

De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes

Isabelle Fouchard

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2013/2 Volume 71 , PAGES 49 À 81
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.071.0049

Date de mise en ligne : 06/01/2014

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2013-2-page-49?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes¹

Isabelle FOUCHARD

Chargée de recherche, UMR de droit comparé de Paris (CNRS-Université Paris 1 Panthéon Sorbonne)

« Nous sommes, ici, dans cette zone de clair-obscur où les infractions sont de nature ambiguë et où le glissement de l'ordre interne à l'ordre international s'opère de façon presque invisible »².

Depuis la création et le jugement du Tribunal de Nuremberg à la fin de la Deuxième guerre mondiale et plus encore, depuis l'avènement de la Cour pénale internationale (CPI) en 1998, l'existence des crimes internationaux ne fait plus débat. Tant les États, les organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales, la presse que la doctrine ne cessent d'en promouvoir la prévention, d'en dénoncer la commission et d'en encourager la répression, comme s'il s'agissait d'une catégorie juridique clairement identifiée à laquelle serait associé un régime juridique déterminé. Cependant, affirmer que les crimes internationaux existent est une chose, les définir ou en dresser l'inventaire en est une autre.

Si l'on interroge le droit international conventionnel, le Statut de Rome³, en définissant la compétence matérielle de la CPI, identifie le crime d'agression, le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre comme « les crimes internationaux les plus graves ». Bien qu'il offre la définition la plus détaillée de ces crimes à ce jour, le Statut de Rome n'a pas vocation à servir de Code pénal international et indique implicitement qu'existent par ailleurs d'autres crimes internationaux ne relevant pas de la compétence de la CPI. Ceux-ci sont généralement considérés comme

¹ Cet article est tiré de l'ouvrage : I. FOUCHARD, *Crimes internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Collection des organisations internationales et des relations internationales, Bruxelles, Bruylant-Larcier, 2013.

² A.C.D.I., 1983, vol. II (1), p. 155, § 57.

³ Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, A/CONF. 183/ 9, 17 juillet 1998.

résultant des multiples conventions internationales de coopération pénale conclues sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies ou de ses institutions spécialisées, telles que, par exemple, les conventions pour la prévention et la répression de la capture illicite d'aéronefs⁴, de la prise d'otages⁵, du trafic de drogues⁶, des attentats terroristes à l'explosifs⁷ ou encore de la criminalité transnationale organisée⁸ –, apparues au début du XXe siècle⁹, elles se sont multipliées depuis les années 1970. De ces « autres » crimes se dégagent une approche segmentée et une grande diversité, tant d'un point de vue terminologique, thématique, géographique qu'en termes de régimes juridiques institués par les multiples instruments internationaux de coopération pénale. L'examen du droit international conventionnel ne suffit donc pas à comprendre la différence entre les deux types de crimes internationaux dont, visiblement, le critère des sources formelles – dans ces exemples, le droit conventionnel – ne permet pas de faire le départ.

La doctrine, quant à elle, s'est intéressée, dès le début du XXe siècle, à la question du crime international¹⁰ mais rares sont les auteurs, qu'ils soient pénalistes ou internationalistes, à s'être aventurés à en proposer une définition ou une étude d'ensemble, à l'exception notable de Claude Lombois dont l'ouvrage « Droit pénal international », désormais ancien, reste une référence incontournable¹¹. La doctrine internationaliste¹² en retient

⁴ Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, La Haye, 16 décembre 1970, *R.T.N.U.*, vol. 860, p. 105 (ci-après « Convention de La Haye »).

⁵ Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979, U.N. Doc. A/Res/34/146 (1979), *R.T.N.U.*, vol. 1316, p. 205 (ci-après « Convention *Prise d'otages* »).

⁶ Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, adoptée à Vienne le 19 décembre 1988, Doc. NU E/Conf. 82/15 (ci-après « Convention *Stupéfiants* »).

⁷ Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997, U.N. Doc. A/Res/52/164 (1998) (ci-après « Convention *Attentats terroristes à l'explosif* »).

⁸ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, New York, 15 novembre 2000, Doc. A/55/383 (ci-après « Convention *Criminalité transnationale organisée* »).

⁹ Convention internationale pour la répression du faux monnayage, 20 avril 1929, *R.T.S.N.*, vol. 112, p. 395.

¹⁰ Voy. notamment V. PELLA, *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*, 2^e éd., Bucarest, Imprimerie de l'État, 1926, 326 p. ; H. DONNEDIEU DE VABRES, « La répression internationale des délits de droit des gens », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1935, n°1, Paris, Les Editions internationales, 1935, voy. également, M. RADIN, « International Crimes », *Iowa Law Review*, 1946-47, vol. 32, p. 35-50.

¹¹ C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, 688 p.

¹² Voy. notamment H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, 2^e éd., 2012, 1279 p. ; R. KOLB et D. SCALIA (dir.), *Droit international pénal. Précis*, 2^e éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012, 550 p. ; I. BANTEKAS, *International Criminal Law*, 4^e éd.,

globalement une conception plus large que la doctrine pénaliste¹³ et, malgré la diversité et les ambiguïtés des analyses, il en ressort une distinction entre deux types de crimes internationaux. Par ailleurs, la Commission du droit international, sur la question de savoir quels crimes devaient être codifiés dans le cadre du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (PCCPSH), a distingué entre les crimes de droit international « par nature » et les crimes de droit interne « dont les conséquences peuvent certes dépasser les frontières, mais qui ne sont pas en principe des crimes de droit international » qu'elle qualifie de « crimes internationaux par l'effet d'une convention »¹⁴, pour ne retenir que les premiers. Tant le droit international positif que la doctrine convergent ainsi sur le fait qu'il existe deux catégories différentes de crimes internationaux, mais aucun ne répond à la question de savoir ce qu'est un « crime international » ou à quoi correspondent les deux catégories de crimes internationaux.

Un crime est traditionnellement considéré comme une « espèce d'infraction pénale, appartenant à la catégorie des plus graves d'entre elles que la loi détermine comme telle, dont elle définit les éléments et fixe la sanction »¹⁵. À l'origine, le crime, comme catégorie juridique, a été conçu sur mesure par et pour le droit pénal interne¹⁶, qui constitue une branche de droit si caractéristique de l'ordre interne que selon certains « l'apparition et le développement du droit pénal sont liés à ceux de l'État dont il procède »¹⁷. Le droit de punir incarne un droit hiérarchique, sanctionnateur, expression même de la souveraineté étatique et reflet de l'histoire sociale et culturelle de chaque État. Il a dès lors constitué, depuis les origines de l'État, l'un des bastions du « domaine réservé » et, fondé traditionnellement sur le titre territorial¹⁸, il était naturellement hermétique à toute immixtion étrangère ou internationale. Par conséquent, dès lors que l'on se projette dans l'ordre

Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010, 604 p.; A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e éd., 2008, 455 p.

¹³ Voy. notamment, D. REBUT, *Droit pénal international*, Paris, Précis, Dalloz, 2012, 660 p., et A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2005, 510 p. ; parmi les pénalistes C.M. Bassiouni fait figure d'exception en retenant une conception extrêmement large des crimes internationaux, Cf. C.M. BASSIOUNI (dir.), *International Criminal Law*, vol. 1: Crimes, 2^e éd., Ardsley / New York, Transnational Publishers, 1999, 1004 p.

¹⁴ A.C.D.I., 1983, vol. II (1), p. 148, § 31.

¹⁵ Cf. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2011, p. 284.

¹⁶ Cf. Y. CARTUYVELS, « Le droit pénal et l'État : des frontières "naturelles" en question », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, M. Henzelin et R. Roth (dir.), Paris, Bruxelles, Genève, L.G.D.J., Bruylant, Georg, 2002, p. 3-28.

¹⁷ Ph. ROBERT, *La question pénale*, Genève, Droz, 1984, p. 172.

¹⁸ Rappelons-le : les titres de compétence pénale classiques sont fondés sur le territoire (compétence territoriale), sur le lien de nationalité (compétence personnelle active ou passive) et sur la protection des intérêts essentiels de l'Etat (compétence réelle).

international, la transposition mécanique de cette définition au « crime international » se révèle tout simplement impossible. En effet, le système international, traditionnellement interétatique, caractérisé par une structure horizontale et décentralisée, est fondé sur le principe fondamental du respect de l'égalité souveraine des États selon lequel aucune autorité ne s'impose, dans l'ordre international, aux États. En l'absence de législateur ou d'exécutif centralisé, et donc d'un système de sanction organisée, les États sont ainsi à la fois auteurs et destinataires principaux du droit international, droit dont la mise en œuvre dépend essentiellement de leur bon vouloir. On comprend dès lors que le crime international se trouve être le point de friction par excellence entre développement du droit international et préservation du droit pénal.

Le droit international et le droit pénal partagent néanmoins un dénominateur commun fondamental et intrinsèque : la souveraineté étatique, qui place les États au cœur à la fois de l'un et de l'autre. Or justement, cette même souveraineté étatique s'oppose a priori, tant à l'immixtion du droit international dans les droits pénaux internes, qu'à l'introduction d'une dimension pénale en droit international : dans la première hypothèse, au nom de la préservation du domaine réservé et de l'exclusivité des compétences pénales sur les crimes commis sur le territoire national ; et, dans la seconde, par crainte des États de voir émerger en droit international une responsabilité pénale, susceptible au mieux de concerner certains des agissements de leurs plus hauts représentants et au pire, d'entacher la responsabilité des États eux-mêmes¹⁹.

Par conséquent, se pose la question de savoir pourquoi et comment ces interactions entre droit international et droits pénaux internes sont apparues. Il s'agit de deux questions différentes dont la réponse, complémentaire, permet d'éclairer la distinction entre droit international pénal²⁰ et droit pénal international²¹, de plus en plus usitée dans la doctrine

¹⁹ De manière seulement indirecte, dans la mesure où les *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, adoptés par la Commission du droit international en 2001, ont abandonné la notion de « crime international de l'État » (ancien art. 19) pour lui préférer celle de « violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général » (nouvel art. 40). Voy. l'Affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine/Yougoslavie)* (exceptions préliminaires, fond, arrêt, 26 février 2007) dans laquelle la Cour internationale de Justice reconnaît la dualité des responsabilités internationales, *sui generis* de l'Etat et *pénale* de l'individu auteur d'un crime international.

²⁰ Notamment : H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international, Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*, Paris, Sirey, 1922, 486 p. ; V. PELLA, « La codification du droit pénal international », *R.G.D.I.P.*, 1952, p. 337-459 ; C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, 688 p. ; M.

francophone²² mais qui ne fait l'objet d'aucune étude transversale. Pourquoi, alors que le crime relève historiquement des compétences pénales exclusives de l'État sur son territoire, les États ont-ils introduit une portion de droit international dans ce domaine de « haute souveraineté » ? A l'inverse, alors que le droit international s'est construit sur une base horizontale, celle du principe de l'égalité souveraine, pourquoi les États y ont-ils introduit, en 1945, une dimension pénale ?

A priori, on peut imaginer que cette prise en compte de certains crimes par le droit international n'a pas résulté d'un libre choix de la part des États mais s'est avérée nécessaire parce que la situation ante – le monopole des États en matière pénale sur leur territoire – ne suffisait pas à assurer la répression de certains crimes nouveaux. Il ne faut pas nécessairement entendre par là que ces crimes n'avaient jamais existé auparavant. La nouveauté a en effet revêtu deux aspects : soit, des innovations dans les modes de perpétration d'un crime, notamment en se jouant des frontières étatiques – les crimes transnationaux –, soit, l'importance nouvelle accordée par les États à la protection de certains intérêts supérieurs ou valeurs fondamentales communes – les crimes supranationaux. Le pourquoi, autrement dit le « fondement » de leur

HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 527 p. ; C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 343 p. ; A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, P.U.F. 3^e éd., 2005, 507 p. ; D. REBUT, *Droit pénal international*, Paris, Précis, Dalloz, 2012, 660 p.

²¹ Notamment : S. GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970, 649 p. ; J. VERHAEGEN, *Le droit international pénal de Nuremberg. Acquis et régressions*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 227 p. ; M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, Société de législation comparée, 2004, 488 p. ; E. DAVID et P. HEIRMAN, *Code de droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 1725 p. ; A. CASSESE, D. SCALIA et V. THALMANN, *Les grands arrêts du droit international pénal général*, Paris, Dalloz, 2010, 500 p. ; H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, 2^e éd., Paris, Pedone, 2012, 1280 p. ; R. KOLB et D. SCALIA (dir.), *Droit international pénal, Précis*, 2^e éd., Bâle, HELBING & LICHTENHAHN, 2012, 682 p. ; O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal. Sources, incriminations, responsabilité*, Paris, Pedone, 2012, 523 p.

²² Pour un résumé des principaux débats sur la distinction, Cf. M. MASSE, « À la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre pour une nouvelle discipline juridique, in *Apprendre à douter, Questions de droit, questions sur le droit, Etudes offertes à Claude Lombois*, Poitiers, Pulim, 2004, p. 719-733. L'anglais ne connaît que l'expression « International Criminal Law » (ICL) et la doctrine anglophone est relativement fermée à cette distinction même si les auteurs anglo-saxons identifient tous deux champs à l'intérieur de l'ICL, quelle que soit la manière dont ils l'expriment, voy. notamment G.O.W. MUELLER et D. BESHAROV, « The Scope and Significance of International Criminal Law », in *A Treatise on International Criminal Law*, C.M. Bassiouni et V.P. Nanda (dir.), vol. I, Springfield, Thomas, 1973, p. 6-7.

incrimination²³, enseigne ainsi qu'à l'origine des interactions entre droit international et droit pénal se trouvent des crimes de nature différente revêtant une dimension internationale : les crimes transnationaux et les crimes supranationaux. Tous deux se rejoignent sur leur « objectif » (le pour quoi), à savoir renforcer la coopération internationale en matière pénale et avec elle, l'efficacité de la prévention et de la répression de ces crimes. Mais, au regard du comment, ces interactions se sont traduites par des processus normatifs distincts – l'internationalisation du droit pénal et la pénalisation du droit international – ayant donné lieu à l'émergence de deux corpus juridiques de nature différente : le droit pénal international d'abord, qui revêt une partie des aspects internationaux des droits pénaux internes et ne constitue dès lors pas une branche de droit à proprement parler, puis le droit international pénal, qui constitue une branche récente du droit international public.

Les États détiennent l'exclusivité des compétences normatives en matière pénale, que ce soit au niveau interne ou international. Dès lors, il est intéressant d'analyser la manière dont ils ont combiné le droit international et les droits pénaux étatiques pour adapter leur réponse pénale à des crimes dépassant les cadres juridiques traditionnels, qu'il s'agisse de crimes transnationaux (1) ou de crimes supranationaux (2).

Cette distinction entre des crimes, processus normatifs et corpus juridiques de nature différente, loin d'être cosmétique, s'avère de plus en plus nécessaire à mesure que se développent, tant le droit international pénal que le droit pénal international. En effet, en l'absence d'un législateur centralisé dans l'ordre juridique international, les États disposent en la matière d'un double monopole de la création du droit international et du droit pénal, alors même qu'ils sont également les seuls organes de contrôle des instrumentalisation potentielles de ce pouvoir normatif, a priori sans borne. La distinction proposée tente de clarifier les interactions complexes entre ces deux corps de droit et, ce faisant, de poser peut-être la première pierre d'un cadre juridique moins opaque des crimes internationaux (3).

²³ Sur la distinction entre le « fondement » (le « pourquoi ? ») et « l'objectif » (le « pour quoi ? ») des incriminations et des peines, Cf. M. van de KERCHOVE, « Introduction », in *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, D. Bernard, Y. Cartuyvels, Ch. Guillain, D. Scalia et M. van de Kerchove (dir.), Limal, Ed. Anthemis, 2013, p. 1.

1. Les crimes transnationaux à l'origine du droit pénal international

Les crimes transnationaux se caractérisent par un élément d'extranéité (1) qui implique une coopération pénale renforcée des États et donne lieu à un processus d'internationalisation des droits pénaux (2) à l'origine du droit pénal international (3).

1.1. L'élément d'extranéité, source des crimes transnationaux

Le meurtre, le trafic de stupéfiant, la corruption, ou la prise d'otage, par exemple, constituent des crimes de droit commun réprimés par la majorité des législations pénales. Depuis toujours, ces crimes ont pu, par les circonstances de leur commission, affecter plusieurs États souverains. Mais, depuis le début du XXe siècle, à la faveur des développements techniques et technologiques, notamment en termes de moyens de communication, se sont multipliés des crimes dont les effets dépassent les frontières étatiques et donc la compétence pénale des États, traditionnellement territoriale.

On qualifie de crimes « trans-nationaux »²⁴ ces crimes défilant les frontières étatiques et caractérisés par un « élément d'extranéité » que l'on peut entendre selon deux acceptions. La première, et la plus ancienne, renvoie à ce qui est « extérieur à la souveraineté », comme la haute mer notamment, espace considéré comme ne relevant de la souveraineté d'aucun État. C'est cette spécificité qui a donné lieu à la reconnaissance du premier crime dit international, la piraterie maritime, au XVIIe s²⁵. La seconde, la plus courante, est celle d'un « élément qui fait rencontrer une souveraineté étrangère »²⁶, autrement dit, qui affecte plusieurs États. Ce sens renvoie à plusieurs hypothèses : que le crime soit perpétré ou produise des effets sur le territoire de plusieurs États ; qu'il implique des auteurs et victimes de nationalité différente ; ou encore, que son auteur ait quitté le

²⁴ Ph. JESSUP est le premier à avoir utilisé cette expression pour désigner « tout le droit qui régit les actions ou les événements qui transcendent les frontières nationales », Cf. Ph. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 1-2 ; Voy. également, M. MERLE, « Le concept de transnationalité », *Humanité et droit international : Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, p. 223-231 ; G.O.W. MUELLER, « Transnational Crime: Definitions and Concepts », *Transnational Organized Crime*, 1998, vol. 4, n°3 & 4, p. 13

²⁵ B. DUBNER, *The Law of International Sea Piracy*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1980, 176 p. ; S. GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 152-162 ; V. PELLA, « La répression de la piraterie », *R.C.A.D.I.*, 1926-V, vol. 15, p. 149-275 ; A. RUBIN, *The Law of Piracy*, 2^e éd., New York, Transnational Publishers, 1998, 485 p. ; J. SUNDBERG, « Piracy », in *International Criminal Law*, vol. 1: *Crimes*, C. Bassiouni (dir.), 2^e éd., Ardsley / New York, Transnational Publishers, 1999, p. 803-817 ; M. VOELCKEL, « La piraterie est-elle un crime de droit des gens ? », *Annuaire du droit de la mer*, 2000, t. V, p. 93-121.

²⁶ Cf. LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit. note 10, p. 12.

territoire sur lequel il a commis son crime pour trouver refuge dans un État tiers²⁷.

En dépassant les frontières de l'État, les crimes matériellement transnationaux dépassent également les frontières juridiques de ses compétences pénales : l'État territorial sera compétent mais en concurrence avec d'autres États également touchés par le crime, bien qu'à des degrés variés (État de nationalité de l'auteur ou des victimes titulaires d'une compétence personnelle active ou passive, État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé du crime, État d'immatriculation de l'aéronef ou État du pavillon d'un navire, etc.), ce qui peut générer des conflits positifs de compétences. Mais, ce type de crimes peut surtout provoquer des conflits négatifs de compétences, notamment dans l'exemple où l'auteur du crime va trouver refuge dans un État dont le droit ne prévoit pas l'extradition vers l'État sur le territoire duquel le crime a été commis, ou n'incrimine pas le comportement à l'origine du crime. Dans un cas comme dans l'autre, l'efficacité de la répression pénale traditionnelle s'avère au mieux, amoindrie et, au pire, réduite à néant par la volatilité de l'auteur du crime, le caractère diffus des effets du crime, la difficulté de réunir les éléments de preuve, etc. De là, est née la nécessité impérieuse d'organiser une coopération pénale interétatique renforcée. Certains crimes matériellement transnationaux ont ainsi fait l'objet de conventions internationales qui en ont fait juridiquement des crimes transnationaux.

1.2. Les crimes transnationaux à l'origine d'un processus d'internationalisation des droits pénaux

Selon Claude Lombois « on reste bien en présence des seuls intérêts nationaux protégés pénalement. Mais, ces divers intérêts, tous identiques, sont menacés solidairement par une criminalité qui s'internationalise. À quoi répond adéquatement une internationalisation de la lutte contre la criminalité »²⁸. Face à des crimes perpétrés, à dessein, sur plusieurs territoires étatiques ou sur des territoires ne relevant de la juridiction pénale d'aucun État, les États ont dû reconnaître qu'ils avaient tous,

²⁷ L'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (*op. cit.* note 8) offre une définition de la notion d'« infraction de nature transnationale » qui témoigne d'un élargissement considérable des compétences pénales étatiques par rapport à la compétence territoriale initiale : « Aux fins du paragraphe 1 du présent article, une infraction est de nature transnationale si : a) Elle est commise dans plus d'un État ; b) Elle est commise dans un État mais une partie de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État ; c) Elle est commise dans un État mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État ; ou d) Elle est commise dans un État mais a des effets substantiels dans un autre État ».

²⁸ Cf. LOMBOIS, *Droit pénal international*, *op. cit.* note 10, p. 177.

individuellement, un intérêt à compléter et renforcer les cadres juridiques de leur coopération. Il s'agit de l'hypothèse que l'on peut qualifier d'utilitariste²⁹ qui a conduit à un processus d'internationalisation des droits pénaux internes, au sens où les crimes sont incriminés et punis selon les droits internes mais conformément à un régime juridique spécial prévu par le droit international.

La voie conventionnelle, par sa précision et son respect de la souveraineté, constitue l'instrument privilégié de la coopération interétatique. Il est par conséquent naturel qu'elle l'ait été a fortiori dans la matière pénale qui se trouve au cœur des compétences souveraines de l'État. On a ainsi vu se développer, à partir des années 1970, un nombre croissant de conventions internationales dont l'objectif consiste à renforcer la coopération interétatique en matière pénale et à élargir le cercle des États compétents pour arrêter, poursuivre et juger ou extraditer les auteurs de ce type de crimes. Le préambule de ces conventions souligne explicitement découler d'une nécessité³⁰, souvent urgente³¹, de rendre plus efficace³² la coopération interétatique en matière de prévention et de répression des comportements qu'elles définissent. Leurs dispositions visent ainsi à combler les lacunes des législations pénales internes de manière à ce que la chaîne de coopération ne soit pas rompue par l'absence de réglementation adéquate dans un État qui, en pratique, serait à même de participer à l'arrestation, la poursuite ou l'extradition de l'auteur présumé d'un crime transnational.

²⁹ Ce terme est utilisé ici au sens littéral, sans préjudice de la théorie utilitariste du droit pénal.

³⁰ Notamment les préambules des conventions *Stupéfiants, Prise d'otages, Attentats terroristes à l'explosif* (précitées p. 2) et de la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (adoptée le 4 décembre 1989, Doc. A/RES/44/34) ; de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (adoptée le 9 décembre 1999, U.N. Doc. A/AC.252/L.7) (ci-après « Convention *Financement du Terrorisme* ») ; de la Convention des Nations Unies contre la corruption (adoptée le 31 octobre 2003, U.N. Doc. A/58/422) (ci-après « Convention *Corruption* ») et de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (adoptée le 14 septembre 2005, U.N. Doc. A/RES/59/290) (ci-après « Convention *Terrorisme nucléaire* »).

³¹ Notamment le préambule des conventions *de La Haye, Prise d'otages, Attentats terroristes à l'explosif, Financement du Terrorisme, Terrorisme nucléaire* ainsi que de la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (adoptée le 23 septembre 1971, *R.T.N.U.*, vol. 974, p. 177) (ci-après la « Convention *de Montréal* ») ; de la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (conclue le 10 mars 1988, Doc. off. SUA/CONF/15/rev.1) (ci-après « Convention *Sécurité maritime* »), et de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, (adoptée le 9 décembre 1994, *R.T.N.U.*, vol. 2051, p. 363) (ci-après « Convention *Personnel des Nations Unies* »).

³² Notamment le préambule des conventions *Faux monnayage, Stupéfiants, Prise d'otages, Attentats terroristes à l'explosif, Criminalité transnationale organisée, Sécurité maritime, Financement du Terrorisme, Terrorisme nucléaire* et *Corruption* (précitées).

Autrement dit, ces conventions sont nées de la volonté de réduire l'avantage tiré par les criminels des limites des compétences pénales traditionnelles des États ainsi que le nombre potentiel d'États de refuge.

Ce processus d'internationalisation des droits pénaux internes est par ailleurs un phénomène dynamique et en constante évolution. Les conventions de coopération pénale en matière de terrorisme les plus récentes mentionnent explicitement avoir vocation à combler les lacunes des droits, international et nationaux, en matière de prévention et de répression de tels comportements. Elles justifient ainsi l'adoption de nouvelles conventions internationales par le fait que « les instruments juridiques multilatéraux existants ne traitent pas de manière adéquate de ce type d'attentat »³³ ou par la nécessité « de compléter les instruments internationaux existants portant sur le terrorisme (...) [qui] ne traitent pas expressément du financement du terrorisme »³⁴, ou encore, par l'insuffisance des « mesures actuellement en vigueur pour la protection du personnel des Nations Unies et du personnel associé »³⁵. Cette démarche, consistant à combler les lacunes des dispositions internationales au fur et à mesure de l'apparition de besoins nouveaux en termes de répression de la criminalité transnationale, explique le patchwork des conventions internationales en la matière, notamment en matière de terrorisme³⁶.

1.3. Le droit pénal international, fruit de l'internationalisation des droits pénaux

Les conventions internationales visant à renforcer la prévention et la répression des crimes transnationaux précisent, pour la majorité d'entre elles, que le crime sera érigé en vertu des législations pénales des États parties et conformément aux principes généraux reconnus par leur droit interne. La convention la plus claire en ce sens est la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée :

« Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte au principe selon lequel la définition des infractions établies conformément à celle-ci et des moyens juridiques de défense applicables ainsi que d'autres principes juridiques régissant la légalité des incriminations relève exclusivement du droit interne d'un État Partie et selon lequel lesdites

³³ Convention *Attentats terroristes à l'explosif* (préambule).

³⁴ Convention *Financement du terrorisme* (préambule).

³⁵ Convention *Personnel des Nations Unies* (préambule).

³⁶ On recense 13 conventions onusiennes en matière de lutte contre le terrorisme (répertoriées sur le site de l'ONU, à l'adresse [<http://www.un.org/french/unitingagainstterrorism/annex2.html>]) auxquelles s'ajoute une convention spécifique dans chacune des grandes organisations régionales.

infractions sont poursuivies et punies conformément au droit de cet État Partie »³⁷.

Les conventions de coopération internationale en matière pénale, loin de créer des crimes internationaux en tant que tels, se contentent donc de définir, de manière plus ou moins précise, un comportement individuel, dans ses éléments matériels et psychologiques, afin d'encadrer le champ d'application de la convention. L'infraction pénale s'inscrit dans le droit interne des États parties tandis que la Convention ne fait que définir un minimum commun afin de ménager une marge d'appréciation respectueuse de la souveraineté des États. Ainsi, par l'effet de la convention de coopération pénale, les droits des États parties connaissent un phénomène d'harmonisation³⁸ qui facilite une répression commune, et donc plus efficace, des crimes transnationaux.

Ce processus d'harmonisation s'opère essentiellement sous l'effet de trois types d'obligations. D'abord, celle d'incriminer le comportement défini par la convention dans leur droit pénal interne. Les États s'engagent ainsi à inclure dans leur code pénal les actes matériels définis par la convention ainsi que la sanction applicable, proportionnée à la gravité du crime, quant à elle non précisée par la convention. Ensuite, pour garantir l'effet utile de la convention, celle-ci prévoit l'obligation des États parties d'établir la compétence de leurs tribunaux pour ces crimes, y compris lorsqu'ils sont commis à l'étranger, par des étrangers. Enfin et surtout, les États parties s'engagent, dans l'hypothèse où l'auteur d'un tel crime se trouverait sur leur territoire, soit à l'extrader vers un État partie plus directement intéressé par les poursuites (État territorial ou de nationalité de l'auteur ou des victimes notamment), soit de le poursuivre eux-mêmes. Il s'agit du mécanisme *aut dedere, aut judicare* clé de voûte des conventions internationales de coopération pénale³⁹ dont l'efficacité ne saurait reposer sur la simple extension du nombre des États compétents si ceux-ci avaient seulement la faculté d'établir et d'exercer leurs compétences. Ce mécanisme implique

³⁷ Convention *Criminalité transnationale organisée*, article 11 § 6 (nous soulignons). Ce point se trouve encore renforcé par l'article 34 § 1 relatif à l'application de la Convention selon lequel : « 1. Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, y compris législatives et administratives, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, pour assurer l'exécution de ses obligations en vertu de la présente Convention ».

³⁸ Sur le processus d'harmonisation par rapprochement, Cf. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit, vol. II*, Paris, Seuil, 2006, p. 69 et s.

³⁹ Ce principe est considéré comme la version moderne de la maxime *aut dedere, aut punire* dégagée par H. GROTIUS. Du fait de la règle générale de l'opportunité des poursuites, d'aucuns préfèrent néanmoins à la formule *aut dedere aut judicare* (extrader ou juger), la maxime *aut dedere aut prosequi* (extrader ou poursuivre), Cf. G. GUILLAUME, « La Convention de La Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs », *A.F.D.I.*, 1970, p. 52.

l'obligation pour tout État partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction visée par la convention, de l'extrader ou de le juger⁴⁰. La CIJ a eu l'occasion de préciser récemment que « l'extradition est une option offerte par la convention à l'État, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la convention, dont la violation engage la responsabilité de l'État pour fait illicite »⁴¹. Il vise ainsi à garantir que les auteurs des crimes définis par les conventions de coopération ne trouveront pas refuge dans un État susceptible d'invoquer son droit interne pour ne pas le poursuivre et ne pas l'extrader. Il s'agit de ce fait de s'assurer qu'aucun État partie ne pourra servir de « sanctuaire »⁴² aux auteurs desdits crimes et d'établir un régime que d'aucuns qualifient de compétence universelle alternative⁴³ ou quasi-universelle⁴⁴.

Si la précision grandissante des éléments constitutifs des comportements définis tend à favoriser l'harmonisation des législations nationales, la transposition en droit interne à laquelle les États parties à ces conventions sont tenus de procéder implique inévitablement que la mise en œuvre d'une même convention pourra donner lieu à l'adoption de définitions différentes, selon l'interprétation que feront les États de la norme internationale. En revanche, les droits et obligations découlant pour les États parties de ladite convention seront, en principe, limités à la définition du comportement telle qu'elle ressort de la convention et dans la limite de cette définition⁴⁵. L'État partie ne peut ainsi, en principe, opter pour une définition qui demeure en deçà de la définition conventionnelle ; il peut, en revanche, aller au-delà dans son droit pénal interne⁴⁶, mais les dispositions de la convention, et notamment les extensions de compétence reconnues, ne

⁴⁰ Voy. de manière générale, le quatrième rapport du Rapporteur spécial de la CDI sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), Zdzislaw Galicki, A/CN.4/648, 11 mai 2011.

⁴¹ CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, 20 juillet 2012, § 95.

⁴² *Rapport de la Commission du droit international*, 2006, A/61/10, Chapitre XI : L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), p. 415, § 220.

⁴³ Cf. I. MOULIER, *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse, Paris I, dactyl., p. 367 s. et sur l'extradition à proprement parler, p. 672 et s.

⁴⁴ Cf. M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 29-30.

⁴⁵ Voy. *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, M. Delmas-Marty (dir.), *Les processus d'internationalisation*, VII, Paris, Éd. de la Maison des Sciences de l'homme, 2001, 337 p.

⁴⁶ Comme en témoigne notamment l'article 34 § 3 de la Convention *Criminalité transnationale organisée* : « Chaque État Partie peut adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée ».

s'appliqueront que pour autant que le comportement en cause s'inscrive dans les limites de la définition conventionnelle⁴⁷.

Ce que l'on qualifie « droit pénal international » recouvre ainsi les aspects internationaux des droits pénaux étatiques⁴⁸, tant sur le volet matériel (définition des crimes transnationaux et de leur sanction), que sur le volet procédural (entraide judiciaire, extradition, etc.). Si le premier volet ne concerne que les crimes transnationaux, le second, en revanche, concerne également les crimes de droit interne qui impliquent une forme quelconque de coopération pénale classique. Le droit pénal international ne constitue donc pas une branche du droit à proprement parler mais une partie d'une branche de droit interne, le droit pénal. Il relève dès lors des ordres juridiques internes : ses sources formelles correspondent à des normes juridiques étatiques et la responsabilité qui en découle est une responsabilité pénale interne, fondée sur le droit national de l'État de jugement, même si celui-ci a été adapté aux dispositions de la convention internationale de coopération pénale. Par conséquent, pour ces crimes, s'appliquent, sauf dispositions contraires, les règles de droit commun applicables aux crimes en matière de procédure, de prescription, d'immunités, etc.

Les crimes transnationaux doivent ainsi être entendus comme des crimes de droit interne, internationalisés conventionnellement le plus souvent, parce qu'ils présentent un élément d'extranéité qui implique la nécessité d'une coopération interétatique renforcée en matière de prévention et de répression. Ces crimes sont par conséquent matériellement et juridiquement transnationaux⁴⁹ mais présentent une grande diversité quant à leur mode de commission, l'intérêt qu'ils menacent, ou encore, leur portée internationale. Leur trait commun est de procéder du même processus normatif alliant droit international et droits pénaux étatiques : ils découlent d'une convention internationale⁵⁰ qui oblige les États parties à

⁴⁷ À l'exception des conventions *Prise d'otages*, *Financement du terrorisme*, *Terrorisme nucléaire*, dont l'article 3 prévoit de manière assez originale l'application de certaines dispositions de ces conventions (essentiellement en matière de droits de la personne mise cause) même lorsque le comportement en cause ne répond pas à la définition conventionnelle.

⁴⁸ Cf. M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, *op. cit.* note 36, p. 11.

⁴⁹ Il est évident que certains crimes, seulement *matériellement* transnationaux, échappent au modèle présenté ici et ne relèvent que des droits pénaux internes et des règles générales du droit international en matière de répartition des compétences pénales et d'entraide judiciaire et policière.

⁵⁰ La voie conventionnelle est privilégiée par le droit pénal international car, du fait de son caractère écrit-elle, offre un degré de précision bien supérieur à la coutume internationale et se présente par conséquent, plus respectueuse de la souveraineté des États. L'exemple

établir en droit interne leur compétence pour arrêter, poursuivre ou extraditer l'auteur d'un comportement que ces États ont décidé de réprimer collectivement.

Sur la base des conventions internationales de coopération pénale, il semble possible de dresser une liste non définitive des crimes transnationaux aujourd'hui définis en droit international : le faux-monnayage, la piraterie maritime, le trafic de stupéfiants et de substances psychotropes, les infractions et certains autres actes survenant à bord des aéronefs, la capture illicite d'aéronefs, les actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, les crimes contre les personnes jouissant d'une protection internationale, la prise d'otages, les actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, les infractions contre la sécurité du personnel des Nations Unies, les attentats terroristes à l'explosif, le financement du terrorisme, la criminalité transnationale organisée, la traite des personnes en particulier des femmes et des enfants, le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, la vente et prostitution d'enfants et pornographie mettant en scène des enfants, la corruption ou encore, les actes de terrorisme nucléaires. Ces crimes, très différents dans leurs éléments constitutifs ou dans les biens juridiques qu'ils visent à protéger, procèdent d'une même logique normative d'harmonisation des droits pénaux internes.

Bien que résultant également d'interactions entre droit international et droits pénaux étatiques, c'est d'un processus normatif tout autre que procèdent les crimes supranationaux.

2. Les crimes supranationaux à l'origine du droit international pénal

Les crimes supranationaux, contrairement aux crimes transnationaux, peuvent ne présenter aucun élément d'extranéité mais, dans tous les cas, portent atteinte aux fondements même de l'ordre international (1). Ceci explique qu'il s'agit de crimes directement inscrits dans l'ordre juridique international au terme d'un processus de pénalisation du droit international (2) générant une nouvelle branche de ce droit, le droit international pénal (3).

traditionnel de la piraterie maritime, avant sa codification dans des conventions internationales, prouve néanmoins, qu'un tel processus normatif peut également découler d'une norme internationale coutumière.

2.1. Les menaces aux fondements mêmes de l'ordre international à l'origine de la reconnaissance de crimes supranationaux

Jusqu'au début du XXe siècle, le droit international hérité des traités de Westphalie de 1648 est demeuré essentiellement interétatique. C'est à la fin de la Première Guerre mondiale qu'apparaît pour la première fois l'idée qu'à côté de la responsabilité internationale de l'État en tant que tel, celle de ses plus hauts représentants pourrait être également retenue, sur le plan pénal, directement en vertu du droit international, pour des violations graves de ce droit⁵¹. Mais, il a fallu attendre les crimes massifs et d'une ampleur sans précédent commis lors de la Deuxième Guerre mondiale pour qu'en 1945, des crimes soient finalement reconnus comme découlant directement de violations graves du droit international et qu'à Nuremberg⁵² et Tokyo⁵³ soient institués des tribunaux internationaux pour en juger les plus hauts responsables. Les chartes de ces deux tribunaux militaires internationaux prévoyaient qu'ils pourraient juger les auteurs de crimes contre la paix (agression), crimes de guerre et crimes contre l'humanité, quelles que soient la position hiérarchique ou les dispositions du droit interne de l'État de nationalité des accusés.

Ainsi, « (l)es deux guerres mondiales ont révélé l'existence d'une (...) catégorie de crime dont le caractère spécifique est qu'ils dépassent le cadre des lois pénales internes, tant par leur nature que par la qualité de leurs auteurs. (...) Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité relèvent directement de l'exercice du pouvoir souverain, dont les coupables sont les détenteurs ou les organes »⁵⁴. Il s'agissait, en effet, à l'origine de crimes perpétrés, ordonnés ou cautionnés par les plus hauts représentants de l'État, soit dirigés contre un autre État (agression) ou les ressortissants d'un autre État (crimes de guerre, à l'époque limités aux conflits armés

⁵¹ C'est en effet ce qui découle de l'article 227 du Traité de Versailles qui prévoyait la mise en cause de l'Empereur Guillaume II d'Allemagne pour « offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités », selon les termes mêmes de l'article 227 du Traité de Versailles de 1919. Néanmoins, la reconnaissance d'une responsabilité pénale internationale demeura au stade théorique dans la mesure où l'Empereur Guillaume II trouva refuge aux Pays-Bas qui refusèrent de l'extrader au motif que le Kaiser bénéficiait d'immunités et qu'à supposer que de tels crimes existaient, ils étaient de nature politique et pouvaient donc justifier le refus d'extradition.

⁵² Voy. Statut du Tribunal militaire international, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe, *R.T.N.U.*, vol. 82, p. 279.

⁵³ Tribunal militaire de Tokyo, créé par la Proclamation spéciale du général MacArthur, Commandant suprême des Forces alliées en Extrême Orient en date du 19 janvier 1946.

⁵⁴ J.-Y. DAUTRICOURT, « Nature et fondement du droit pénal universel », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1949-1950, p. 1029-1030.

internationaux), soit, et c'est là une révolution en droit international, commis par un État sur son territoire et contre ses propres ressortissants (crime contre l'humanité). Dès lors, la criminalisation de ces comportements directement en droit international avait pour fonction de protéger les fondements de l'ordre juridique international que sont historiquement, d'abord, la préservation de la paix et la sécurité internationales, puis la protection de la dignité humaine contre les atteintes les plus graves.

Le crime d'agression, « crime international suprême » selon le jugement de Nuremberg⁵⁵, est le seul désormais qui a conservé un lien nécessaire avec l'exercice de la souveraineté, ce qui explique que la seule définition qu'il ait connu jusqu'en 2010 ait été celle de l'article 6 a) de la Charte du Tribunal de Nuremberg. En effet, l'amendement au Statut de Rome, adopté à Kampala en juin 2010, le définit comme la « planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies »⁵⁶. Ce lien avec l'exercice de la souveraineté explique également les conditions draconiennes dont les États parties au Statut de Rome ont entouré, tant l'entrée en vigueur de cet amendement, que l'exercice par la Cour de sa compétence à l'égard du crime d'agression⁵⁷.

À la différence des crimes de guerre, d'abord apparus dans les ordres internes, les crimes contre l'humanité ont, quant à eux, été créés sur mesure à Nuremberg⁵⁸ pour encadrer des crimes que ne couvrait le droit international humanitaire que sous des conditions liées à la nationalité des victimes du crime⁵⁹ – les personnes protégées – et dont la répression, selon les règles de compétences pénales traditionnelles, se heurtait à une double

⁵⁵ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg*, 14 nov. 1945-1^{er} oct. 1946, Nuremberg, 1947, p. 197.

⁵⁶ En référence à la Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1974, à laquelle est annexée une définition de l'« acte d'agression » c'est-à-dire, d'un État contre un autre, cf. la résolution de l'Assemblée des États parties de la CPI, RC/Res.6, 11 juin 2010.

⁵⁷ Voy. sur la question, le numéro spécial du *Journal of International Criminal Justice*, C. Kreß and Ph. Webb (dir.), « 10th Anniversary Special Issue Aggression: After Kampala », Vol. 10, n°1, mars 2012.

⁵⁸ Voy. M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, P.U.F., Coll. Que Sais-je ?, 2^e éd., 2013, 128 p.

⁵⁹ Les crimes contre l'humanité ont en effet été créés à Nuremberg car la qualification de crimes de guerre ne permettait pas de juger les crimes massifs commis par l'État allemand contre ses propres ressortissants, Cf. TPIY, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-A, Jugement, 15 mars 2002, § 473.

limite⁶⁰. D'abord, une limite des droits internes : le jugement par l'État même dont les plus hauts représentants ont commis des crimes contre sa population se révèle en pratique subordonné à un changement de régime, à supposer encore que le régime successeur ait la volonté politique de poursuivre les auteurs desdits crimes et ne prétexte pas des exigences de la réconciliation nationale pour ne pas le faire et pour éviter, le cas échéant, de soulever la question du jugement des éventuels crimes commis par ses propres partisans. Ensuite, des limites tirées du droit international : d'une part, le jugement de ce type de crime par les instances judiciaires d'un État tiers, qui n'a aucun lien de rattachement avec le crime, contrevient, a priori, aux principes fondamentaux du droit international de respect de la souveraineté et de non-intervention dans les affaires intérieures des États ; d'autre part, l'absence d'une juridiction pénale internationale compétente. Ainsi, réprimer des crimes commis par les représentants de l'État contre sa population et sur son territoire impliquait nécessairement une externalisation du jugement. C'est ce que le juge belge Damien Vandermeersch a exprimé par la formule : « [d]e deux choses l'une : soit, les crimes contre l'humanité ne sont que des incriminations parmi d'autres qui ne transcendent pas les frontières et leur répression est laissée à la discrétion de chaque État, soit, ces crimes sont de l'ordre de l'innommable et de l'inacceptable et la responsabilité de leur répression est partagée par tous »⁶¹. Ainsi, les crimes supranationaux peuvent être matériellement transnationaux mais, et c'est une de leur spécificité, peuvent également être commis par des représentants étatiques contre leur propre population et dans les limites de leur territoire, autrement dit être matériellement internes.

C'est ainsi, initialement pour réprimer les agissements les plus graves – entendre par là ceux susceptibles de menacer les fondements de l'ordre international – des plus hauts dirigeants étatiques, que certains crimes ont été inscrits directement en droit international et considérés comme emportant une responsabilité pénale internationale.

2.2. Les crimes supranationaux à l'origine de la pénalisation du droit international

Ainsi, l'autre forme de criminalité, qui s'est avérée dépasser les compétences pénales traditionnelles des États, découle des activités

⁶⁰ Voy. I. FOUCHARD, « La formation du crime contre l'humanité en droit international » (Chapitre 1), in *Le crime contre l'humanité*, M. Delmas-Marty, I. Fouchard, E. Fronza et L. Neyret (dir.), P.U.F., Coll. Que Sais-je ?, 2^e éd., 2013, p. 7-43.

⁶¹ Tribunal de première instance de l'arrondissement de Bruxelles, Ordonnance du Juge d'instruction Damien Vandermeersch, 6 novembre 1998, *I.L.R.*, vol. 119, p. 345-367, Point 3.3.3.

criminelles commises par ou avec le soutien, quelle qu'en soit la forme, des représentants des États eux-mêmes. Dans cette hypothèse, la nouveauté ne réside donc pas dans les comportements incriminés (meurtres, tortures et autres atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale, notamment) mais dans les atteintes graves portées aux fondements de l'ordre juridique international dont la répression ne pouvait plus être laissée à la discrétion des États. En 1945, les fondements de l'ordre juridique international reposaient essentiellement sur la paix et la sécurité internationales, la prise en compte du respect de la dignité humaine se limitant aux violations les plus graves, c'est-à-dire, suffisamment massives et systématiques pour menacer la paix et la sécurité internationales. C'est le caractère universel de la valeur protégée qui est à l'origine de la création du crime en droit international pour pallier l'impuissance des droits et tribunaux pénaux internes à juger ce type de crimes pourtant attentatoires à la communauté internationale tout entière.

Littéralement un crime « supranational » est un crime qui se situe au-dessus des États⁶², qui s'impose à eux. L'expression peut, en ce sens, paraître doublement trompeuse. Ceci d'abord, dans la mesure où elle semble impliquer qu'une autorité supérieure aux États légifère dans l'ordre international et, de surcroît, dans la matière pénale. Ensuite, parce qu'elle semble induire que les États sont eux-mêmes sujets d'un droit pénal supranational. Ce n'est pourtant pas le cas. Le caractère supranational du crime correspond ainsi au fait qu'il est directement inscrit en droit international et que la responsabilité pénale individuelle à laquelle il donne lieu découle directement du droit international indépendamment – en théorie – des dispositions de droit interne adoptées par les États. Bien entendu, pour que les juridictions nationales puissent exercer leur compétence, les législateurs nationaux doivent intégrer le crime dans les dispositions pénales internes mais celles-ci ne sont alors que déclaratives d'un crime existant en tant que tel en droit international coutumier qui, par définition, s'impose à tous.

Le caractère supranational du crime renvoie également aux valeurs et intérêts qu'il tend à protéger, qui dépassent ceux des États eux-mêmes, à savoir la paix et sécurité internationales et la dignité humaine qui, interdépendants, apparaissent comme à la base de l'émergence d'un véritable ordre public international. Ceci explique les liens étroits

⁶² Le dictionnaire Salmon définit en ce sens l'adjectif supranational comme ce « qui est situé au-dessus de l'Etat ; qui a une autorité supérieure à celle des Etats ; qui est indépendant de l'Etat » : J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1064.

qu'entretiennent les crimes supranationaux avec des notions qui, bien que différentes, expriment eux aussi l'émergence d'un noyau d'ordre public international. Les crimes supranationaux correspondent ainsi toujours à la violation d'une obligation erga omnes c'est-à-dire d'une obligation qui s'impose à l'ensemble des États, qui ont tous un intérêt juridique au respect par les autres États, des droits qu'elle protège⁶³. Selon la Cour internationale de Justice, ces obligations « découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »⁶⁴. Par ailleurs, les crimes supranationaux correspondent à la violation grave d'une norme impérative du droit international (jus cogens)⁶⁵. En effet, selon la Commission du droit international, « les normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture,

⁶³ Sur ce point, voy. notamment : A. DE HOOGH, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 444 p. ; M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 260 p. ; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 96-99.

⁶⁴ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique/Espagne)*, arrêt (fond), 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, § 34. Voy. aussi les affaires : *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, 30 juin 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, § 29 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis, 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 258, § 83 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, 11 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 615 et 616, §§ 31 et 32 ; *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002), (République du Congo/Rwanda)*, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt, 3 février 2006, § 64 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine/Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, fond, arrêt, 26 février 2007, § 161 ainsi que *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne/Italie)*, arrêt, 3 février 2012, §§ 92 à 97.

⁶⁵ Sur la question, notamment : R. KOLB, *Théorie du ius cogens international : essai de relecture du concept*, Paris, P.U.F., 2001, 399 p. ; M. VIRALLY, « Réflexions sur le jus cogens », *A.F.D.I.*, 1966, p. 5-29 ; K. MAREK, « Contribution à l'étude du jus cogens en droit international », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 426-459 ; T. MERON, « On a Hierarchy of International Human Rights », *A.J.I.L.*, 1986, vol. 80, p. 1-23 ; G.M. DANILENKO, « International Jus Cogens : Issues of Law-Making », *E.J.I.L.*, 1991, n°2, p. 42-65 ; A.-J. DE HOOGH, « The Relationship between Jus cogens, Obligations erga omnes and International Crimes », *A.J.P.I.L.*, 1991, p. 183-214 ; C. TOMUSCHAT et J.-M. THOUVENIN (dir.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 471 p. ; A. CASSESE (dir.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 728 p.

ainsi que le droit à l'autodétermination »⁶⁶. Mais, la violation d'une norme de jus cogens ne suffit pas⁶⁷. Le crime supranational requiert un double critère de gravité, intrinsèque (liée au caractère impératif de la norme violée) et extrinsèque (liée au caractère massif ou systématique du crime commis). Le second critère de gravité, qui répond au fait qu'à l'origine, les crimes supranationaux visaient à répondre aux agissements des plus hauts responsables étatiques, correspond au seuil de résistance des souverainetés par rapport à l'immixtion du droit international dans leur sphère de compétences.

Les crimes supranationaux correspondent ainsi aux violations les plus graves des normes fondamentales du droit international donnant lieu à une responsabilité pénale individuelle directement régie par le droit international. Du fait de leur extrême gravité et du régime spécifique auquel ils donnent lieu, leur nombre est limité pour l'heure à quatre : le crime d'agression, le crime contre l'humanité, le crime de génocide et les crimes de guerre.

Ces crimes ont ainsi généré un processus de pénalisation du droit international par l'introduction d'une dimension pénale dans un ordre juridique dont la logique interétatique et horizontale ne s'y prêtait absolument pas initialement. Ce processus traduit la réaction des États à l'émergence d'intérêts véritablement communs et de valeurs universelles dont la protection est théoriquement reconnue comme suffisamment importante pour primer sur celle de la souveraineté des États.

2.3. Le droit international pénal, la branche pénale du droit international

La réaction à ce type de crimes s'est traduite, d'abord, par la reconnaissance d'une responsabilité pénale individuelle directement en vertu du droit international. Les crimes supranationaux se caractérisent en effet par une autonomie à l'égard des droits internes. Selon le Tribunal de Nuremberg, « (i)l est admis, depuis longtemps, que le Droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques »⁶⁸ et que « la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles »⁶⁹. Implicitement, ces affirmations induisent que, si la

⁶⁶ Commentaire de l'article 26 des *Articles de la CDI sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite*, A.C.D.I., 2001, vol. II (2), § 5, p. 223-224 (notes omises).

⁶⁷ De même, il peut exister des violations graves d'une norme impérative qui ne constituent pas des crimes supranationaux, comme par exemple la violation grave du droit à l'autodétermination qui n'est pas en tant que telle criminalisée en droit international.

⁶⁸ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, Nuremberg, 14 nov. 1945-1^{er} oct. 1946, Nuremberg, 1947, p. 234 (Désormais « *Jugement de Nuremberg* »).

⁶⁹ *Ibidem*, p. 235.

responsabilité découle directement du droit international, elle peut être établie indépendamment des dispositions internes. C'est ce qu'a confirmé ensuite la Commission du droit international : « c'est sur la base du droit international que sont qualifiés de crimes les types de comportement identifiés comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (...) Ainsi, la prohibition et la répression de ces comportements découlent directement du droit international »⁷⁰. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a également rappelé cette autonomie du droit international en matière de qualification pénale, en affirmant que « les individus sont tenus de respecter le principe de l'interdiction de la torture, même si les instances législatives ou judiciaires nationales en autorisent la violation »⁷¹. Enfin, le Statut de Rome constitue un instrument précieux et incontournable de la question, en ce qu'il consacre matériellement l'ancrage du crime en droit international par la définition expresse du droit applicable en son article 21 : c'est bien le droit international que la Cour doit appliquer, d'abord, son instrument constitutif et les documents y associés⁷², puis, les traités applicables et principes et règles du droit international. C'est seulement « à défaut » que la Cour pourra se référer aux droits nationaux pour en dégager « les principes généraux du droit ».

D'autre part, pour répondre à ce type de crimes, les États ont mis en place une répression renforcée à deux niveaux, international et interne : la création de juridictions pénales internationales et la reconnaissance à tous les États d'une compétence dite universelle. Ce titre de compétence exceptionnel autorise les juridictions internes de tout État à juger l'auteur d'un tel crime, même s'il n'a aucun lien avec cet État, pour peu qu'il se trouve sur son territoire⁷³. Dans les deux cas, le jugement est opéré au nom de la communauté internationale dans son ensemble et on peut assurément y voir un dépassement de la logique de coopération utilitariste au profit de l'émergence d'une coopération universaliste, fondée sur la reconnaissance de certaines valeurs s'imposant à tous et, partant, universelles.

Cette hypothèse que l'on peut qualifier de solidariste, renvoie à la fonction initiale du droit pénal qui a pour fonction de protéger l'ordre social, sanctionner ceux qui y portent atteinte et dissuader ceux qui seraient tentés de le faire, y compris désormais au sein de la société internationale.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 17, § 6.

⁷¹ TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, *Jugement*, 10 décembre 1998, § 155.

⁷² *Éléments des crimes et Règlement de procédure et de preuve*, tous deux subordonnés au Statut.

⁷³ Voy. I. MOULIER, *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse, Paris I, dactyl., 2 t., 2006, 997-CVII p.

L'objectif est ici d'éviter les conflits négatifs de compétence, c'est-à-dire, d'assurer qu'il y aura toujours un juge (national ou international) pour poursuivre les auteurs de ce type de crimes dans l'intérêt et au nom de la communauté internationale tout entière. Dans cette optique, le droit international pénal répond à la protection d'un noyau d'ordre public international, qui justifie une responsabilité pénale des individus directement en vertu du droit international et la compétence de juridictions pénales internationales ou encore, de la compétence universelle pour des crimes si graves qu'ils affectent la communauté internationale tout entière.

Le droit international pénal constitue donc la branche pénale du droit international public en ce qu'il définit les crimes internationaux les plus graves et prévoit les modalités de leur répression aux échelons international et national.

3. L'enjeu majeur de la distinction : le régime juridique applicable

Le principe de légalité est un principe fondamental reconnu par l'ensemble des droits pénaux internes, toutes traditions juridiques confondues, ainsi que par le droit international des droits de l'homme et pénal⁷⁴. Il semble dès lors fondamental que les processus d'incrimination internationale soient plus accessibles, à commencer pour les spécialistes. Les crimes transnationaux obéissent à un régime juridique interne qui ne diffère de celui applicable aux crimes de droit commun que par les contours tracés par la convention internationale (1), tandis que les crimes supranationaux, directement inscrits en droit international, produisent des effets qui leur sont propres (2).

3.1. Crimes transnationaux : un régime juridique interne similaire à celui applicable aux crimes de droit commun

Si elles décrivent, avec plus ou moins de précision, le régime préventif et répressif mis en place, les conventions internationales de coopération pénale se contentent généralement de définir un comportement individuel afin, non pas de créer à elles seules un crime, mais de définir le champ d'application de la convention et la portée, à la fois des droits et des obligations des États parties. Autrement dit, délimiter le comportement qui

⁷⁴ Voy. notamment : *Jugement de Nuremberg*, *op. cit.*, p. 230-231 ; TPIY, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, IT-96-21-T, *Jugement*, 16 novembre 1998, §§ 402 à 403 ; Cf. également : TSSL, *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 mai 2004, *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, § 25. Il a également été consacré par les articles 22 à 24 du Statut de Rome dans ses multiples dimensions.

fait l'objet de la Convention, a essentiellement pour fonction de délimiter les extensions de compétence pénale mises en place par ladite convention. Ce sont bien les législateurs nationaux, conformément aux dispositions conventionnelles, qui vont incriminer les comportements en cause en droit pénal interne, c'est-à-dire définir les éléments du crime ainsi que la sanction encourue par son auteur.

La question se pose dès lors de savoir ce qui distingue les crimes transnationaux des crimes de droit interne. Pour prendre un exemple, l'ensemble des conventions internationales de coopération pénale en matière de crimes terroristes définissent leur champ d'application en référence à un élément d'extranéité⁷⁵. La première d'entre elles, la Convention de Tokyo de 1963, excluait déjà de son champ d'application tout acte qui revêtirait un caractère purement interne, ceci même si le décollage et l'atterrissage ont lieu sur le territoire du même État, pour peu que soit traversé le territoire d'au moins un autre État (comme par exemple un vol Paris-Papeete). Toutes les conventions postérieures en matière de lutte contre le terrorisme ont étendu la portée de leurs dispositions mais c'est la Convention internationale contre la prise d'otages de 1979 qui innove véritablement en explicitant, par la négative, les critères d'application de la Convention : « La présente Convention n'est pas applicable lorsque l'infraction est commise sur le territoire d'un seul État, que l'otage et l'auteur présumé de l'infraction ont la nationalité de cet État et que l'auteur présumé de l'infraction est découvert sur le territoire de cet État »⁷⁶. Cet article reprend certains éléments d'extranéité déjà présents dans les conventions antérieures – l'extranéité de l'infraction (les actes constitutifs dépassant les frontières d'un État) et l'extranéité de la répression (l'auteur présumé a quitté le territoire étatique sur lequel il a commis l'infraction) – et y ajoute ce qu'on pourrait qualifier d'extranéité personnelle au sens où l'auteur ou les victimes du crime ne sont pas ressortissants de l'État du locus delicti. Autrement dit, si une prise d'otage a lieu dans un État A, que tous les auteurs et toutes les victimes sont ressortissants de cet État et que les preneurs d'otages sont arrêtés sur le territoire de l'État A, la Convention ne s'applique pas, seuls le droit pénal de l'État A et ses juridictions internes peuvent connaître du jugement des preneurs d'otages. À l'inverse, il suffit qu'un seul auteur ou qu'une seule victime de cette même prise d'otage soit de la nationalité d'un autre État partie à la Convention pour que celle-ci s'applique.

Ainsi, face à la même infraction, qu'elle soit matériellement purement interne ou transnationale, a priori les mêmes dispositions de la législation

⁷⁵ Cf. *supra*, note 30.

⁷⁶ Convention *Prise d'otages*, article 13.

nationale seront applicables, et ceci par les mêmes juridictions internes. Les dispositions internes peuvent être considérées comme constitutives des crimes transnationaux dont la convention internationale prescrit l'interdiction, mais il n'existe ainsi pas de différence de nature entre les crimes purement internes et les crimes transnationaux. La véritable différence découle du régime répressif applicable : celui relevant de la compétence exclusive et donc, du droit pénal d'un seul État, pour les premiers, et celui relevant de la compétence de plusieurs États en vertu d'une convention internationale et selon le régime prévu par cette convention, pour les seconds. Dans les deux cas, il s'agit de crimes définis et punis en vertu des droits internes et jugés par des juridictions internes.

Ce point est encore confirmé par le fait que, si le comportement interdit est défini avec plus ou moins de précision en droit international, il s'avère beaucoup plus difficile pour les États de s'entendre sur les modalités et la mesure de leur sanction⁷⁷. En effet, les conventions internationales de coopération pénale se contentent le plus souvent d'imposer un rapport de proportion entre la gravité de l'infraction et la gravité de la peine. Elles prévoient ainsi généralement l'obligation pour les États de « réprimer l'infraction de peines sévères »⁷⁸ ou « de peines appropriées qui prennent en considération »⁷⁹ ou « dûment en compte la gravité »⁸⁰ de ces infractions. Si ces expressions manquent certes de la plus élémentaire précision quant à la nature (peine privative de liberté ou autres) et à la mesure des peines (cinq ans, dix ans, perpétuité, etc.), il ne fait aucun doute en tout cas qu'il s'agit bien de traduire, dans l'ordre international, le principe général de la proportionnalité des peines à la gravité des crimes commis. Ainsi, on peut

⁷⁷ Sur ce point, la Convention *Criminalité transnationale organisée* fait figure d'exception en ce qu'à l'occasion de la définition de la notion d'« infraction grave », elle prend soin de préciser qu'il s'agit d'« un acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde » (art. 2 b). Elle encadre ainsi la marge de manœuvre des États parties en indiquant un minimum (quatre ans d'emprisonnement) mais en précisant en son article 34 § 3 que « (c)haque État Partie peut adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée ». Ce type d'indication sur la mesure de la sanction demeure néanmoins rarissime.

⁷⁸ Termes utilisés notamment dans la Convention relative à l'esclavage (adoptée le 25 septembre 1926, *R.T.N.U.*, vol. 182, p. 51) (art. 6), la Convention *de La Haye* (art. 2) et la Convention *de Montréal* (art. 3).

⁷⁹ Expression consacrée notamment par la Convention sur la prévention et la répression des crimes contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, adoptée le 14 décembre 1973, *R.T.N.U.*, vol. 1035, p. 167) (art. 2 al. 2), la Convention *Mercenaires* (art. 5 al. 3), la Convention *Personnel des Nations Unies* (art. 9 al. 2), la Convention *Financement du terrorisme* (art. 4 al. b), ou encore la Convention *Criminalité transnationale organisée* (art. 11).

⁸⁰ Notamment la Convention *Attentats terroristes à l'explosif* (art. 4 b)).

imaginer qu'elles requièrent la répression des crimes qu'elles définissent par les peines applicables aux crimes de droit interne les plus graves, respectant une marge nationale d'appréciation respectueuse des traditions et cultures juridiques de chaque État.

La manière dont les États encadrent conventionnellement les crimes transnationaux témoigne également du respect de la souveraineté dans l'exercice des compétences : notamment, à travers le respect du principe d'opportunité des poursuites retenu par un certain nombre de systèmes pénaux⁸¹ ou encore, par l'absence de précision d'un ordre de priorité dans l'exercice des compétences⁸².

Le droit pénal international se révèle ainsi respectueux de la souveraineté des États et ne se distingue du droit pénal « purement » interne que dans la mesure où les États sont parties aux conventions internationales de coopération pénale et dans les limites posées par ces conventions.

3.2. Crimes supranationaux : un régime juridique international dérogatoire à certains principes fondamentaux du droit international

L'apparition des crimes supranationaux apparaît d'emblée comme contraire à la logique d'un droit international classique fondé sur l'égalité souveraineté des États. La raison en est que ces crimes traduisent l'appréhension par le droit international de crimes initialement commis par des représentants de l'État. Pour être effectif, un tel droit devait nécessairement remettre en question certaines prérogatives souveraines.

La première illustration, déjà évoquée, en est la création de juridictions pénales internationales auxquelles les États délèguent une portion de leur pouvoir de jugement, renonçant ainsi à leur monopole en la matière : directement, dans le cas de la création du Tribunal de Nuremberg par les vainqueurs de la Deuxième guerre mondiale ; via le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans l'exemple des tribunaux pénaux internationaux (TPI) pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ; ou encore, par la ratification d'un traité comme dans le cas de la Cour pénale internationale.

⁸¹ En témoigne l'article 7 de la Convention de La Haye qui prévoit que « (c)es autorités prennent leur décisions dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave conformément aux lois de cet État », formule qui sera reprise dans la majorité des conventions subséquentes.

⁸² Tout au plus peut-on constater que, dans l'ensemble des conventions examinées, l'établissement de la compétence territoriale s'impose aux États parties, alors que d'autres, notamment celle découlant de la personnalité passive, procèdent de simples facultés reconnues aux États parties.

Néanmoins, cette délégation de pouvoir est strictement encadrée et la compétence de ces juridictions limitée. D'abord, toutes les juridictions pénales internationales partagent une même limitation personnelle et matérielle de leur compétence : elles ne sont, en principe, compétentes que pour juger les plus hauts responsables des crimes internationaux les plus graves, le jugement des simples exécutants relevant de la compétence des juridictions nationales⁸³. A cela s'ajoutent des limitations d'ordre spatial et temporel spécifiques à chaque juridiction pénale internationale : limitation aux crimes commis pendant le conflit par les vaincus de la Deuxième Guerre mondiale à Nuremberg et Tokyo, et limitation dans le temps et l'espace, aux conflits armés qui ont justifié leur création pour les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Dans le cas de la Cour pénale internationale, quant à elle permanente, la compétence de la Cour est limitée aux crimes commis par les ressortissants ou sur le territoire d'États parties, après l'entrée en vigueur du Statut à leur égard, exception faite des hypothèses de saisine de la Cour par le Conseil de sécurité, auquel cas les crimes peuvent avoir été commis par les ressortissants ou sur le territoire d'un État non partie au Statut⁸⁴.

La seconde illustration de ce recul des privilèges souverains découle de la raison d'être même de ces juridictions pénales internationales qui appliquent directement le droit international : pouvoir juger tout individu sans avoir égard aux immunités reconnues traditionnellement aux plus hauts représentants étatiques devant les juridictions nationales. Au nom de la répression effective des crimes supranationaux, les immunités reconnues en vertu de l'égalité souveraine et de la bonne conduite des relations internationales s'effacent donc depuis 1945. Ainsi, l'article 7 du statut du Tribunal de Nuremberg prévoyait que : « (l)a situation officielle des accusés, soit comme chefs d'États, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée, ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine ». Cette disposition sera ensuite confirmée par les

⁸³ Cette articulation des compétences des juridictions pénales internationales et nationales n'était pas inscrite dans les statuts des TPI mais s'est manifestée dans le cadre de la stratégie d'achèvement des travaux des TPI avec l'aval du Conseil de sécurité qui a pris « acte de la position exprimée par les Tribunaux pénaux internationaux selon laquelle ce sont les dirigeants civils, militaires et paramilitaires, et non les simples exécutants, qui devraient être traduits devant eux » (S/RES/1329 (2000), 30 novembre 2000, Préambule, al. 8). Ce point a été consacré par le principe de complémentarité inscrit dans le préambule et l'article 1 du Statut de Rome.

⁸⁴ Comme, par exemple, dans les situations renvoyées par le Conseil de sécurité à la Cour pénale internationale dans les cas du Darfour (Soudan) en 2005 et de la Libye en 2010.

Principes de Nuremberg⁸⁵, dans le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (PCCPSH)⁸⁶ et dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (art. 7, § 2 et 6, § 2⁸⁷) dont la jurisprudence confirmera ces dispositions comme « indiscutablement déclaratoires du droit international coutumier »⁸⁸. Le principe de rejet des immunités devant les juridictions pénales internationales a logiquement été codifié par l'article 27 du Statut de Rome⁸⁹. Par l'institution de juridictions pénales dans l'ordre juridique international, chargées de juger les crimes internationaux les plus graves et les individus les plus responsables, les États ont fait prévaloir les intérêts de la justice sur la raison d'État. Ce faisant, ils ont ménagé un espace de rejet de l'impunité, y compris pour les chefs d'État en exercice, comme en témoignent la mise en accusation de Slobodan Milosevic par le TPIY, alors qu'il était encore en exercice et le mandat d'arrêt émis par la CPI à l'encontre d'Omar El-Béchir, président actuel du Soudan. Cependant, si devant les juridictions internationales, la nature spécifique des crimes supranationaux prévaut sur les immunités des dirigeants en exercice, quelle que soit leur position officielle, cet argument n'a pas su s'imposer devant les juridictions nationales où l'équilibre tend à privilégier la qualité de représentant de l'État sur la nature du crime, même si la pratique témoigne, depuis l'affaire Pinochet⁹⁰, d'un assouplissement en ce qui concerne le jugement des anciens dirigeants étatiques pour crime supranational⁹¹.

⁸⁵ Principe 3 : « Le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernant ne dégage pas sa responsabilité en droit international », *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950*, Documents Officiels cinquième session, Supplément No 12 (a/1316), Nations Unies, New-York, 1950, p. 12-16.

⁸⁶ Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, 1954, article 3.

⁸⁷ Rédigés à l'identique : « 2. La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine ».

⁸⁸ TPIY, Jugement *Furundzija*, *op. cit.* note 62, § 140.

⁸⁹ « 1. Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.

2. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

⁹⁰ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (N°3)*, House of Lords, 24 mars 1999, *I.L.R.*, vol. 119, p. 231.

⁹¹ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, § 61.

A ce régime propre aux crimes supranationaux s'ajoute que, depuis les années 1990, ils ont été progressivement présentés comme échappant à certaines règles de droit relevant traditionnellement de la compétence souveraine des États comme la prescription et l'amnistie⁹². En ce sens, le rapport de Louis Joinet, emblématique du mouvement de lutte contre l'impunité, indique que : « (l)a prescription ne peut être opposée aux crimes graves selon le droit international tels que les crimes contre l'humanité » (§ 31), de même que « l'amnistie ne peut être accordée aux auteurs de violations tant que les victimes n'ont pas obtenu justice par une voie de recours efficace » (§ 32).

En ce qui concerne l'imprescriptibilité d'abord, elle a été introduite par la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité adoptée en 1968⁹³ et est désormais consacrée par l'article 29 du Statut de Rome selon lequel « (l)es crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas »⁹⁴. Le rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour pénale internationale indique clairement que la question de l'imprescriptibilité n'a soulevé de problèmes, en matière de crimes supranationaux, qu'à l'égard des crimes de guerre⁹⁵. Il semble ainsi que l'imprescriptibilité, que nul ne conteste plus en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, dont le génocide, la disparition forcée⁹⁶ et la torture systématique⁹⁷, tend progressivement, au nom de la lutte contre l'impunité, à

⁹² *L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus, Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, Rapport final établi par M. L. JOINET, en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission, E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 juin 1997, p. 8 : « 30. Des mesures restrictives peuvent être apportées à certaines règles de droit afin d'améliorer la lutte contre l'impunité. Le but est d'éviter que ces règles ne soient utilisées de telle manière qu'elles ne deviennent une prime à l'impunité, entravant ainsi le cours de la justice ».

⁹³ Cette convention est généralement présentée comme un échec en raison du faible nombre de ratifications auquel elle a donné lieu, ceci pour deux raisons essentielles : son caractère rétroactif (art. 1^{er} : « Les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis (...) ») et une définition large des crimes contre l'humanité (incluant notamment l'*apartheid*). Adoptée le 26 novembre 1968, entrée en vigueur le 11 novembre 1970. En date du 10 juin 2013, elle ne comptait que 54 États parties et 9 États signataires. ;

⁹⁴ Cf. C. VAN DEN WYNGAERT et J. DUGARD, « Non-Applicability of Limitations », in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, A. Cassese, P. Gaeta et P. Jones (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 874.

⁹⁵ *Rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour pénale internationale*, A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998.

⁹⁶ Cour IDH, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, arrêt sur le fond, 26 septembre 2006, Série C n°154, § 152. Sur cette affaire, Cf. K. MARTIN-CHENUT, « Amnistie, prescription, grâce : la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité », *Chronique, R.S.C.*, 2007, n° 3, p. 635-639. Confirmé ensuite dans l'affaire *La Cantuta c. Pérou*, arrêt sur le fond, 29 novembre 2006, série C, n° 162, § 225.

⁹⁷ TPIY, Jugement *Furundzija*, *op. cit.* note 62, § 157.

s'imposer en ce qui concerne l'ensemble des crimes supranationaux, à l'exception des crimes de guerre pour lesquels les États sont beaucoup plus réticents du fait du caractère potentiellement isolé des crimes de guerre. En témoigne la législation pénale française qui distingue entre les crimes et les délits de guerre, pour lesquels elle retient des délais de prescription allongés de 20 à 30 et non l'imprescriptibilité, même pour les crimes de guerre les plus graves⁹⁸.

En ce qui concerne l'amnistie des crimes supranationaux, la question est bien plus délicate. L'amnistie se présente comme une institution protéiforme, inscrite au cœur de la souveraineté, dont l'objectif premier est de privilégier la paix sociale sur la sanction pénale, mais qui peut être détournée pour assurer l'impunité des plus hauts responsables étatiques. Le droit international n'offre dès lors pas de réponse claire et tranchée à la question de l'admissibilité des lois d'amnistie en droit international⁹⁹. Il semble en effet que le droit international n'interdise pas les amnisties per se, voire même encourage l'« amnistie accordée par un gouvernement avec le consentement démocratiquement exprimé par une communauté nationale dans l'intérêt du rétablissement définitif de la paix intérieure »¹⁰⁰. En revanche, les développements récents en matière de lutte contre l'impunité indiquent que le droit international apporte progressivement des limitations *ratione materiae* au champ des lois d'amnistie¹⁰¹. En effet, qu'il s'agisse notamment de l'Assemblée générale¹⁰², du Comité des droits de l'homme¹⁰³, du Comité contre la torture¹⁰⁴, de la Cour européenne des droits de

⁹⁸ Cf. art. 461-1 à 462-11 du Code pénal.

⁹⁹ G. DELLA MORTE, « Les amnisties en droit international », in *La clémence saisie par le droit. Amnistie, Prescription et grâce en droit international*, H. Ruiz Fabri, G. Della Morte, Lambert-Abdelgawad, K. Martin-Chenut (dir.), Paris, SLC, UMR de droit comparé de Paris, 2007, vol. 14, p. 51.

¹⁰⁰ A.C.D.I., 1994, vol. II (2), p. 85, § 149.

¹⁰¹ Voy. F. LESSA et L.A. PAYNE, *Amnesty in the Age of Human Rights, Comparative and International Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 423 p.

¹⁰² *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992 (A/RES/47/133), art. 18.

¹⁰³ *Observation générale n° 20: Remplacement de l'observation générale 7 du PIDCP concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (art. 7)*, 10 mars 1992, § 15.

¹⁰⁴ Le Comité contre la torture a recommandé « afin de garantir que les auteurs d'actes de torture ne jouissent pas de l'impunité, de veiller à ce que les personnes accusées d'avoir commis le crime de torture fassent l'objet d'une enquête – et, le cas échéant, de poursuites – et de veiller à ce que la torture soit exclue du champ d'application des lois d'amnistie », Cf. A/55/44, Azerbaïdjan, § 69. Les amnisties ne doivent pas non plus s'appliquer aux crimes qui, en raison de leur large définition, peuvent également inclure la torture, Cf. par exemple, A/51/44, Croatie, § 66 ; CAT/C/CR/32/5, Chili, § 6 (b).

l'homme¹⁰⁵ ou encore, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁰⁶, tous s'accordent sur le fait que les lois d'amnistie portant sur les crimes internationaux les plus graves sont dépourvus de tout effet juridique car contraires au droit international. Le Statut de Rome n'apporte néanmoins pas de réponse claire à cette question. Ainsi, à défaut de pouvoir conclure à la limitation expresse du pouvoir souverain des États en matière d'amnistie par le droit international, même pour les crimes internationaux les plus graves, les évolutions récentes du droit international pénal semblent démontrer, en revanche, une limitation des effets des lois nationales d'amnistie à l'égard des juridictions pénales étrangères et internationales lorsqu'elles concernent des crimes ouvrant une compétence universelle à l'égard de tous les États.

Il s'agit là d'une autre conséquence spéciale attachée aux crimes supranationaux : la faculté pour tous les États, en vertu du droit international coutumier – donc indépendamment de toute disposition conventionnelle en ce sens – d'établir et d'exercer une compétence universelle pour juger l'auteur présumé d'un crime supranational présent sur son territoire¹⁰⁷. La résolution de l'Institut de droit international sur la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre¹⁰⁸ reflète assez fidèlement le régime actuel de la compétence universelle. Elle la définit en effet comme « un moyen additionnel effectif », destiné à pallier les carences des États les plus directement concernés par le crime supranational et dont elle rappelle la responsabilité première et prioritaire. L'autre avantage de cette résolution est d'inscrire l'exercice d'une compétence universelle par les juridictions nationales dans un cadre d'ensemble, prenant en compte, non seulement les autres juridictions nationales dont les compétences territoriales et personnelles sont privilégiées, mais également l'existence ou non de

¹⁰⁵ CEDH, *Abdülşamet Yaman c. Turquie*, req. n° 32446/96, 2 novembre 2004, § 55, et CEDH, *Ould Dah c. France*, 5^e sect., décision sur la recevabilité, 17 mars 2009, req. n° 13113/03.

¹⁰⁶ Cour IDH, *Barrios Altos c. Pérou*, arrêt sur le fond, 14 mars 2001, Série C n°75, § 41. Sur cette affaire, Cf. MARTIN-CHENUT, « Amnistie, prescription, grâce : la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité », *op. cit.* note 89, p. 631-633.

¹⁰⁷ C'est sur cette base que certains auteurs ont interprété le droit coutumier comme ayant ajouté aux dispositions de la Convention *Génocide*, muette sur la question, un titre de compétence universelle facultatif pour tous les États. Voy. K. RANDALL, « Universal Jurisdiction Under International Law », *Texas Law Review*, 1988, vol. 66, n°4, p. 837; et B. STERN, in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague/London/Boston, Kluwer International Law, 1999, p. 744-745.

¹⁰⁸ Résolution de l'Institut de droit international, *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, Session de Cracovie – 2005, Rapporteur : M. Christian Tomuschat, adoptée le 26 août 2005.

juridictions internationales compétentes. Par ailleurs, elle reprend les critères du mécanisme de subsidiarité défini par le Statut de Rome selon lequel la compétence revient en premier lieu aux juridictions les plus concernées, auxquelles elle n'échappe que si celles-ci témoignent de l'incapacité ou du manque de volonté de le juger. La compétence universelle constitue donc un titre dérogatoire aux titres de compétence pénale traditionnels, fondé sur la gravité des crimes supranationaux, mais elle demeure et doit demeurer exceptionnelle.

3.3. Un exemple d'instrumentalisation potentielle du flou juridique entourant les crimes internationaux

Les attentats du 11 septembre 2001 illustrent les lacunes du droit international en matière de détermination de la qualification applicable à un crime international et, par conséquent, du régime juridique auquel il donne lieu. En effet, ces attentats auraient pu être qualifiés de « capture illicite d'aéronef » au sens de l'article premier de la Convention de La Haye¹⁰⁹, ou encore, entrer dans les prévisions l'article 2 de la Convention Attentats terroristes à l'explosif¹¹⁰ et correspondre au régime des crimes transnationaux. D'autres, parmi lesquels K. Annan, alors Secrétaire général des Nations Unies et M. Robinson, Haut Commissaire des Nations Unies pour les droits de l'homme¹¹¹, soutenus par certains membres de la doctrine¹¹², ont avancé l'idée selon laquelle les attentats du 11 septembre

¹⁰⁹ Selon lequel : « Commet une infraction pénale (...) toute personne qui, à bord d'un aéronef en vol, (a) illicitement et par violence ou menace de violence s'empare de cet aéronef ou en exerce le contrôle ou tente de commettre l'un de ces actes, ou (b) est le complice d'une personne qui commet ou tente de commettre l'un de ces actes ». Même si les conditions requises par l'article 3§3 n'étaient pas remplies, en vertu de l'article 3§5 les complices des auteurs directs, arrêtés à l'étranger, auraient pu bénéficier des droits prévus par l'article 6 de la Convention.

¹¹⁰ « 1. Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui illicitement et intentionnellement livre, pose, ou *fait exploser ou détonner un engin explosif ou autre engin meurtrier dans ou contre un lieu public*, une installation gouvernementale ou une autre installation publique, un système de transport public ou une infrastructure (...) ». En outre, son article 3 prévoit un champ d'application très large dans la mesure où il suffit que l'un des auteurs ou l'une des victimes seulement ne soit pas de la nationalité de l'Etat territorial pour que la Convention s'applique.

¹¹¹ Cf. le bulletin de presse du 18 octobre 2001, sur le site des Nations Unies <http://www.un.org>.

¹¹² Cf. notamment A. CASSESE, « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law », *E.J.I.L.*, 2001, vol. 12, n°5, p. 994-995 ; M. DELMAS-MARTY, « Global Crimes calls for Global Justice », *Eur. J. of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, *op. cit.* ; M. A. DRUMBL, « Judging the 11 September Terrorist Attack », *Human Rights Quarterly*, 2002, vol. 24, n° 2, p. 323-360 ; N. SCHRIJVER, « Responding to International Terrorism: Moving the Frontiers of International Law for 'Enduring Freedom' », *Netherlands International Law Review*, vol. XLVIII, 2001, p. 287-289.

constituaient un crime contre l'humanité¹¹³. La qualification de crime contre l'humanité aurait emporté certaines conséquences spécifiques, propres au régime des crimes supranationaux : les complices et auteurs des attentats du 11 septembre 2001, bien qu'ayant eu lieu aux États-Unis, auraient pu être arrêtés et jugés par tout État, sur le fondement d'une compétence universelle facultative ; ceci, sans que puisse intervenir de prescription ou que s'impose d'amnistie ou de grâce promulguée unilatéralement ; sur la base du droit international pénal qui prévoit un certain nombre de garanties procédurales et substantielles aux auteurs présumés. Les États-Unis n'ont officiellement retenu aucune de ces qualifications. Plus exactement ils n'ont retenu aucune qualification explicite conservant un flou entre terrorisme international, agression, conflit armé¹¹⁴. La conséquence en a été d'écarter les dispositions du droit commun pénal américain et de prévoir unilatéralement la compétence exclusive des juridictions militaires américaines, sur le jugement d'actes pourtant parallèlement invoqués comme intéressant la communauté internationale tout entière¹¹⁵.

Si l'influence du politique sur la formation et l'application du droit international est inévitable, elle doit, dans un domaine tel que le droit international pénal, qui influe sur la situation juridique des individus, être au maximum limitée et encadrée pour en préserver la précision et la prévisibilité, principes inhérents au droit pénal. Si, de mêmes actes peuvent donner lieu à des qualifications différentes selon les diverses incriminations internationales, comment garantir un degré suffisant de sécurité juridique aux individus ? Qui et selon quels critères décidera de la qualification à donner aux actes « litigieux » ? En l'absence d'une juridiction internationale pénale compétente, seront-ce les seuls tribunaux nationaux ou les gouvernements des États compétents ? Conformément aux textes internationaux ou selon les textes nationaux de transposition ? Et, dans ce dernier cas, qui contrôlera la conformité des textes de transposition avec les dispositions internationales ? Aucun mécanisme de contrôle de ce type n'a été pour l'heure mis en place et il faut admettre qu'il est sans doute encore loin de voir le jour. En attendant, les États sont seuls décideurs des

¹¹³ Conformément aux termes de l'article 7 du Statut de Rome, les attentats pouvaient en effet être définis comme « meurtre » ou « autres actes inhumains », ils présentaient cette caractéristique que de viser la « population civile », dans le cadre d'une « attaque systématique ou généralisée », le tout « en connaissance de cette attaque ».

¹¹⁴ *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, Military Order of November 13, 2001, Federal Register: November 16, 2001 (Volume 66, Number 222), Presidential Documents, p. 57831-57836.

¹¹⁵ *Ibidem*, Sec. 7. *Relationship to Other Law and Forums*.

comportements qui doivent être reconnus crimes internationaux et seuls juges de leur qualification juridique.

Conclusion

Les interactions entre le droit international et le droit pénal ont pendant longtemps été empêchées, puis réfrénées du fait de la crainte des États de voir remise en cause leur souveraineté, tant au niveau interne qu'international. Près d'un siècle après les premières esquisses d'une internationalisation des droits pénaux et soixante-dix ans après le début d'un processus de pénalisation du droit international, la question se pose de savoir si ces dynamiques normatives, loin de faire reculer la souveraineté des États, ne renforcent pas finalement le pouvoir pénal des seuls États qui ont les moyens d'exercer (juridiquement, matériellement et politiquement) des compétences pénales extraterritoriales. En ce sens, ces processus pourraient traduire un renforcement des rapports de puissance sur la scène internationale. En l'absence de législateur international centralisé, les États sont les auteurs principaux du droit international et des droits pénaux étatiques. Ils sont également les seuls maîtres de la qualification juridique des crimes internationaux, déterminante dans le régime répressif applicable, notamment sous l'angle du respect des droits des auteurs présumés de tels crimes. Il est, dès lors, capital d'ériger des garde-fous contre les risques d'instrumentalisation qu'emportent les interactions entre droit international et droits pénaux. La clarification des différents types de crimes internationaux et des régimes qui leurs sont associés constitue un premier pas en ce sens.