques qui ne sont pas ressortissantes de l'État exerçant les poursuites, mais qui y ont leur résidence habituelle » (COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (Conseil de l'Europe), *op. cit.*, p. 12).

²¹³ Voir par exemple l'Avis de l'Office fédéral de la justice, 26 juin 1987, cité in David (E.), *op. cit.*, p. 205. Les législations turque et finlandaise prévoient aussi cette extension.

extension peut aussi favoriser les tensions entre États, surtout lorsque ceux-ci n'ont pas la même conception de la compétence personnelle. Or, le C.D.P.C. du Conseil de l'Europe souligne que même dans le cadre de la compétence personnelle active, pourtant moins controversée que la forme passive, tous les États ne sont pas favorables à une extension de compétence aux conduites des personnes morales²¹⁴. Les États européens ont semble-t-il une conception plus stricte de la compétence personnelle que dans l'approche américaine, et rien n'indique que cette opposition soit moins marquée concernant la forme passive.

Enfin, et c'est le cœur du problème, la notion de **victime** devrait peut-être être définie de manière stricte, même s'il revient à chaque État d'établir pour lui-même quelles sont les « victimes » au sens de son ordre juridique, et quel type de préjudice peut être reconnu. Il est d'abord essentiel de préserver le concept de compétence personnelle passive de toute extension pouvant empiéter excessivement sur les souverainetés étrangères. Il s'agit également pour l'État consacrant la compétence personnelle passive de préserver ses juridictions étatiques contre tout risque d'engorgement. Ce risque se pose conjointement avec la question de la nationalité, notamment si la compétence est étendue aux victimes *indirectes* étrangères. Des ayant droits étrangers d'une victime (nationale ou non) pourraient alors se prévaloir de la législation protectrice de cette dernière. La question s'est par exemple posée en France dans l'affaire *Baré*. En l'espèce, la veuve d'Ibrahim Baré Maïnassara, président assassiné du Niger, invoquait en son nom et de celui de ses enfants le bénéfice des règles françaises de compétence personnelle passive. L'ensemble de la famille Baré était de nationalité nigérienne. La chambre criminelle de la Cour de cassation confirma — à bon droit il nous semble — l'ordonnance de refus d'informer sur la plainte, en se fondant à la fois sur le critère de nationalité et sur celui du caractère direct du préjudice.

« L'assassinat du président de la République du Niger, de nationalité nigérienne, a été commis hors du territoire de la République française, par un ou des auteurs étrangers de sorte que la loi pénale française n'est pas applicable, *la victime étant dépourvue de la nationalité française, sa femme et ses enfants, parties civiles, n'ayant pas la qualité de victime*, au sens de l'article 113-7 du *Code pénal* »²¹⁵.

²¹⁴ « L'une des constatations les plus étonnantes concerne le fait qu'aucun des États membres [du Conseil de l'Europe] n'ait adopté de dispositions légales concernant l'applicabilité du principe de la nationalité aux personnes morales, pas même ceux qui reconnaissent la responsabilité pénale des personnes morales ». Quant à l'applicabilité à la compétence personnelle passive, elle a « dans l'ensemble, donné lieu à des réponses négatives » (COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (Conseil de l'Europe), *op. cit.*, p. 11 et p. 13).

²¹⁵ Cass. crim., 31 janvier 2001, *Bull. crim.*, n° 31, mise en forme ajoutée.

Une exception à cette exclusion des victimes indirectes est en revanche envisageable dans l'hypothèse où la compétence personnelle passive intervient comme « appui » à la compétence universelle (cf. *supra*). La priorité devrait ici être donnée à la protection des intérêts des victimes, qu'elles aient été affectées de manière directe ou non. En ce sens, la chambre criminelle française a cette fois-ci peut-être montré le mauvais exemple, en refusant le bénéfice de l'article 113-7 à une plaignante française qui dénonçait des faits commis au Cambodge en 1975 sur la personne de son mari de nationalité cambodgienne. Réfugié dans les locaux de l'ambassade de France à Phnom Penh, cet homme avait été contraint de suivre les représentants des autorités du nouveau « Kampuchea démocratique », avant de disparaître sans qu'il n'ait jamais été possible de retrouver sa trace. La plainte, qui portait sur les chefs de crimes contre l'humanité, assassinat, meurtre et actes de torture et de barbarie fut refusée, la plaignante n'ayant pas qualité de « victime directe »²¹⁶.

c. Le respect des principes généraux du droit international

Les difficultés posées par les conflits de compétence ont poussé à une réflexion générale afin de mettre au jour quels principes généraux du droit international pourraient encadrer la mise en œuvre des compétences étatiques. L'application de tels principes est particulièrement judicieuse lorsqu'est en cause un titre de compétence au statut aussi controversé que la compétence personnelle passive. Rappelons d'abord le principe d'**exclusivité du pouvoir de contrainte** de l'État sur son propre territoire. Hormis l'hypothèse d'exécution d'actes matériels, la mise en œuvre de la compétence personnelle passive pose des risques moins immédiats. Certes, comme l'explique Jean Combacau, « tant que l'action d'un État A se borne à l'émission de normes ou d'injonctions purement intellectuelles ou verbales, à partir de son territoire, même destinées à produire des effets sur le territoire de l'État B, celui-ci n'y voit en général pas d'empiètement »²¹⁷. Mais la mise en œuvre de la compétence personnelle passive peut affecter la souveraineté d'un État tiers sans nécessiter aucune opération matérielle sur le territoire de ce dernier. C'est par exemple le cas lorsque la personne poursuivie, déjà présente sur le territoire de l'État de nationalité de la victime, est condamnée par ses juridictions. Les États tiers, territorialement compétents ou de nationalité de l'auteur, sont pourtant directement concernés par le litige dont s'est saisi l'État de nationalité de la victime.

²¹⁶ Cass. crim. 21 janvier 2009, *JCP*, 2009, vol. IV, p. 1337.

²¹⁷ J. Combacau, cité in Stern (B.), "Quelques observations...", *op. cit.*, p. 15, note 17.

Il n'est donc pas inutile que certains principes généraux viennent encadrer la mise en œuvre de ce titre de compétence. Le **principe de non intervention**²¹⁸, ou de non-ingérence, semble le mieux à même de jouer ce rôle. Si le droit positif le consacre traditionnellement dans le contexte de conflits armés²¹⁹, l'immixtion illicite d'un État dans le règlement des affaires internes d'un autre État peut dépasser ce cadre précis. Certaines hypothèses, telle que l'action purement unilatérale de l'État de nationalité de la victime, sans information ni recherche de coopération avec les États tiers, excèdent sans doute le simple exercice discrétionnaire des pouvoirs légaux de l'État. Mais sur ce point, l'appréciation ne peut être que casuistique. D'autres critères peuvent être envisagés, sans pour autant que leur application soit aisée. C'est le cas du **principe de bonne foi**, duquel on peut rapprocher le principe de comportement « raisonnable » de l'État. La spécificité de ce dernier est qu'il peut intervenir d'une part dès la consécration de la compétence, en exigeant un lien juridique « raisonnable », et d'autre part lors de sa mise en œuvre, au regard du rattachement concret de l'État avec la situation en cause. Mais de la même manière que nous avons critiqué le concept du lien substantiel, le concept de « raisonnable » est peu opératoire, car trop imprécis. Il est vrai que le dessin confus d'une norme est précisément ce qui justifie qu'elle soit qualifiée de *principe*. Mais le concept de « raisonnable », coquille vide, ne peut sembler-t-il même pas aspirer à cette qualification²²⁰. Enfin, le principe de **courtoisie**, ou *comitas gentium*, pourrait également jouer un rôle dans la mise en œuvre de la compétence personnelle passive, même s'il relève plus de la pratique diplomatique que du droit international²²¹. Dans cette optique, l'État de nationalité de la victime s'inclinerait face à la mise en œuvre d'un titre de compétence traditionnel, et ce sans qu'il se considère juridiquement obligé de le faire.

Outre ces indications générales, des propositions spécifiques à la matière pénale peuvent être envisagées.

²¹⁸ Voir VERHOEVEN (J.), *op. cit.*, pp. 144-147 ; DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *op. cit.*, §§ 399-400.

²¹⁹ C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis), arrêt du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, §242.

²²⁰ Voir en ce sens SALMON (J.), "Le concept de raisonnable en droit international public", in *Le droit international, unité et diversité (Mélanges offerts à Paul Reuter)*, Paris, Pedone, 1981, p. 447 ; pour la question spécifique du rattachement raisonnable, DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *op. cit.*, p. 245.

²²¹ Le C.D.P.C. considère que ce principe n'« entraîne pas d'obligations contraignantes [même s'il] trouve une certaine expression normative en tant que condition préalable du développement d'un système de droit international public ». (COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (Conseil de l'Europe), *op. cit.*, p. 22).

2. Les propositions spécifiques à la matière pénale

a. Le critère de gravité de l'acte et/ou de la peine encourue

Critère essentiel de l'encadrement de la compétence personnelle passive, il est utilisé par l'ensemble des Etats consacrant ce titre de compétence. C'est le cas des législations spécifiques à des infractions données, (prises d'otage ; terrorisme), qui concernent toujours des actes d'une gravité exceptionnelle. C'est également le cas des législations consacrant la compétence personnelle passive sous sa forme générale. Le *Criminal code Act* australien, à titre d'exemple, énumère quatre infractions de gravité décroissante (*murder ; manslaughter ; intentionally causing serious harm ; recklessy causing serious harm*)²²². Bien que les peines encourues ne constituent pas ici un critère d'encadrement, elles illustrent la gravité que le droit australien reconnaît à ces actes (respectivement l'emprisonnement à vie ; 25 ans d'emprisonnement ; 20 ans ; 15 ans). Il est notable que dans l'affaire *Cutting*, la conduite en cause était un « simple » acte de diffamation, qui n'apparaît pas justifier suffisamment la protection par l'État de son national. À l'inverse, d'autres jurisprudences américaines, tel l'arrêt *Columba-Colella*, limitent judicieusement la portée de la compétence personnelle passive aux actes graves. Dans cette affaire, un citoyen américain poursuivait un Mexicain devant les tribunaux américains, en l'accusant d'avoir recelé sa voiture au Mexique. La Cour refusa d'accueillir la plainte.

« [S'] il n'est pas remis en cause que le comportement de Columba-Collela a affecté un citoyen américain, [il] est difficile de distinguer la présente affaire de celle dans laquelle le défendeur n'aurait pas essayé de receler une voiture volée mais de faire les poches de touristes américains à Acapulco »²²³.

D'autres Etats se fondent parfois sur la gravité de la peine encourue. L'écart entre les législations est parfois considérable, comme le montre la mise en perspective de quelques législations. La Belgique exige que le délit soit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, l'Italie un an, la Finlande six mois, tandis que la France se reconnaît compétente dès lors que le délit est « puni d'emprisonnement »²²⁴. Or, c'est précisément l'approche souple vis-à-vis des sanctions encourues qui entraîne la diffusion de la compétence pénale à d'autres matières

²²² Sections 115.1 à 115.4 du *Criminal code Act* australien (1995), *op. cit.* Citons aussi le Code tadjike, qui se limite aux « délits particulièrement graves » (Art. 15 §2 b) du *Code pénal tadjike*, *op. cit.*)

²²³ Fifth Circuit Court, *United States v. Columba-Colella*, 1979, 604 F.2d 356, cité et traduit in CAFRITZ (E.) et TENE (O.), *op. cit.*, note 36.

²²⁴ Article 10 §5 du *Code de procédure pénal* belge, *op. cit.* ; Article 10 du *Codice Penale italiano*, *op. cit.* ; Article 5 du *Code pénal* finlandais, *op. cit.* ; article 113-7 du *Code pénal* français, *op. cit.*

juridiques. Plus le critère de gravité de la peine est étroit, plus faibles sont les risques de voir des règles de droit de la concurrence, de la consommation ou du travail « happées » par la compétence personnelle passive en matière pénale. Notons enfin que ce critère de gravité présente un avantage supplémentaire à l'égard du principe de prévisibilité qu'invoque parfois la doctrine. Si l'individu n'est en aucun cas soumis à l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » *étrangère*, il est certain que la majorité des crimes les plus graves sont partagés par les différents ordres juridiques étatiques. L'auteur d'une agression sexuelle sur une touriste étrangère mineure peut difficilement se défendre en invoquant sa méconnaissance du droit étranger. Cet argument de la prévisibilité est aussi pertinent à l'égard du principe de double incrimination.

b. Le respect du principe de double incrimination

Le respect de ce principe présente des avantages indéniables pour l'État mettant en œuvre la compétence personnelle passive ainsi que pour les États tiers. L'objection pratique visant l'imprévisibilité de la soumission de l'auteur à l'ordre juridique d'un État étranger perd tout fondement. La souveraineté étrangère est également ménagée, puisque l'État de nationalité de la victime met en œuvre des règles communes à leurs ordres juridiques respectifs. Mais si le respect du principe de double incrimination présente des aspects séduisants, il crée également de nombreuses difficultés. Pensé dans le cadre de relations judiciaires bilatérales entre un État requérant l'extradition et un État requis, il s'adapte mal aux situations dans lesquelles existent différents éléments d'extranéité. Ainsi, même si la situation présente des rattachements avec différents États, l'État (requérant) de nationalité de la victime ne mettra en œuvre ce principe qu'avec le seul État requis —notamment l'État territorialement compétent ou l'État de nationalité de l'auteur. Il n'existe aucune garantie qu'un État tiers à cette relation bilatérale, alors même qu'il est potentiellement concerné par la conduite en cause, incrimine également l'acte dans son ordre juridique.

Surtout, le principe de double incrimination est en opposition radicale avec un des intérêts essentiels de la compétence personnelle passive. En effet, la compétence personnelle passive trouve un de ses fondements précisément dans *l'absence* de protection de ses nationaux par l'ordre juridique de l'État étranger. Cette protection de l'étranger par l'État où il séjourne constitue un principe essentiel du droit international, formulé dans la célèbre sentence de l'Ile *Palmas*. Selon l'arbitre unique Max Huber, le pouvoir exclusif de l'État sur son territoire « a pour corollaire [...] l'obligation de protéger [...] les droits dont chaque État

peut réclamer le bénéfice pour ses nationaux séjournant en territoire étranger »²²⁵. En absence d'incrimination par un État A d'un acte qu'un État B réprime dans son ordre juridique, et qui a porté préjudice à un national de l'État B, il est compréhensible que l'État B souhaite préserver lui-même le droit de ses nationaux. En imposant le respect du principe de double incrimination, l'État de nationalité de la victime est pourtant privé de cette possibilité. Cet argument a notamment été avancé par les Etats-Unis, qui accusent certains Etats de ne pas avoir une législation suffisamment efficace en matière terroriste. Cette appréciation est naturellement subjective. En toute hypothèse, le principe de double incrimination ne fait pas l'unanimité. Il n'est pas consacré par l'ensemble des Etats²²⁶, et se révèle souvent difficile à interpréter²²⁷.

c. L'exigence d'équivalence des peines encourues

L'exigence de double incrimination, si elle est retenue comme critère d'encadrement, ne suffit pas à assurer la compatibilité des ordres juridiques étatiques en cause. Ceux-ci ne sont pas toujours fondés sur les mêmes valeurs morales, ou du moins accordent-ils une importance différente à chacune d'entre elles. Il est donc possible que l'État de nationalité de la victime et le ou les État(s) tiers concerné(s) par la situation répriment tous la conduite en cause, mais ne la sanctionnent pas de la même manière. J.F. Williams souligne les absurdités auxquelles peut mener l'absence d'un tel critère. Un individu pourrait se voir condamner à la peine de mort dans l'État de nationalité de la victime, alors même que cet acte est sanctionné d'une peine légère dans l'État territorialement compétent ou dans l'État de nationalité de l'auteur²²⁸.

d. Le critère de l'intentionnalité

Il faut entendre ici « intentionnalité » comme la volonté de l'auteur d'atteindre la victime *du fait de sa nationalité*. Le cas des attentats terroristes convient particulièrement à cette hypothèse, même si tous les actes terroristes ne sont pas commis sur ce fondement (ils

²²⁵ S.A., *Ile Palmas*, R.S.A., vol. II, p. 839. C'est également l'avis de De Visscher : « The criminal law of the country where the offence has been committed owes foreigners such protection as will in general ensure the repression of such offences » (DE VISSCHER (Ch.), *op. cit.*, p. 259).

²²⁶ En matière de compétence personnelle passive, il est cependant retenu par l'Allemagne, l'Estonie, le Mexique ou encore le Pérou.

²²⁷ Il existe notamment « des divergences d'opinion sur le point de savoir s'il faut l'envisager *in abstracto* (c'est-à-dire en se référant uniquement au fait que les actes ou omissions sont considérés comme des infractions par le droit interne des deux pays), ou *in concreto* (c'est-à-dire en faisant référence aussi aux autres conditions qui rendent le délinquant passible d'une sanction dans un cas déterminé) » (COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (Conseil de l'Europe), *op. cit.*, p. 11).

²²⁸ Williams (J.F.), cité in MANN (F.A.), "The doctrine of international jurisdiction", *op. cit.*, p. 92.

peuvent viser l'ensemble des étrangers, les pratiquants d'une religion, ou simplement frapper des individus de manière aléatoire). Du reste, l'État de nationalité de la victime trouve ici une justification politique très forte à la mise en œuvre de sa compétence internationale. Ce critère a par exemple été mis en œuvre dans l'affaire *Vasquez-Velasco*, dans laquelle la District Court a considéré que le meurtre d'un touriste « au hasard » ne pouvait justifier l'application de la législation antiterroriste américaine²²⁹. Le *Restatement (Third) of the Law of the U.S.* inclut d'ailleurs ce critère à la compétence personnelle passive américaine²³⁰. Mais exiger le respect de ce critère implique le chevauchement systématique de la compétence de protection et de la compétence personnelle passive, puisque l'acte terroriste justifie la mise en œuvre des deux titres à la fois. Il ne semble donc pas judicieux d'en faire une condition systématique à la mise en œuvre de la compétence personnelle passive.

e. Le respect du principe ne bis in idem

Le respect du principe *ne bis in idem* amène quasiment les mêmes avantages et difficultés d'application que le principe de double incrimination. D'une part, il présente de nombreux avantages pour la mise en œuvre de la compétence personnelle passive. Il constitue un principe fondamental du droit international des droits de l'homme, et favorise le maintien de bonnes relations interétatiques entre les États impliqués²³¹. Pour ces raisons, il conditionne la mise en œuvre de ce titre de compétence dans de nombreux ordres juridiques²³². D'autre part, il efface un des intérêts essentiels de la compétence personnelle passive. L'État de nationalité de la victime met souvent en œuvre sa compétence du fait de l'inaction des États tiers. En comparant ce critère avec le principe de double incrimination, le problème n'est ici que déplacé : l'État tiers, même s'il incrimine l'acte en cause, peut être réticent à poursuivre un individu, généralement pour des raisons politiques inavouées. L'affaire des *Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader*²³³, dont est saisie la Cour internationale

²²⁹ Ninth Circuit Court, *United States v Vasquez-Velasco*, 1994, 15 F. 3d 833, spéc. p. 834-835.

²³⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE, "Restatement (Third)...", *op. cit.*, paragraphe g) des commentaires.

²³¹ Comme le remarque G.R. Watson, « if neither the state in which the crime occurred nor the offender's home state prosecutes, they should not have reason to complain if the victim's home state then desires to prosecute » (Watson (G.R.), *op. cit.*, p. 21).

²³² Citons, entre autres, la Belgique, la Turquie, et la Colombie. Le Venezuela prévoit même l'hypothèse dans laquelle l'individu a été poursuivi et condamné dans un État tiers, mais s'est enfui par la suite («Requírese también que el indiciado no haya sido juzgado por los tribunales extranjeros, a menos que habiéndolo sido hubiere evadido la condena » (article 4.2 du *Código penal* du Venezuela, *op. cit.*).

²³³ C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), *op. cit.*

de Justice, semble illustrer ce type de situation, qui se manifeste également en matière de lutte antiterroriste. C'est ce que soulignent certains internationalistes, à l'instar de Rosalyn Higgins.

« [T]he problem has not been a clash of contending jurisdictions, but rather the fact that those who clearly do have jurisdiction have been reluctant to exercise it —either for reasons of political empathy with the terrorist, or because it is feared that to exercise jurisdiction will invite further acts of terrorism »²³⁴.

B. Les conditions de forme envisageables

1. L'exigence de présence de la personne sur le territoire

Cette exigence présente l'intérêt pratique de simplifier la mise en œuvre de la compétence personnelle passive, en évitant d'engager des frais de justice nécessaires au transfèrement de l'individu vers l'État de nationalité de la victime. Elle est établie dans une partie non négligeable des législations étatiques²³⁵. La présence de l'accusé donne d'ailleurs une justification supplémentaire à l'action de l'État de nationalité de la victime, qui voit son ordre public potentiellement menacé par la présence de l'auteur impuni sur son territoire (cf. *supra*). L'exigence de présence de la personne sur le territoire est aussi une conséquence potentielle de l'application du principe de double incrimination. Si l'État tiers n'incrimine pas l'acte en cause, il refusera d'extrader la personne poursuivie ; dans cette optique, la seule possibilité pour l'État de nationalité de la victime de mettre en œuvre sa compétence est que la personne poursuivie soit présente de son plein gré sur son territoire.

La prise en compte du droit international des droits de l'homme n'a qu'une incidence variable sur cette exigence. La présence de la personne sur le territoire de l'État de nationalité de la victime peut certes être le fruit d'un enlèvement ou *international abduction*, acte de violation grave du droit international des droits de l'homme (et du droit international général également). La présence de l'individu ne doit donc pas être la conséquence d'une telle action de l'État. A l'inverse, la poursuite de l'individu *in absentia* —*ie.* en l'absence de la personne poursuivie— n'est pas systématiquement incompatible avec le respect des droits de la défense²³⁶ en droit international des droits de l'homme. Enfin, notons que la présence de l'individu sur le territoire de l'État de nationalité de la victime ne réduit pas les risques de

²³⁴ HIGGINS (R.), *op. cit.*, p. 66.

²³⁵ Entre autres, l'Italie, le Mexique, la Turquie.

²³⁶ « Il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention EDH » (Note sous C.E.D.H., 18 octobre 2006, à propos des procédures pénales *in absentia*), *JCP G.*, n° 12, 21 mars 2007, II, 10050, pp. 70-72.

tension avec les États tiers. Ceux-ci sont probablement moins enclins à protester dans l'hypothèse d'un procès *in absentia*, dans lequel la mise en œuvre de la compétence personnelle passive est avant tout symbolique. Mais lorsque l'individu est trouvé et détenu par l'État de nationalité de la victime sur son propre territoire, celui-ci exerce cette fois ses pouvoirs légaux de manière concrète, et ce sans devoir faire preuve dans ses relations interétatiques de la diligence qu'impliquerait une demande d'extradition.

2. L'exigence d'une plainte de la victime et/ou l'autorisation d'un tiers

L'exigence de plainte de la victime permet en un sens de s'assurer que l'État de nationalité de la victime cherche à protéger les seuls intérêts de ses nationaux victimes, et non ses intérêts propres. Présente dans de nombreuses législations, cette condition procédurale est établie de manière stricte, et parfois comme alternative à l'action d'un tiers. Certains Etats requièrent même l'intervention systématique d'un tiers, dont l'identité varie selon les systèmes juridiques²³⁷. Cette intervention d'un tiers est un instrument de pondération non négligeable de la compétence personnelle passive, susceptible d'assurer le respect de certains critères proposés auparavant (notamment le principe de subsidiarité ; le principe de non intervention), mais aussi de bloquer la mise en œuvre de la compétence personnelle passive pour des raisons strictement politiques. Son rôle dans la prévention des conflits de compétence internationale avec les Etats tiers peut cependant être essentiel. Mais le meilleur moyen de prévenir ces conflits est peut-être l'action concertée des Etats en cause.

II. Les techniques d'encadrement concerté de la compétence personnelle passive

Même si l'élaboration d'un instrument général régissant la compétence internationale de l'État apparaît inopportune (A.), des conventions spécialisées peuvent fournir un encadrement efficace de la compétence personnelle passive (B.).

²³⁷ La plainte de la victime est une condition stricte en France et en Thaïlande, et une alternative à l'intervention du Ministère de la Justice en Italie. Le tiers dont l'intervention est requise peut être aussi bien le Ministère public (France), l'Attorney General (Australie, Etats-Unis), un membre de l'exécutif (Finlande, Italie), ou même le Roi dans les monarchies parlementaires (Norvège).

A. L'inopportunité d'un instrument général régissant la compétence internationale de l'État

1. Un projet inutile

L'élaboration d'un instrument général régissant la compétence internationale de l'État est parfois proposée comme une solution « miracle » aux conflits de compétence qui émailleraient les relations interétatiques. Elle apparaît *prima facie* d'autant plus judicieuse que le droit international coutumier est extrêmement lacunaire en matière de compétence internationale. Dans cette perspective, des dispositions conventionnelles pourraient limiter les effets excessifs de compétences extraterritoriales controversées, à l'instar de la compétence personnelle passive. Mais encore faut-il qu'une telle solution soit utile. La propension justifiée de la doctrine à se focaliser sur les difficultés liées à la compétence internationale, à travers l'analyse des compétences particulièrement exorbitantes du droit commun, dessine un tableau peut-être trop sombre de la pratique internationale. Les conflits de compétences internationales demeurent en effet occasionnels. Les titres de compétence traditionnels, même entendus strictement, restent capables d'appréhender la plupart des situations juridiques existantes, et ce malgré la multiplication des facteurs d'extranéité. Et un État a généralement tout intérêt à s'incliner devant la mise en œuvre de tels principes par les États tiers compétents, s'il veut réciproquement pouvoir s'en prévaloir à son tour.

En outre, l'encadrement *unilatéral* de la compétence internationale est très souvent suffisant. Nombre des propositions que nous avons envisagées (cf. *supra*) sont déjà mises en œuvre par les États consacrant la compétence personnelle passive. L'action unilatérale a également le mérite d'adapter l'encadrement aux spécificités de chaque ordre juridique. A titre subsidiaire, même si l'élaboration d'un instrument général n'est pas inutile, elle apparaît irréalisable.

2. Un projet irréalisable

Un tel projet semble doublement irréalisable. Irréalisable d'abord dans son élaboration, car à chaque ordre juridique correspond semble-t-il une conception de la compétence internationale. Notre analyse ne s'est concentrée que sur certaines des nombreuses divergences d'interprétation du concept de territorialité ou de personnalité, mais il en existe de nombreuses autres. Il n'est donc pas surprenant que des initiatives telles que le *Projet de Convention sur la compétence internationale* de la Harvard Law School Research in International Law aient échoué, alors même que ce Projet limitait son ambition à la matière

pénale. Il faut aussi prendre en compte les réserves innombrables qu'impliquerait un tel instrument général, en particulier de la part d'Etats ayant une conception très exorbitante de la pratique commune, comme c'est le cas des Etats-Unis. Si Watson considère que « a convention with reservations would probably be better than no convention at all »²³⁸, il nous semble au contraire que forcer la réalisation d'un projet impraticable ne résoudrait en rien les risques de conflits de compétence internationale. Une Convention criblée de réserves serait aussi inintelligible que le droit international coutumier est confus aujourd'hui. Même si d'après négociations parvenaient à donner naissance à un Projet de convention, un autre obstacle majeur se poserait dans un second temps ; celui de convaincre les Etats de se *lier* juridiquement à ce traité, dans une matière aussi sensible que la compétence internationale.

Mieux vaut donc probablement favoriser d'autres voies plus praticables, telles que l'élaboration d'instruments conventionnels spécialisés.

B. L'opportunité d'instruments conventionnels spécialisés

Il y a plus d'un demi-siècle, Donnedieu de Vabres concluait son rapport devant les membres du III^{ème} Congrès de droit comparé de Londres en s'essayant à une analyse prospective du droit international. L'universitaire dessinait deux tendances principales, l'une dans la continuité de l'unilatéralisme traditionnel des Etats en matière de compétence internationale, l'autre annonçant et préparant « l'avènement d'un règlement rationnel, universaliste des compétences pénales ».²³⁹ Et il est vrai que le droit pénal international recourt désormais de manière extensive à la technique conventionnelle ; d'une part pour régler de manière concertée des questions de fond relativement à des phénomènes criminels communs, d'autre part pour organiser la mise en œuvre des compétences respectives des Etats en matière pénale. Notre analyse du droit positif conventionnel a cependant montré que tous ces instruments ne tirent pas parfaitement profit des atouts de la compétence personnelle passive, et ne règlent pas avec fermeté les problèmes que sa mise en œuvre peut créer. Le droit conventionnel apparaît en ce sens perfectible.

1. Le développement d'instruments relatifs à un comportement déterminé

Par « développement », il faut comprendre d'abord la création de nouveaux instruments adaptés aux nouvelles formes de criminalité internationale. A titre d'exemple, seul

²³⁸ WATSON (G.R.), *op. cit.*, p. 31.

²³⁹ DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive...", *op. cit.*, p. 536.

le Conseil de l'Europe a pour l'instant eu le courage d'appréhender la question de la cybercriminalité²⁴⁰, alors que ce phénomène pose des défis essentiels aux ordres juridiques étatiques. Une Convention internationale sous l'égide des Nations Unies semble en ce sens également requise. Au vu de nos conclusions sur le rôle majeur que peut jouer la compétence personnelle passive en la matière, une disposition relative à ce titre de compétence semble particulièrement bienvenue, à condition de régler la question délicate de la définition de « victime » d'un acte de cybercriminalité.

Développer le droit conventionnel implique aussi d'améliorer les instruments existants par le biais de Protocoles d'amendement. Les actes de prises d'otage, de détournements d'aéronefs, de criminalité organisée, ou de trafic international de drogue sont déjà régis par des Conventions internationales, mais force est de constater que celles-ci ne font pas usage de toutes les possibilités qu'offre le droit de la compétence internationale. A une première échelle, la compétence personnelle passive pourrait être promue simplement en la mentionnant parmi les titres de compétence autorisés. Lowenfeld considère même que la compétence personnelle passive peut être justifiée lorsqu'elle met en oeuvre « an international convention widely adhered to, but probably not otherwise »²⁴¹. Or, de nombreuses Conventions, en ne faisant qu'autoriser « tout titre de compétence que se reconnaît une Partie dans son droit interne », n'incitent résolument pas les Parties à consacrer la compétence personnelle passive dans leur ordre juridique interne — même dans des domaines où les titres de compétence traditionnels se révèlent inefficaces²⁴²—. La mention expresse de ce titre de compétence dans les Conventions peut aussi favoriser, au bénéfice de l'État de nationalité de la victime, la coopération des Etats tiers dont l'aide est requise. A une seconde échelle, la compétence personnelle passive pourrait être inscrite parmi les titres de compétence *obligatoires*, lorsque l'acte en cause est extrêmement grave et sa répression particulièrement complexe²⁴³. Cela n'empêcherait d'ailleurs pas d'établir, en parallèle, le caractère subsidiaire de ce titre de compétence face aux compétences territoriale et personnelle active.

²⁴⁰ *Convention (n°185) du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, op. cit.*

²⁴¹ LOWENFELD (A.), "U.S.Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law", *A.J.I.L.*, vol. 83, p. 893, cité in WATSON (G.R.), *op. cit.*, p. 31 (notre traduction).

²⁴² L'article 22 §5 de la *Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité* en est une illustration.

²⁴³ L'article 31 §1(e) de la *Convention (n°201) du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels* donne ici un exemple de formulation possible d'une telle disposition (cf. *supra*).

2. L'interprétation des instruments de coopération judiciaire

Un des principaux obstacles à la consécration de la compétence personnelle passive en droit international naît de ses inconvénients pratiques. L'État de nationalité de la victime est parfois éloigné du lieu de réalisation de l'acte, et doit en principe procéder par commission rogatoire internationale. Même dans les États se reconnaissant une compétence personnelle passive, les autorités (judiciaires, exécutives) peuvent être réticentes à mettre en œuvre une procédure aussi lourde. En ce sens, le développement de la coopération judiciaire bilatérale et multilatérale pourrait réduire les difficultés pratiques, en facilitant la signification des documents judiciaires, l'obtention des preuves, et bien entendu la remise de la personne poursuivie à l'État de nationalité de la victime. Cette évolution ne requiert pas l'adoption de nouveaux instruments, car les instruments existants sont formulés dans des termes souvent lâches. L'article 1 §1 de la *Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale* dispose par exemple :

« Les Parties contractantes s'engagent à s'accorder mutuellement, selon les dispositions de la présente convention, l'aide judiciaire la plus large possible dans toute procédure visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, *de la compétence des autorités judiciaires de la partie requérante* »²⁴⁴.

La méthode coutumière d'interprétation des traités, codifiée à l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁴⁵ permet vraisemblablement d'inclure dans le terme général de « compétence » la compétence personnelle passive. C'est ce qui découle d'une part du sens ordinaire du terme « compétence ». Un instrument de coopération judiciaire a par ailleurs pour objet et pour but de favoriser la coopération interétatique, ce qui implique une interprétation souple du terme « compétence ». D'autre part, la prise en compte dans cette interprétation de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »²⁴⁶ impose de se référer à l'état du droit international coutumier en matière de compétence internationale. Nous avons démontré auparavant que ce dernier est loin de poser une règle prohibant la compétence personnelle passive. Il n'existe donc aucun obstacle à ce que la mise en œuvre de la compétence personnelle passive bénéficie des cadres de coopération judiciaire existants.

²⁴⁴ Article 1§1 de la *Convention européenne (n°30) d'entraide judiciaire en matière pénale*, signée à Strasbourg le 20 avril 1959, disponible sur <http://conventions.coe.int/>, mise en forme ajoutée.

²⁴⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *R.T.N.U.*, vol. 1155, p. 331.

²⁴⁶ Article 31 §3 c) de la *Convention de Vienne*, *op. cit.*

L'action concertée des Etats par la voie conventionnelle apparaît le meilleur moyen de favoriser la mise en œuvre de la compétence personnelle passive lorsque celle-ci est utile, tout en limitant les risques qu'elle entre en conflit avec les autres titres de compétence existants. L'encadrement unilatéral de ce titre de compétence par l'État demeure malgré tout un outil indispensable à sa consécration en droit international, qui permet par ailleurs d'adapter la forme de cette compétence aux spécificités de chaque ordre juridique.

* *

Conclusion

Notre analyse de la compétence personnelle passive en droit international s'achève sur un bilan nuancé, tout comme l'indiquait notre intuition de départ. Ce titre de compétence mérite en partie sa réputation controversée, mais sûrement pas le déni radical que lui opposent certains internationalistes. Le malaise évident d'une partie de la doctrine face à la compétence personnelle passive demeure, mais il a quelque peu changé d'objet. Les contestations portaient jadis avant tout sur le concept, mais nous avons relativisé pour une grande part ces critiques. Tous les regards se concentrent désormais, ou du moins devraient se concentrer, sur le statut de ce titre de compétence en droit international coutumier. L'analyse du droit positif, et des quelques mises en œuvre de la compétence personnelle passive, dessine un moment de transition dans la pratique étatique, qui pourrait bien voir ce titre de compétence consacré en droit international et lui faire perdre son statut de « renégat » des titres de compétence internationale. Seule (quasi-)certitude, l'absence de règle coutumière prohibant ce titre de compétence ne résout pas pour autant les difficultés de détermination du champ d'application du principe. En pratique, l'opposabilité d'un titre de compétence aux Etats tiers se contente rarement de cette absence de prohibition. Cette situation est regrettable, étant donné l'intérêt de la compétence personnelle passive pour des matières en pleine expansion telles que la cybercriminalité.

Nos travaux ont pu apporter certains éléments de réflexion, mais ont eu pour objet principal la matière *pénale*, dans laquelle la compétence personnelle passive semble se mouvoir avec le plus de facilité. La pratique étatique y est, il est vrai, à la fois plus riche et plus aisée à analyser pour un internationaliste publiciste. Nous ne pouvons donc qu'appeler à un approfondissement des recherches dans la matière civile, par une analyse comparatiste des règles de droit international privé des Etats sous l'angle du droit international public. De manière plus générale, la compétence personnelle passive est un objet d'étude trop souvent délaissé, alors même qu'il prend une importance croissante dans la pratique étatique. Il n'existe qu'un article proposant une étude générale de ce titre de compétence²⁴⁷, et aucune analyse de la pratique des Etats comparable aux travaux de la Harvard Law School Research in International Law n'a semble-t-il été effectuée depuis 1935. L'approfondissement des travaux peut opportunément clarifier l'existence coutumière de la compétence personnelle

²⁴⁷ Le seul article est semble-t-il celui de G.R. Watson de 1993 (*op. cit.*), relatif au régime de la compétence personnelle passive en droit international et en droit américain.

passive, et la délimitation de son champ d'application, afin de favoriser, il faut l'espérer, la consécration de ce titre de compétence dans les domaines où il se révèle utile.

* * *

BIBLIOGRAPHIE

I. LEGISLATION : SOURCES INTERNATIONALES – SOURCES INTERNES

A. Instruments conventionnels (classés par date de signature)

1) Conventions sous l'égide des Nations Unies

- *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, *R.T.N.U.* vol. 1834, p. 3
- *Convention contre la prise d'otages*, adoptée à New York le 17 décembre 1979, *I.L.M.*, 1979, vol. 18, p. 1456.
- *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, adoptée à New York le 10 décembre 1984, 1468 *R.T.N.U.*, vol. 1468, p. 85
- *Convention des Nations Unies pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, signée à Rome le 10 mars 1988, *R.T.N.U.*, vol. 1678, p. 221
- *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, adoptée à New-York le 15 décembre 1997, *R.T. Can.*, 2002, n° 8
- *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, adoptée à New-York le 15 décembre 2000, UN Doc. A/55/383 (Annexe I)
- *Convention des Nations Unies contre la corruption*, signée à New-York le 31 octobre 2003, *R.T.N.U.*, vol. 2349, I-42146

2) Conventions sous l'égide du Conseil de l'Europe

- *Convention européenne (n°30) d'entraide judiciaire en matière pénale*, signée à Strasbourg le 20 avril 1959
- *Convention du Conseil de l'Europe (n°185) sur la cybercriminalité*, signée à Budapest le 23 décembre 2001
- *Convention du Conseil de l'Europe (n° 197) sur la lutte contre la traite des êtres humains*, signée à Varsovie le 16 mai 2005

- *Convention du Conseil de l'Europe (n° 201) sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, signée à Lanzarote le 25 octobre 2007

3) Autres instruments conventionnels

- *Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, signée à Tokyo le 14 septembre 1963, *R.T.N.U.*, vol. 221, p. 220
- *Convention de Vienne sur le droit des traités*, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *R.T.N.U.*, vol. 1155, p. 331
- *Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme*, adoptée à Alger le 14 juillet 1999, disponible sur le site de l'Union africaine (ex-OUA), www.africa-union.org

B. Droit communautaire

- *Règlement communautaire concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, n° 44/2001, 22 décembre 2000

C. Législations internes

Nota : Ces législations internes sont disponibles sur les bases de données en ligne indiquées *infra*.

1) Albanie

- *Code pénal* (article 7)

2) Allemagne

- *Code pénal* de la République Fédérale d'Allemagne (article 7 §1)

3) Argentine

- *Codigo Penale Argentino* (article 1^{er})

4) Australie

- *Criminal code Act* (Sections 115.1 à 115.9)

5) Belgique

- *Code de procédure pénale* du Royaume de Belgique (article 10 §5)

- 6) Canada
 - *Criminal code of Canada* (§§ 3.7 d), 3.72 e) et 3.73 g))
- 7) Chine
 - *Nouveau Code de procédure pénale* de la République Populaire de Chine (art. 8)
- 8) Colombie
 - *Código penal colombiano* (article 16 §5)
- 9) Danemark
 - *Loi relative au châtimeut des crimes de guerre* du 12 juillet 1946
- 10) Estonie
 - *Code pénal* (section 7)
- 11) Etats-Unis
 - *Federal Criminal code* (§§2331 et 2332)
 - *Hostage Taking Act* (HTA) 1984, 18 U.S.C. §1203
 - *Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act* ("Antiterrorism Act"), 1988, 18 U.S.C. § 2331
 - *Restatement of Foreign Relations Law of the U.S.*, 1949, (§25)
 - *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the U.S.*, 1965, (§30.2)
 - *Restatement (Third) of the Law of the U.S.*, 1987 (§402)
 - *Sabotage Act*, 1996, 18 U.S.C. § 32 (Section 32 (b))
 - *War Crimes Act*, 1996, 18 U.S.C. §2441
- 12) Finlande
 - *Code pénal* (article 5)
- 13) France
 - *Code civil* (article 14)
 - *Code de l'aviation civile* de 1924 (article 10 al.2)
 - *Code pénal* (article 113-7)
 - *Code de procédure pénale* (article 689-1)
 - *Ordonnance relative à la répression des crimes de guerre* du 28 août 1944
- 14) Grèce

- *Code pénal* de la République Hellénique (article 7 §1)

15) Israël

- *Code pénal* (article 7(a))

16) Italie

- *Codice Penale Italiano* (article 10)

17) Mexique

- *Código penal federal* (article 4)

18) Norvège

- *Décret provisoire* du 4 mai 1945
- *Loi concernant le châtimeut des criminels de guerre étrangers* du 13 décembre 1946

19) Pérou

- *Código penal peruano* (article 2 §4)

20) Pologne

- *Code pénal* (article 114 §1)

21) Royaume-Uni

- *Crime (International Cooperation) Act*, 2003, c. 32, § 52

22) Tadjikistan

- *Code pénal* (article 15 §2 b))

23) Thaïlande

- *Code pénal* du Royaume de Thaïlande (article 8 §2)

24) Turquie

- *Code pénal turc* (article 12 §1)

25) Venezuela

- *Código penal de Venezuela* (article 4.2)

II. JURISPRUDENCE INTERNATIONALE ET INTERNE

A. Jurisprudence internationale

1) Cour permanente de Justice internationale

- *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n°10, *Rec.*

2) Cour internationale de Justice

- *Nottebohm (2^{ème} phase)* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955, *Rec. 1955*, p. 4
- *Plateau continental de la Mer du Nord* (République Fédérale d'Allemagne contre Danemark ; République Fédérale d'Allemagne contre Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, *Rec. 1969*, p. 3
- *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis), arrêt du 27 juin 1986, *Rec. 1986*, p. 14
- *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République Démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, *Rec. 2002*, p. 3
- *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), acte introductif d'instance du 16 février 2009, disponible sur <http://www.icj-cij.org/>

3) Jurisprudence arbitrale

- S.A., *Ile Palmas, R.S.A.*, vol. II, p. 829

B. Jurisprudence interne (classée par État et par ordre chronologique)

1) Etats-Unis

- *Cutting*, 1886, For. Rel. 751 (1887)
- Fifth Circuit Court, *United States v. Columba-Colella*, 1979, 604 F.2d 356
- Eleventh Circuit Court, *United States v. Benitez*, 1984, 741 F.2d 1312
- Federal District Court, *United States v. Yunis*, 1988, 681 F. Supp. 909
- Eleventh District Court, *In the Matter of the Extradition of Atta*, 1989, 706 F.Supp. 1032

- Ninth Circuit Court, *United States v Vasquez-Velasco*, 1994, 15 F. 3d 833
- Federal District Court, *United States v. Roberts*, 1998, 1 F. Supp. 2d. 601
- *United States v. Ivanov*, 2003, 172 C.C.C. (3d)

2) France

- Cour d'assises de Paris, *Astiz*, 16 mars 1990
- Cour d'assises de Paris, 3^{ème} section, 9 mars 1995, n° 930031
- Cour d'appel de Paris, ch. correct., 24 févr. 2000, n° 116499
- Cass. crim., 31 janvier 2001, *Bull. crim.*, n° 31
- Cour d'appel de Paris, ch. correct., 18 juin 2001, n° 158355
- Cass. crim., 4 janvier 2005, *Bull. crim.* n°1
- Cass. crim. 21 janvier 2009, *JCP*, 2009, vol. IV, p. 1337

3) Israël

- Tribunal de district de Jérusalem, *Eichmann*, arrêt du 12 décembre 1961, *I.L.R.*, vol. 36, pp. 5-342
- Cour suprême, *Eichmann*, arrêt du 29 mai 1962, *I.L.R.*, vol. 36, pp. 5-342

4) Italie

- Cour d'assises de Rome, *Italia v. Lozano*, 25 octobre 2007, n° 5507/07

5) Royaume-Uni

- House of Lords, *Rees v. Secretary of State for the Home Department* [1986], 2 *All ER* 321
- House of Lords, *Regina v. Bartle and the Comm'r of Police for the Metropolis and Others — Ex Parte Pinochet* [1999], *I.L.M.*, vol. 37, p. 1302

6) Suisse

- Avis de l'Office fédéral de la justice, 26 juin 1987

III. DOCTRINE

1) Ouvrages

- AUDIT (B.)**, *Droit international privé*, 5^{ème} édition, Paris, Economica, 2008, 971 p.
- BANTEKAS (I.) et NASH (S.)**, *International criminal law*, 3^{ème} éd., Londres, Routledge Cavendish, 2007, 594 p.
- CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.)** (dir), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p.
- CASSESE (A.)**, *International Criminal Law*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, 455 p.
- COMBACAU (J.) et SUR (S.)**, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2008, 818 p.
- CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2007, 986 p.
- DAVID (E.)**, *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 1566 p.
- DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)**, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé, droit international public et droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1997, 313 p.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, L.G.D.J., 2004, 470 p.
- HENKIN (L.)**, *International Law : politics and values*, The Hague, M. Nijhoff, 1995, 376 p.
- HIGGINS (R.)**, *Problems and process : international law and how we use it*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 274 p.
- JENNINGS (R.) et WATTS (A.)**, *Oppenheim's International Law : peace*, 9^{ème} édition, London, Longman, 1992, 1333 p.
- SALMON (J.)** (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, 1198 p.
- VERHOEVEN (J.)**, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 856 p.

2) Recueils des cours de l'Académie de droit international (La Haye)

- MANN (F.A.)**, "The doctrine of international jurisdiction", *R.C.A.D.I.*, 1964, vol. I, pp. 1-162.
- MANN (F.A.)**, "The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years", *R.C.A.D.I.*, 1984, vol. III, pp. 9-115.

3) Thèses

BAUCHOT (B.), *Sanctions pénales nationales et droit international*, thèse de doctorat, Université Lille 2, 2007, 614 p.

MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, thèse de doctorat, Université Paris I, 2006, 1050 p.

4) Articles

ABDELGAWAD (W.), "Droit égyptien", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., pp. 367-398.

ABRAMOVSKY (A.), "Extraterritorial Jurisdiction : The United States Unwarranted Attempt to Alter International Law in United States v. Yunis", *Yale Journal of International Law*, 1990, vol. 15, pp. 121-161.

AKEHURST (M.), "Jurisdiction in International Law," *B.Y.I.L.*, 1972-1973, pp. 145-257.

BEIGZADEH (E.) et NADJAFI (A.-H.), "Droit iranien", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., pp. 399-416.

BENILLOUCHE (M.), "Droit français", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., pp. 159-191,

BENOIT (J.P.), "The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes", *Naval Law Review*, 2005, vol. 53, pp. 259-320.

BLAKESLEY (Ch. L.) et STIGALL (D.E.), "The Myopia of U.S. v. Martinelli: Extraterritorial jurisdiction in the 21st Century", *G.W.I.L.R.*, 2007, vol. 39, pp. 1-45.

BUCK (V.), "Droit espagnol", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., pp. 121-158.

CAFritz (E.) et TENE (O.), "Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français", *Revue de science criminelle*, 2003, pp. 733-741.

CAFritz (E.) et TENE (O.), "Article 113-7 of the French Penal Code : The Passive Personality principle", *Colum. J. Transnat'l L.*, 2003, pp. 585-599.

CAHIN (G.), "Rapport", in *Les compétences de l'Etat en droit international*, [39^{ème} colloque de la Société française pour le droit international tenu à l'Université de Rennes 1 du 2 au 4 juin 2005], Paris, Pedone, 320 p. , 2006, p., pp. 9-52.

CISSE (A.), "Droit sénégalais", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.)(dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., pp. 437-445.

COSNARD (M.), "Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays", *A.F.D.I.*, vol. 42, 1996. pp. 33-61.

D'ARGENT (P.), "L'expérience belge de la compétence universelle : Beaucoup de bruit pour rien ?", *R.G.D.I.P.* 2004, pp. 597-632.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), "Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux", *RID pén.* 1950, pp. 511-536.

JENSEN (E.T.), "Exercising Passive Personality jurisdiction over Combatants: A Theory in Need of a Political Solution", *The International Lawyer*, 2008, vol. 42, pp. 1107-1127.

KOERING-JOULIN (R.), "La conception française de la compétence personnelle passive", in *Les compétences de l'Etat en droit international*, [39^{ème} colloque de la Société française pour le droit international tenu à l'Université de Rennes 1 du 2 au 4 juin 2005], Paris, Pedone, 320 p., 2006, pp. 151-157.

KOERING-JOULIN (R.), "Appréciation critique du droit français de la compétence personnelle passive", in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2006, 1195 p., pp. 529-538.

LAGRANGE (E.), "Rapport", in *Les compétences de l'Etat en droit international*, [39^{ème} colloque de la Société française pour le droit international tenu à l'Université de Rennes 1 du 2 au 4 juin 2005], Paris, Pedone, 320 p. , 2006, pp. 97-132.

LEWIS (B.C.), "It's a Small World After All : Making the Case for Extraterritorial Application of the National Environmental Policy Act", *Cardozo L. Rev.*, 2004, vol. 25, pp. 2173-2187.

MARIE-SCHWARTZENBERG (N.), "Droit russe", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.)(dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., pp. 259-274.

MCCARTHY (J.G.), "The Passive Personality Principle and its Use in Combating International Terrorism", *Fordham Int'l L.J.*, 1990, vol. 13, pp. 298-327.

O'KEEFE (R.), "Universal Jurisdiction", *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol.2, pp. 735-760.

PEREZ (A.F.), "The Perils of Pinochet: Problems for Transnational Justice and a Supranational Governance solution", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, pp. 175-216.

ROBINSON (J.), "United States Practice Penalizing International Terrorists Needlessly Undercuts Its Opposition to the Passive Personality Principle", *B.U. Int'l L. J.*, 1998, vol. 16, pp. 487-505.

SALMON (J.), "Le concept de raisonnable en droit international public", in *Le droit international, unité et diversité (Mélanges offerts à Paul Reuter)*, Paris, Pedone, 1981, 582 p., pp. 447-478.

SANTULLI (C.), "Observations et proposition sur l'« extension » du concept de victime d'une violation des droits de l'homme", in *Libertés, justice, tolérance (Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan)*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, 1784 p., pp. 1371-1383.

SARKAR (L.), "The Proper Law of Crime in International Law", in MUELLER (G.O.W.) et WISE (E.M.), *International criminal law*, F.B. Rothman Ed., South Hackensack, 1965, 660 p., pp. 50-76.

STERN (B.), "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", *A.F.D.I.*, 1986, vol. 32, pp. 7-52.

STERN (B.), "L'extraterritorialité revisitée — Où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de bois* et de quelques autres", *A.F.D.I.*, 1992, pp. 239-313.

SWART (B.), "La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., pp. 567-586.

UBEDA-SAILLARD (M.), "Les aspects opérationnels de l'exercice de la compétence personnelle à l'égard des nationaux à l'étrangers", *A.F.D.I.*, 2009, pp. 137-171.

WATSON (G.R.), "The Passive Personality Principle", *Tex. Int'l L.J.*, 1993, vol. 28, pp. 1-46.

YUAN (L.) et JIANPING (L.), "Droit chinois", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., pp. 345-364.

ZAPPALA (S.), "Droit italien", in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, 673 p., pp. 193-215.

5) Documents

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*", disponible sur le site de l'*American Society of International Law*, www.asil.org

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, "Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité", *A.C.D.I.*, supp., 1991, vol.II, 2^{ème} partie, pp. 82-112.

COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (Conseil de l'Europe), *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Strasbourg, Division des publications et des documents, 1990, 44 p.

COMMITTEE OF EXPERTS OF THE LEAGUE OF NATIONS FOR THE PROGRESSIVE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW, "Report of the Sub-Committee on Criminal Competence of States in respect of Offenses committed outside their Territory", *A.J.I.L.*, supp., 1926, vol. 20, pp. 253-258.

DIVISION DU CRIME ECONOMIQUE (Conseil de l'Europe), "Cybercrime and Internet jurisdiction", discussion paper, *Project on cybercrime*, 2009, disponible sur www.coe.int/cybercrime

HARVARD LAW SCHOOL RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, "Jurisdiction with Respect to Crime", *29 American Journal of International Law*, supp., 1935, pp. 435-651, spéc. pp. 578-579.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "La compétence extraterritoriale de l'État : Délibérations de l'Institut en séances plénières ", *Ann. IDI*, 1993, session de Milan, vol. 65, tome II, pp. 133-164.

INTERPOL, "Thaïlande", disponible sur

www.interpol.int/Public/BioTerrorism/NationalLaws/Thailand.pdf

U.S. DEPARTMENT OF STATE, "Report on Extraterritorial Crime and the Cutting Case", *Foreign Relations Law of the United States*, 1887, vol. 751.

IV. SITES INTERNET

- Accès au droit de l'Union Européenne : <http://eur-lex.europa.eu/>
- Bureau des traités du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int>
- C.I.J. : <http://www.icj-cij.org>
- Global Legal Information Network (GLIN) : <http://www.glin.gov>
- Instituto de Investigaciones Jurídicas (Mexique) : www.juridicas.unam.mx/
- Interpol : www.interpol.int
- "Legifrance", service public français de la diffusion du droit : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- "Legislationline", base de données juridiques officielle de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) : www.legislationline.org
- Ministère de la Justice canadien : <http://laws.justice.gc.ca>
- Ministerio de Economía y Finanzas Públicas d'Argentine : www.infoleg.gov.ar
- Ministerio Público du Venezuela : www.fiscalia.gov.ve/leyes/6-CODIGOPENAL.pdf
- Office of the Public Sector Information du Royaume-Uni : <http://www.opsi.gov.uk>
- Parliament of Australia : www.aph.gov.au/
- Recueil des Traités de l'Organisation des Nations Unies : <http://treaties.un.org/>
- Secrétariat du Sénat de Colombie : <http://www.secretariasenado.gov.com>

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	i
LISTE DES ABREVIATIONS	ii
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : LE STATUT CONTROVERSE DE LA COMPETENCE PERSONNELLE PASSIVE EN DROIT INTERNATIONAL	7
Chapitre 1^{er} : Un titre de compétence aux fondements contestés.....	7
I. Les contestations relatives au principe de la compétence personnelle passive	7
A. <u>Les tentatives de justification théorique</u>	7
1. La fiction territorialiste.....	7
2. La protection des intérêts de l'État.....	8
3. La protection de l'ordre public national	9
4. La protection des intérêts des nationaux	10
B. <u>La prédominance de l'opposition doctrinale</u>	10
1. Les objections théoriques	11
2. Les objections pratiques	12
a. Les enjeux pour l'État mettant en œuvre sa compétence personnelle passive	12
b. Les enjeux pour l'auteur de l'acte en cause	14
II. Les contestations relatives au champ d'application de la compétence personnelle passive	16
A. <u>Le champ d'application <i>ratione personae</i></u>	16
1. La victime en tant que « personne »	16
2. La qualification de « victime »	18
B. <u>Le champ d'application <i>ratione materiae</i></u>	19
1. Matière civile et matière pénale.....	19
2. Le problème spécifique des « crimes internationaux »	21
C. <u>Le champ d'application <i>ratione loci</i></u>	22
Chapitre 2nd : La délicate détermination de l'existence de la compétence personnelle passive en droit international coutumier.....	24
I. L'absence de norme coutumière prohibant la compétence personnelle passive	24
A. <u>La détermination coutumière des règles de compétence internationale</u>	24
1. Les enseignements et controverses de l'arrêt Lotus.....	24
2. Les conséquences sur l'identification coutumière de la compétence personnelle passive..	26
B. <u>Les difficultés liées à l'analyse de la pratique internationale</u>	27
1. L'identification de la compétence personnelle passive dans les législations internes	27
a. La pratique issue des législations internes.....	27
b. La pratique suivie dans la mise en œuvre des législations internes.....	30
2. Les réactions des Etats à la mise en œuvre d'une compétence personnelle passive	32
a. 1 ^{ère} hypothèse : Les réactions univoques	32
b. 2 ^{ème} hypothèse : Les réactions ambivalentes	33
c. 3 ^{ème} hypothèse : Les réactions inconstantes dans le temps	34
d. 4 ^{ème} hypothèse : L'absence de réaction	35
3. Le silence de la jurisprudence internationale	36
II. L'existence d'éléments en faveur de la reconnaissance coutumière de la compétence personnelle passive en matière pénale	37
A. <u>Un titre de compétence répandu dans la pratique étatique</u>	38
1. Le succès de la compétence personnelle passive en matière pénale	38
a. Une consécration dans les différents systèmes juridiques	38
b. La richesse des formes de compétence personnelle passive consacrées.....	40
2. La place accordée par les instruments conventionnels à la compétence personnelle passive	44
a. Les instruments reconnaissant implicitement la compétence personnelle passive	44
b. Les instruments mentionnant expressément la compétence personnelle passive	45
B. <u>Un titre de compétence accepté par la doctrine internationaliste</u>	47
1. Les hésitations de la doctrine classique.....	47

2. La position quasi-unanime de la doctrine contemporaine.....	48
--	----

SECONDE PARTIE : LES CONDITIONS D'UNE CONSECRATION DE LA COMPETENCE

PERSONNELLE PASSIVE EN DROIT INTERNATIONAL	51
---	-----------

Chapitre 1^{er} : L'articulation de la compétence personnelle passive aux autres titres de compétence..... 51

I. L'articulation par rapport aux titres de compétence « traditionnels »	51
A. <u>Une articulation adaptée à la prévalence des titres de compétence « traditionnels »</u>	51
1. Les fondements de la prévalence des titres de compétence « traditionnels »	51
2. La manifestation de cette prévalence : la mise en oeuvre subsidiaire de la compétence personnelle passive	52
B. <u>Une articulation adaptée aux défis du droit de la compétence internationale</u>	53
1. Le constat d'insuffisance des titres de compétence traditionnels	53
2. Le problème fondamental de la cybercriminalité	54
II. L'articulation par rapport à la compétence universelle	56
A. <u>Des fondements théoriques distincts</u>	56
1. Compétence universelle et compétences fondées sur un rattachement.....	56
2. Compétence universelle et compétence personnelle passive	57
B. <u>Le rôle d'appui de la <i>compétence personnelle passive</i> à la <i>compétence universelle</i></u>	57
1. Un rôle défendu par la doctrine.....	57
2. Un rôle exercé de manière intermittente	58

Chapitre 2nd : Le nécessaire encadrement de la compétence personnelle passive..... 60

I. Les techniques unilatérales d'encadrement de la compétence personnelle passive.....	60
A. <u>Les conditions de fond envisageables</u>	60
1. Les propositions générales	60
a. La restriction de la compétence personnelle passive à la matière pénale.....	60
b. La délimitation stricte des personnes concernées	62
c. Le respect de principes généraux du droit international	64
2. Les propositions spécifiques à la matière pénale	66
a. Le critère de gravité de l'acte et/ou de la peine encourue.....	66
b. Le respect du principe de double incrimination.....	67
c. L'exigence d'équivalence des peines encourues.....	68
d. Le critère de l'intentionnalité.....	68
e. Le respect du principe <i>ne bis in idem</i>	69
B. <u>Les conditions de forme envisageables</u>	70
1. L'exigence de présence de la personne sur le territoire	70
2. L'exigence d'une plainte de la victime et/ou l'autorisation d'un tiers.....	71
II. Les techniques d'encadrement concerté de la compétence personnelle passive.....	71
A. <u>L'inopportunité d'un instrument international général régissant la compétence internationale de l'État</u>	72
1. Un projet inutile.....	72
2. Un projet irréalisable	72
B. <u>L'opportunité d'instruments conventionnels spécialisés</u>	73
1. Le développement d'instruments relatifs à un comportement déterminé	73
2. L'interprétation des instruments de coopération judiciaire	75

CONCLUSION	77
-------------------------	-----------

BIBLIOGRAPHIE.....	79
---------------------------	-----------

TABLE DES MATIERES.....	91
--------------------------------	-----------