

Website: <http://www.coe.int/tcj/>



COUNCIL OF EUROPE    CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, 7 septembre 2004  
[PC-TJ/Docs 2004 / PC-TJ (2004) 02 F  
Rapport LAGODNY D 9 09 04]

**PC-TJ (2004) 02**

**COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS**  
**(CDPC)**

**Comité d'experts**  
**sur la justice pénale transnationale**  
**(PC-TJ)**

**1ère réunion**  
**Strasbourg, 20 - 22 septembre 2004**

**RAPPORT**  
**“Programme NOUVEAU DEPART”**

**par**

**Professeur Dr. Otto LAGODNY, Fribourg (Allemagne),**  
**Expert scientifique**

## **Programme NOUVEAU DEPART**

La plupart des réflexions et des idées dont je souhaiterais que le Programme NOUVEAU DEPART puisse bénéficier ont déjà été citées sous le chapitre « Rénovation » du rapport PROGRAMME NOUVEAU DEPART en date du 18 septembre 2002 (PC-S-NS (2002) 7), pp. 13-22. J'évoquerai ci-après ce document sous le titre « Rapport 2002 ».

J'aimerais insister sur trois points qui, selon moi, constituent des éléments potentiellement décisifs pour un nouveau départ. Tout d'abord, il nous faut reconsidérer le concept et l'incidence de la notion de souveraineté dans ses rapports avec les droits de l'homme (voir A ci-dessous). Cette approche sera doublement illustrée par : une comparaison de l'état actuel de la coopération internationale à propos du régime créé par la Convention sur le statut des forces de l'OTAN (voir B ci-dessous) et une proposition de formalisation des idées contenues dans le Rapport 2002 et regroupées dans un Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH) qui traiterait des problèmes généraux soulevés par la coopération transnationale dans le domaine pénal (voir B ci-dessous).

### **A Nouveau point de départ : le justiciable et non la souveraineté**

#### **Généralités**

Comme l'indiquait déjà le Rapport 2002 (pp. 14 et sv.), le problème d'un véritable « nouveau départ » tient à la redéfinition de la souveraineté des Etats. Selon la formule consignée dans le Rapport 2002 (pp. 20 et sv.), le partage des intérêts associé au partage des responsabilités entraîne un partage de l'exercice de la souveraineté. Dans ce contexte, le Rapport 2002 comporte un ensemble d'idées et de réflexions importantes. Dans le présent document, je vais essayer de les reformuler dans un nouveau contexte : jusqu'à présent, l'idée des droits fondamentaux du défendeur ou de la victime est considérée comme un obstacle à l'intervention de l'Etat, c'est à dire à l'engagement de poursuites transnationales. Autrement dit : l'Etat et ses intérêts passent avant les droits de l'homme auxquels il s'oppose. La philosophie qui sous-tend cet ordre traditionnel présuppose que le droit n'est pas élaboré dans l'intérêt du justiciable – qu'il soit le délinquant ou la victime – mais dans celui de l'Etat en tant qu'institution qui représente « davantage » ou « autre chose » que le simple particulier et ses intérêts.

Or, la loi est conçue au bénéfice des êtres humains et non d'un Etat abstrait. La bonne manière d'argumenter consiste donc à partir de l'individu – qu'il soit le délinquant ou la victime – et à s'interroger sur les motifs qui pourraient justifier une intervention de l'Etat lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts des particuliers.

Cette argumentation nous amène à réfléchir à la question des droits fondamentaux ; tout le monde s'accorde à reconnaître que si nous voulons justifier une intervention de l'Etat, il faut nous demander si elle ne nuit pas à certains droits fondamentaux et, dans l'affirmative, auxquels. Si tel est le cas, nous devons demander des justifications à cette intervention en fonction du principe de proportionnalité qui implique :

- d'identifier un objectif potentiel ;
- de s'interroger sur l'efficacité de l'intervention de l'Etat au regard de cet objectif ;
- de poser la question de la nécessité (ainsi, n'y aurait-il pas un moyen plus « doux » qui aurait la même efficacité que l'intervention projetée de l'Etat ?) ; et, finalement,
- de veiller à ce que l'intervention de l'Etat soit proportionnée à l'objectif recherché.

Sans entrer dans les détails de ce modèle, nous pouvons conclure que chaque intervention de l'Etat doit toujours faire l'objet d'un contrôle en constitutionnalité pour garantir le respect des droits fondamentaux. En d'autres termes : les droits fondamentaux ne font pas obstacle à l'intervention de l'Etat ; en revanche, l'Etat n'intervient légitimement que si les mesures qu'il prend respectent les droits fondamentaux. La légitimité passe par le respect des droits fondamentaux. Et si d'autres considérations liées à la souveraineté doivent être prises en compte, cela ne peut se faire au détriment des droits fondamentaux ; cela étant, la prise en compte ou non de ces considérations est une simple affaire de souveraineté. Dès lors, il n'est pas inutile de faire valoir des motifs spécifiques pour l'exercice de cette souveraineté.

### **Relation triangulaire : Etat A – Etat B – justiciable**

Il nous faut maintenant appliquer cette idée à la coopération pénale transnationale. La situation de départ met en jeu deux Etats : l'Etat requérant et l'Etat requis. Plus, le justiciable. Pour que les intérêts de ce dernier soient préservés de la façon décrite plus haut, il faut que le justiciable puisse jouer un rôle dans les questions de légitimité et de justification juridique. En conséquence, nous pouvons dire que, dans la configuration de base, il y a bien trois parties impliquées et non pas deux.

Dans le modèle classique, deux parties seulement sont prises en compte : l'Etat requérant et l'Etat requis. Ce n'est que par hasard – et encore – que le justiciable peut tirer avantage d'un certain équilibre entre les intérêts des deux Etats. Le nouveau modèle – dont le Rapport 2002 donnait déjà les grandes lignes – est un modèle à trois parties.

**Etat requérant**

**Etat requis**

**Justiciable**

C'est surtout la relation entre l'Etat requis et le justiciable qui est régie par le modèle de justification dont nous avons parlé plus haut. Mais la relation entre l'Etat requérant et le justiciable l'est aussi.

Les considérations qui suivent vont nous permettre de mettre en évidence des implications concrètes. Prenons un premier exemple : l'extradition d'une personne sans l'exigence de la double incrimination est justifiée en vertu de ce système, comme je l'ai déjà montré dans un précédent article publié en février dernier ; nous devons nous interroger sur les droits fondamentaux qui pourraient être mis en cause par l'extradition *en dehors de* l'exigence de la double incrimination (ce qui fait référence à l'intervention de l'Etat mentionnée plus haut et non à l'extradition proprement dite). Nous ne trouvons pas trace d'un droit fondamental qui compromette cette mesure. S'il y en avait un, l'extradition pourrait être justifiée par les intérêts juridiques de l'Etat requérant, à moins qu'il n'y ait des circonstances exceptionnelles comme je l'ai montré plus en détail dans mon article.

Tout comme la question de la double incrimination, il faut prendre en compte toutes les conditions traditionnelles qui justifient l'extradition et la coopération en général ou y font

obstacle, comme la spécialité (Rapport 2002, p. 19) ou les exceptions en cas d'infraction de nature politique, militaire ou fiscale.

## **B Convention applicable aux forces de l'OTAN**

A titre de premier exemple, j'aimerais insister sur la Convention applicable aux forces de l'OTAN et, notamment, sur le texte de son article VII. Cette convention a été élaborée en 1951. Elle avait pour objectif de résoudre les problèmes soulevés par des nécessités d'ordre militaire : les troupes de l'Etat d'origine sont stationnées et vivent sur le territoire de l'Etat d'accueil. Il en résulte toute une série de difficultés en cas de poursuites pénales. Ainsi : Quel est l'Etat investi du pouvoir de sanction ? Quelle est la procédure applicables aux poursuites ? Dans quelle mesure l'autre Etat doit-il apporter son concours ?

Ces divers problèmes ont été réglés dans le texte de la Convention d'une façon peu nuancée. Et c'est particulièrement évident à la lecture des dispositions de l'article VII :

*« Sous réserve des dispositions du présent article :*

*1. a) Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer sur le territoire de l'Etat de séjour les pouvoirs de juridiction pénale et disciplinaire que leur confère la législation de l'Etat d'origine sur toutes personnes sujettes à la loi militaire de cet Etat;»*

En d'autres termes, les autorités américaines peuvent non seulement engager des poursuites sur place dans un pays étranger, l'Etat d'accueil : Allemagne ou Italie, par exemple, mais une cour martiale américaine peut aussi juger un accusé sur le territoire allemand ou italien en appliquant le code de justice militaire américain, sans jamais que les autorités allemandes ou italiennes soient impliquées.

Dans le cadre habituel de la coopération internationale, ce système paraît inapplicable.

Les **paragraphes 2 et 3** proposent une solution équilibrée pour résoudre les conflits de compétence positifs. Dans chaque cas d'espèce, ce n'est pas le pouvoir de sanction en soi qui fait problème ; la question consiste à savoir quel Etat pourra exercer ce pouvoir. Cela dit, il y a un certain nombre de règles relatives à la solution générale (« droit primaire à la compétence juridictionnelle », cf. sous-alinéa 3) dont il est possible de s'écarter dans un cas d'espèce précis :

*« 2. a. Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer une juridiction exclusive sur les personnes soumises aux lois militaires de cet Etat, en ce qui concerne les infractions punies par la législation de l'Etat d'origine, notamment les infractions portant atteinte à la sûreté de cet Etat mais ne tombant pas sous le coup de la législation de l'Etat de séjour;*

*b. Les autorités de l'Etat de séjour ont le droit d'exercer une juridiction exclusive sur les membres d'une force ou d'un élément civil et sur les personnes à charge en ce qui concerne les infractions punies par les lois de l'Etat de séjour, notamment les infractions portant atteinte à la sûreté de cet Etat mais ne tombant pas sous le coup de la législation de l'Etat d'origine;*

c. *Au sens du présent paragraphe et du paragraphe 3 du présent article, sont considérées comme infractions portant atteinte à la sûreté d'un Etat:*

- i. *la trahison,*
- ii. *le sabotage, l'espionnage ou la violation de la législation relative aux secrets d'Etat ou de défense nationale.*

3. *Dans le cas de juridiction concurrente, les règles suivantes sont applicables:*

- a. *Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer par priorité leur juridiction sur le membre d'une force ou d'un élément civil en ce qui concerne:*
  - i. *les infractions portant atteinte uniquement à la sûreté ou à la propriété de cet Etat ou les infractions portant atteinte uniquement à la personne ou à la propriété d'un membre de la force, ou d'un élément civil de cet Etat ainsi que d'une personne à charge;*
  - ii. *les infractions résultant de tout acte ou négligence accomplis dans l'exécution du service.*
- b. *Dans le cas de toute autre infraction, les autorités de l'Etat de séjour exercent par priorité leur juridiction.*
- c. *Si l'Etat qui a le droit d'exercer par priorité sa juridiction décide d'y renoncer, il le notifiera aussitôt que possible aux autorités de l'autre Etat. Les autorités de l'Etat qui a le droit d'exercer par priorité sa juridiction examinent avec bienveillance les demandes de renonciation à ce droit, présentées par les autorités de l'autre Etat, lorsque celles-ci estiment que des considérations particulièrement importantes le justifient.*

Le **paragraphe 4** prévoit également, en substance, l'abolition du refus d'extrader les nationaux :

- 4. *Les disposition du présent article ne comportent pour les autorités militaires de l'Etat d'origine aucun droit d'exercer une juridiction sur les nationaux de l'Etat de séjour ou sur les personnes qui y ont leur résidence habituelle, à moins que ceux-ci soient membres des forces armées de l'Etat d'origine.*

Le **paragraphe 5** comporte des dispositions pour une coopération étendue et prévoit une « remise » qui n'est rien d'autre qu'une « extradition ». Cette coopération est très rapide, comme le montre la pratique. Avant tout : elle opère pratiquement sans aucune des conditions conventionnelles, telles que la double incrimination ou l'exception en cas d'infraction à caractère politique ou militaire :

- « 5. a. *Les autorités des Etats de séjour et d'origine se prêtent mutuellement assistance pour l'arrestation des membres d'une force de l'Etat d'origine ou d'un élément civil ou des personnes à charge sur le territoire de l'Etat de séjour et pour leur remise à l'autorité qui a à exercer sa juridiction conformément aux dispositions ci-dessus.*
- b. *Les autorités de l'Etat de séjour notifient dans les délais les plus brefs aux autorités militaires de l'Etat d'origine l'arrestation de tout membre d'une force ou d'un élément civil ou d'une personne à charge.*

*c. La garde d'un membre d'une force ou d'un élément civil sur lequel l'Etat de séjour a à exercer son droit de juridiction et qui est entre les mains des autorités de l'Etat d'origine demeurera assurée par celles-ci jusqu'à ce que des poursuites aient été engagées contre lui par l'Etat de séjour.*

Le **paragraphe 6** applique les dispositions du paragraphe 5 à la coopération mutuelle traditionnelle (commissions rogatoires). Dans ce domaine également, la coopération fonctionne pratiquement sans conditions ni exigences particulières (sauf sur un point mineur sur la remise d'objets) :

« 6. *a. Les autorités des Etats de séjour et d'origine se prêtent mutuellement assistance pour la conduite des enquêtes, pour la recherche de preuves, y compris la saisie, et s'il y a lieu, la remise des pièces à conviction et des objets de l'infraction. La remise des pièces et objets saisis peut toutefois être subordonnée à leur restitution dans un délai déterminé par l'autorité qui procède à cette remise.*

*b. Les autorités des parties contractantes, dans le cas où il y a juridiction concurrente, s'informent réciproquement de la suite donnée aux affaires.*

Le **paragraphe 7** concerne la peine de mort et le transfèrement des personnes condamnées :

« 7. *a. Il ne peut être procédé par les autorités de l'Etat d'origine à l'exécution d'une condamnation capitale sur le territoire de l'Etat de séjour si la législation de ce dernier ne prévoit pas la peine de mort dans un cas analogue.*

*b. Les autorités de l'Etat de séjour examinent avec bienveillance les demandes des autorités de l'Etat d'origine en vue de prêter assistance à celles-ci pour l'exécution des peines d'emprisonnement prononcées sur le territoire de l'Etat de séjour par lesdites autorités conformément aux dispositions du présent article.*

Le **paragraphe 8** régleme à l'échelon transnational l'application du principe *ne bis in idem*. Ce paragraphe doit être lu conjointement avec les paragraphes 2 et 3 dont les dispositions évitent, dès le départ, que n'apparaisse une situation du type *ne bis in idem* et recadrent la pertinence du paragraphe 8 :

8. *Lorsqu'un inculpé a été jugé conformément aux dispositions de cet article par les autorités d'une partie contractante et a été acquitté ou, en cas de condamnation, s'il subit ou a subi sa peine ou a été gracié, il ne peut plus être jugé de nouveau sur le même territoire, du chef de la même infraction, par les autorités d'une autre partie contractante. Toutefois, ce paragraphe ne s'oppose en rien à ce que les autorités militaires de l'Etat d'origine jugent un membre d'une force pour toute violation des règles de discipline résultant de l'acte ou de l'omission constitutive de l'infraction pour laquelle il a été jugé.*

Le **paragraphe 9** comporte des dispositions applicables aux normes de procédure transnationales (cf. CEDH, article 6) :

« 9. *Quand un membre d'une force ou d'un élément civil ou une personne à charge est poursuivi devant les juridictions de l'Etat de séjour, il a droit:*

- a. à être jugé rapidement;*
- b. à être tenu informé, avant les débats, de l'accusation ou des accusations portées contre lui;*
- c. à être confronté avec les témoins à charge;*
- d. à ce que les témoins à décharge soient contraints de se présenter si la juridiction de l'Etat de séjour a le pouvoir de les y obliger;*
- e. à être représenté selon son choix ou à être assisté dans les conditions légales en vigueur à l'époque dans l'Etat de séjour;*
- f. s'il l'estime nécessaire, au service d'un interprète compétent;*
- g. à communiquer avec un représentant du gouvernement de l'Etat d'origine, et lorsque les règles de procédure le permettent, à la présence de ce représentant aux débats.*

Le **paragraphe 10** régit les pouvoirs de police des unités militaires :

- a. Les unités ou formations militaires régulièrement constituées d'une force ont le droit de police sur tous les camps, établissements ou autres installations occupés par elle en vertu d'un accord avec l'Etat de séjour. La police militaire des unités ou formations peut prendre toutes les mesures utiles pour assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité dans ces installations.*
- b. L'emploi de ladite police militaire hors de ces installations est subordonné à un accord avec les autorités de l'Etat de séjour, se fait en liaison avec celles-ci et n'intervient que pour autant que cela est nécessaire pour maintenir l'ordre et la discipline parmi les membres de ces unités ou formations*

Le **paragraphe 11** fait obligation aux Etats membres d'élaborer certaines dispositions législatives :

- 11. Chacune des parties contractantes soumettra au pouvoir législatif les projets qu'elle estime nécessaires pour permettre d'assurer sur son territoire la sécurité et la protection des installations, du matériel, des propriétés, des archives et des documents officiels des autres parties contractantes ainsi que la répression des infractions à cette législation.*

En bref, on peut dire :

- que la Convention prévoit un mécanisme souple pour résoudre les conflits de compétence ;
- qu'elle établit une coopération accélérée entre les Etats, qui est rarement assortie de conditions ;
- qu'elle permet même le déroulement d'un procès sur un sol étranger conformément au droit de cet Etat étranger.

Si nous appliquons ici le critère des droits fondamentaux décrit plus haut, il apparaît que les résultats ne mettent pas de conflit en évidence sauf dans des circonstances particulières, comme c'est le cas pour la peine de mort (voir paragraphe 7). La Convention applicable aux forces de l'OTAN et son article VII montrent ce qu'il est possible de faire en matière de droit si l'on accepte de limiter le plus possible l'importance de la question de la souveraineté. Dans le cas de la Convention applicable aux forces de l'OTAN, les aspects traditionnels du concept de souveraineté jouent un rôle mineur parce qu'il existe ici un autre intérêt national – la défense militaire – qui, en matière de coopération transnationale dans le domaine pénal, exige des dispositions qui vont bien au-delà des notions traditionnelles de souveraineté.

Naturellement, il est possible de prétendre que ces solutions ne sont dues qu'au caractère particulier de la situation militaire et au fait qu'il s'agit du stationnement de troupes à l'étranger. Mais cet argument n'épuise pas le sujet : un exemple suffira pour montrer, d'une part, ce qui reste légalement possible même en respectant l'exigence des droits fondamentaux et, d'autre part, dans quelle mesure les exigences traditionnelles induites par la notion de souveraineté peuvent être laissées de côté si ce même concept de souveraineté, envisagé sous l'angle des intérêts militaires, l'impose. Or, ces intérêts que nous appelons militaires ne sont qu'une matérialisation du concept traditionnel de souveraineté.

Si nous nous écartons d'un tel concept traditionnel pour nous poser plus généralement la question suivante : « Qu'est-il possible d'envisager légalement si l'importance des considérations sur la souveraineté est réduite au minimum ? », il nous apparaît que cette Convention est un exemple frappant.

La conséquence de tout ce qui précède serait la suivante : Pourquoi les Etats n'appliqueraient-ils pas à la coopération transnationale en général l'exemple de la Convention applicable aux forces de l'OTAN ? L'exemple lui-même a permis de mettre en évidence l'ampleur des possibilités. Et si nous n'y faisons pas appel, ce n'est pas à cause de problèmes liés aux droits fondamentaux de la personne mais à différentes implications du concept classique de souveraineté.

Le mandat d'arrêt européen est déjà la manifestation d'une tendance dans ce sens : il contraint les Etats de l'Union Européenne à abolir la procédure d'autorisation qui apparaît comme un authentique vestige du concept classique de souveraineté. Cette initiative devrait donc être considérée de façon très générale.

Le fait que le service des documents de procédure et des décisions de justice soit confié aux services postaux – et ne passe plus par les canaux de la coopération judiciaire traditionnelle qui exigeaient des délais considérables (voir Rapport 2002, p. 15) – et le fait que cette évolution soit considérée comme un énorme progrès, montre ce qu'il reste du concept traditionnel de la souveraineté ; une telle survivance n'est plus justifiable que si l'on considère comme une atteinte

à la souveraineté le fait d'utiliser des canaux de communication dont tout un chacun se sert couramment. Derrière ce comportement, il y a cette réalité que les autorités qui délivrent ces documents – le pouvoir exécutif et non le pouvoir judiciaire – veulent exercer un contrôle. Et ces manifestations n'ont absolument rien à voir avec la protection des droits de l'homme.

De la même façon, les moyens modernes de communication doivent être favorisés (voir Rapport 2002, p. 15). Il s'agira, notamment, de l'utilisation transnationale de la messagerie électronique entre autorités judiciaires de différents Etats, sans qu'il soit nécessaire d'avoir obtenu au préalable l'autorisation d'une instance supérieure.

D'une manière générale, la tendance à la « judiciarisation » (Rapport 2002, p. 16) doit être encouragée.

On note aussi une tendance à la constitution d'équipes de coopération transnationale. C'est une bonne solution pour toutes les affaires transnationales. La notion traditionnelle de souveraineté s'oppose à ce genre d'évolution car elle considère que la coopération en matière pénale n'est pas le domaine exclusif des autorités judiciaires, elle concerne aussi l'exécutif et les gouvernements.

Par ailleurs, on surestime certains aspects de la souveraineté dans la lutte contre une certaine criminalité comme le crime organisé ou le trafic de stupéfiants. Les documents pertinents reconnaissent l'existence de pouvoirs nationaux pour punir ou contraindre les Etats membres à le faire dans de nombreuses situations. Il en résulte un conflit de compétences nationales alors même que les instruments juridiques ne proposent aucune solution pour résoudre ces conflits.

L'idée sous-jacente ici consisterait à développer un « réseau » mondial de juridictions nationales de façon à ce qu'aucun suspect ne puisse s'échapper à la justice. Toutefois, dès qu'un suspect est appréhendé, la nécessité de ce réseau disparaît ; le réseau n'est plus « nécessaire » au sens décrit plus haut. Si les Etats maintiennent leur pouvoir de sanction, celui-ci est aussi un vestige de la notion traditionnelle de souveraineté. Nous ne renonçons pas facilement à ce qui nous appartient.

Par ailleurs, un secteur important de la criminalité est traité de très étrange façon si l'on se place du point de vue de l'individu : je pense au trafic d'armes illicite. Du point de vue de l'individu et, plus spécialement, d'une victime potentielle, il serait tout à fait indispensable de contrôler et de sanctionner le trafic d'armes transnational dans des conditions au moins équivalentes à celles qui s'appliquent aujourd'hui au trafic illicite des stupéfiants : s'il est possible (ou présumé possible) de contrôler le trafic des stupéfiants, pourquoi serait-il impossible de déployer les mêmes efforts et les mêmes activités à propos du trafic d'armes illicite ? Si ce dernier était contrôlé avec la même rigueur que le trafic des stupéfiants, un certain nombre d'attaques terroristes pourraient être évitées ou, du moins, pourraient faire ultérieurement l'objet de poursuites.

## **C Protocole additionnel à la CEDH à propos de la coopération transnationale en matière pénale**

### **I. Considérations générales**

Si nous nous demandons pourquoi le système dont nous venons de parler – et qui ménage un certain équilibre entre les intérêts des trois parties (et non plus deux) – n’avait pas encore été considéré comme allant de soi, nous constatons que c’est également à cause du libellé des garanties offertes pour la protection des droits fondamentaux. Elles semblent confinées aux procédures pénales nationales. C’est encore plus évident si l’on se penche sur la pratique induite par les articles 5 et 6 de la CEDH mentionnés dans le Rapport 2002 (pp. 17/18). Cela dit, à la fin des années 1980, l’arrêt *Soering* de la Cour européenne des Droits de l’Homme marque une évolution décisive. Sur le fond, la Cour considère que la protection assurée par la CEDH n’est pas limitée aux conséquences survenues sur le territoire d’un Etat membre, elle produit également ses effets hors du territoire de cet Etat– c’est-à-dire même dans des Etats non-membres. S’agissant du droit écrit, cette considération est déjà bien connue : ainsi, les dispositions du code pénal s’appliquent à des crimes commis à l’étranger et sa portée est donc étendue.

Le problème des conventions applicables aux droits de l’homme tient à ce qu’elles ne comportent pas de dispositions relatives aux problèmes transnationaux. Il serait donc particulièrement utile de leur ajouter de telles dispositions. Comme il s’agit ici pour nous de considérer la Convention européenne des Droits de l’Homme, c’est sur cet instrument juridique que nous allons centrer notre réflexion. En gros, il nous faut nous poser une question : Quelles dispositions additionnelles seraient nécessaires pour couvrir également les problèmes transnationaux posés par les poursuites pénales ?

Naturellement, ces problèmes ne sont pas limités à la procédure pénale. Il y a également des aspects transnationaux dans les procédures civiles et administratives. Mais, au stade où nous en sommes, il n’est pas possible de les traiter tous en même temps. Nous pourrions y consacrer une deuxième phase de notre réflexion.

### **II. Projets d’articles**

#### **Article A – Sauvegarde des droits de l’homme protégés par la Convention en cas de poursuites pénales transnationales**

- (I) *Les actes de la procédure pénale transnationale résultent du partage de la responsabilité et de la souveraineté liées aux droits de l’homme. De ce fait, la responsabilité de la défense de la Convention est également partagée.*
- (II) *Nulle disposition de la Convention ne saurait être interprétée dans le sens d’une limitation ou d’une dérogation à quelque droit de l’homme et liberté fondamentale que ce soit visé par la Convention, lorsqu’il s’agira de prendre des mesures dans le cadre de poursuites pénales transnationales, au seul motif que les autorités d’un autre Etat ont été ou seront impliquées.*

Le **paragraphe 1** présuppose qu'il peut ne pas être décisif que tel acte d'une procédure transnationale soit limité au territoire d'un Etat. Le fondement juridique de cette idée est à rechercher dans l'Arrêt *Soering*. Concrètement : il n'est pas nécessairement important de savoir si un suspect est appréhendé à l'intérieur ou hors du territoire d'un Etat dès lors que l'engagement de poursuites vise à défendre les intérêts de cet Etat.

Comme le souligne le Rapport 2002 (pp. 17 et 19) :

« Du point de vue de l'auteur présumé d'une infraction, il n'y a pas de différence s'il est jugé dans son pays de résidence ou ailleurs. Aucune raison ne justifie qu'une personne ne bénéficie pas dans des procédures transnationales des mêmes droits que ceux qui lui seraient garantis dans des procédures nationales. Par conséquent, si l'on traduit l'article 5, paragraphe 3 dans le contexte de l'extradition, une personne arrêtée en vue d'une extradition doit être traduite rapidement devant un juge compétent pour un examen de tous les obstacles et les conditions préalables à l'extradition le concernant. Elle peut être libérée à condition de présenter des garanties selon lesquelles elle se présentera pour être extradée ou...»

« Dans ce contexte, la protection des personnes concernées signifie, en particulier, que la dimension internationale d'une procédure ne doit avoir pour effet ni de supprimer ni d'ajouter aucun droit concernant la place de ces personnes dans la procédure. Les justiciables ne devraient être ni mieux ni moins bien traités dans le cadre d'une procédure internationale qu'ils ne le sont dans le cadre, par exemple, d'une procédure inter villes. Tous les gens doivent être égaux devant la justice. Il s'ensuit, par exemple, que les justiciables ne devraient pas se voir reconnaître, pour les questions concernant la coopération internationale, des voies de recours dont ils seraient privés dans une procédure nationale. En particulier, on ne peut admettre le droit de contester une même décision à deux reprises, une fois dans l'Etat A et une autre fois dans l'Etat B. »

Le texte du **paragraphe 1** est indispensable pour ne pas écarter de responsabilité, par exemple dans le domaine des dommages-intérêts. Il ne serait pas légitime d'argumenter comme suit : si un suspect a été illégalement appréhendé dans un autre Etat (Etat B) à la demande d'un Etat A, l'arrestation est entièrement imputable à la responsabilité de l'Etat B, même si la demande en ce sens a été fondée sur des présupposés erronés de l'Etat A. Toutefois, de tels arguments ont déjà été avancés dans la pratique nationale. Si l'Etat B a confiance dans la requête que lui transmet l'Etat A, alors l'Etat A est responsable de l'illégalité de l'arrestation. L'Etat A ne peut pas arguer qu'il n'a pas à s'intéresser aux conséquences.

Le **paragraphe 2** a été formulé à la lumière de l'article 34 de la CEDH, et en reprenant les termes, et il a été adapté. Il concerne principalement la portée des garanties. Celles-ci ne peuvent être réduites uniquement parce qu'un élément transnational serait intervenu. C'est ce qui s'est produit en Allemagne à propos de la peine de mort (article 102 de la Constitution) en 1964 ou en ce qui concerne la garantie *ne bis in idem* (article 103 de la Constitution).

Autre exemple : les conditions requises pour le recueil de la preuve (exemple : écoute des téléphones mobiles) pourraient être moins lourdes et induiraient le choix d'un Etat plus

« laxiste » que celui où sont engagées les poursuites. Il y aurait là une manière évidemment illicite de tourner la loi.

#### **Article B – Droit à une voie de recours effective avant l'appel à l'entraide judiciaire**

*Le droit à une voie de recours effective, telle que garantie par l'article 13, inclut l'existence d'une voie de recours avant que les actes des procédures pénales transnationales (extradition, transmission de preuves, etc.) ne soient confiées à la responsabilité d'un autre Etat.*

Dans les affaires transnationales, il est souvent très important que les mesures de coopération soient contrôlées par un juge avant d'être exécutées. L'imminence de l'exécution de la peine de mort, par exemple, est un exemple notoire (voir article 11 de la Convention européenne d'extradition) : les assurances doivent être données et contrôlées *avant* que la personne ne soit extradée.

#### **Article C – Droit à n'être poursuivi que par un seul Etat**

*Si plusieurs Etats ont compétence pour sanctionner un acte, le justiciable en cause a le droit de n'être poursuivi que par un seul Etat.*

Cet article ne vise pas à remplacer des dispositions telles que l'article 54 de l'Accord de Schengen II. Cet article marque un progrès mais qui ne suffit guère à résoudre le problème. L'article C devrait contribuer à réduire les cas de *ne bis in idem* tout comme l'article VII, paragraphes 2 et 3 de la Convention applicable aux forces de l'OTAN parce que la reconnaissance d'un principe transnational *ne bis in idem* conduit à reconnaître le principe « premier arrivé, premier servi » ; le premier Etat suffisamment rapide pour prendre une décision définitive bloque tous les autres Etats. Toutefois, le critère du temps n'est pas approprié pour traiter de questions telles que l'ordre juridique pertinent. Un principe transnational *ne bis in idem* conduit également ou, à tout le moins, peut servir de fondement à un « marchandage judiciaire » transnational, qu'il soit le fait des forces de police (sans contrôle judiciaire) ou du suspect lui-même.

Il faut donc que nous disposions de critères fondamentaux pour répondre à la question suivante : dans une affaire donnée, quel Etat a la « meilleure » compétence ? Ces critères ne concernent pas que les principes qui établissent la compétence juridictionnelle (territorialité ou personnalité, par exemple). Leur application doit être généralisée et, parmi eux, on doit trouver aussi bien des critères axés sur l'Etat (où se situe la preuve la plus concluante, par exemple) que des critères axés sur l'individu (Etat où est domicilié le suspect, par exemple). Nous avons fait figurer en annexe au présent document les directives publiées par Eurojust dans son Rapport annuel 2003. Ces directives développent l'idée de façon plus détaillée et mêlent théorie et pratique (voir *Vander Beken, Tom/Vermeulen, Gert/Lagodny, Otto* : Kriterien für die jeweils « beste » Straf Gewalt in Europa, Zur Lösung von Strafgewaltkonflikten jenseits eines transnationalen Ne-bis-in-idem, NStZ 2002, 624-628 ; dans cet article, nous présentons deux études scientifiques réalisées de façon indépendante en Belgique et en Allemagne et qui aboutissent pratiquement aux mêmes conclusions).

Pour le moment, il n'est pas nécessaire d'introduire une procédure dans un article du Protocole additionnel. Une solution possible serait, à mon avis, de confier à Eurojust le soin de décider de la « meilleure compétence » et de proposer une voie de recours judiciaire à la personne concernée, dans certains cas exceptionnels, c'est à dire lorsque la décision ne repose pas sur les faits et les critères mentionnés.

#### **Article D – Droit à la constitution d'équipes d'avocats originaires des Etats impliqués**

*Dans les affaires visées à l'article A, le justiciable a le droit de bénéficier des conseils d'avocats inscrits au barreau des Etats impliqués, qui, en l'espèce, interviendront collectivement.*

Le droit reconnu à un avocat par les Conventions relatives aux droits de l'homme semble être limité aux avocats d'un seul Etat. Or, dans le cas des procédures pénales transnationales, il est souvent très important de disposer non seulement d'avocats des différents Etats, mais aussi d'avoir la garantie qu'ils pourront intervenir collectivement. Sans cette possibilité, l'information indispensable et l'application de l'ordre juridique de l'autre Etat peuvent s'avérer purement illusoires pour le suspect comme pour la victime.

#### **Conclusion**

Les propositions que j'ai été amené à formuler dans ce document ont un point de départ tout à fait clair : les droits de l'individu – qu'il s'agisse du suspect ou de la victime. A mon avis, c'est une juste évolution des modes de penser et de raisonner. En effet, cette approche permet d'identifier toute une série de domaines où perdure des modes de pensée traditionnels selon lesquels souveraineté des Etats est le point de départ de toute argumentation. Sous l'angle des droits individuels, plusieurs d'entre eux sont devenus superflus. Il faut alors examiner de manière approfondie si un nouveau – ou un ancien – concept de souveraineté exige toujours leur maintien. L'exemple de la Convention applicable aux forces de l'OTAN montre déjà jusqu'où l'on peut aller en s'en tenant à un mode de représentation traditionnel du concept de souveraineté.

La proposition d'un protocole additionnel à la CEDH applicable aux dossiers qui justifient une coopération transnationale illustre la nécessité de développer et d'élargir le fondement des droits de l'homme. Dans le même temps, cette proposition résume les idées et les pensées déjà exprimées sous le chapitre « Rénovation » du Rapport 2002.

**Annexe:**Source :

EUROJUST – Rapport annuel 2003, Annexe

<http://www.eurojust.eu.int>**Directives applicables au choix de la juridiction chargée de poursuivre**

En novembre 2003, Eurojust a organisé un séminaire pour débattre de la question de la juridiction compétente en cas de poursuites transnationales, lorsque la possibilité existe de confier la procédure à deux ou plusieurs juridictions. Ce séminaire avait pour objectif d'élaborer des directives d'ordre général qui puissent aider Eurojust dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont reconnus de demander à un Etat d'interrompre les poursuites au profit d'un autre Etat mieux placé pour ce faire.

Parmi les délégués à ce séminaire figuraient des praticiens de tous les Etats membres de l'Union européenne, de la plupart des pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne ainsi que des représentants de la Commission, du Secrétariat du Conseil, d'Europol et de l'OLAF. Les participants ont entendu une série de présentations et pris part à quatre ateliers consacrés à des études de cas de nature à faciliter la discussion sur des critères potentiels. Le débat a été enrichi par la présence, en tant qu'intervenants et participants aux ateliers, de plusieurs délégués – professeurs d'universités ou autres théoriciens – intéressés par ce domaine du droit. Nous exprimons ici notre reconnaissance à tous les délégués pour leur contribution.

Le Collège Eurojust propose de retenir les grandes orientations suivantes :

**Généralités**

Lorsque, dans le texte de cette norme, il est fait allusion aux « autorités de poursuite », il s'agit de désigner aussi bien les procureurs que les magistrats et toutes autres instances judiciaires compétentes.

Chaque affaire est unique et, en conséquence, toute décision prise à propos de la juridiction la mieux placée pour poursuivre doit reposer sur les faits et arguments de chaque dossier individuel. Tous les facteurs jugés pertinents doivent être pris en considération.

La décision doit toujours être juste, indépendante, objective et il faut qu'elle soit prise en application de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui veille à ce que les droits humains de tout défendeur ou défendeur potentiel soient respectés.

Il faut parvenir à une décision le plus tôt possible pendant les phases d'investigation ou de poursuite et après avoir pleinement consulté toutes les autorités concernées de chaque juridiction. La question complexe du « marchandage judiciaire » que nous pourrions définir comme le choix arbitraire de la juridiction compétente, a des significations différentes dans des systèmes judiciaires distincts et il n'en est pas directement question dans la présente directive. Il est probable que cette question fasse l'objet de débats futurs au sein d'Eurojust à mesure que notre expérience du traitement de ce type d'affaires s'enrichira.

Dans le cadre de leur débat pour résoudre ce type de situation, les autorités de poursuite devraient explorer toutes les possibilités présentées par les conventions et les instruments internationaux actuels dans le but, par exemple, de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction et de centraliser les poursuites au sein d'un même Etat membre. Un certain nombre de conventions et d'autres instruments juridiques qui ont déjà été signés mais n'ont pas encore été ratifiés pourraient, à l'avenir, jouer également un rôle lorsqu'ils seront intégralement appliqués.

### ***Ne bis in idem***

Le droit pénal international et les instances pénales nationales appliquent un principe fondamental selon lequel nul ne peut être poursuivi plus d'une fois pour une même infraction pénale. Cette mesure s'applique même si le défendeur a été relaxé par une instance du chef de cette infraction. La présente norme reconnaît pleinement ce principe auquel elle adhère et dont elle soutient l'application.

### **Considérations initiales**

La première question à poser serait la suivante : « Où des poursuites peuvent-elles être engagées ? » La décision correspondante doit être prise à un stade aussi précoce que possible de la procédure et, en tout état de cause, dès qu'il apparaît que des poursuites peuvent être engagées devant plus d'une seule juridiction.

Les autorités de poursuite doivent identifier chaque juridiction où des poursuites sont non seulement possibles, mais également où il y a de réelles possibilités d'espérer une condamnation. Procéder à cette évaluation exige des compétences et des connaissances qui ne peuvent qu'être le fait de praticiens chevronnés des différentes juridictions concernées.

### **Se rencontrer pour débattre des mesures à prendre**

Si les faits à incriminer se sont produits dans le ressort de plusieurs juridictions dont les autorités compétentes pourraient chacune engager une procédure devant leurs propres instances nationales, il faut qu'une réunion soit convoquée entre des magistrats nommément désignés pour représenter chaque juridiction impliquée et parvenir à un accord sur la juridiction qui sera finalement chargée des poursuites.

Chacun de ces magistrats nommément désigné pour participer à une telle réunion doit être parfaitement en mesure de débattre des questions posées et il doit pouvoir prendre des décisions au nom des autorités de poursuite au sein de la juridiction dont il est le représentant. Ces magistrats pourront s'appuyer sur les critères normatifs suivants pour prendre leurs décisions.

## Référence à Eurojust

Dans toutes les affaires de ce type – et particulièrement lorsque les représentants des différentes juridictions ne peuvent parvenir à un accord sur le lieu où devront être engagées les poursuites – Eurojust est en droit de s’attendre à être consulté pour apporter son concours à la prise de la décision.

Eurojust serait heureux de donner son avis et de faciliter de telles rencontres. Si nécessaire, les membres d’Eurojust qui représentent les Etats concernés seraient ravis de participer débat. Eurojust ne saurait trop encourager activement toutes les autorités compétentes à envisager de l’associer aux débats de ce type.

## Prise de la décision : « Quelle est la juridiction compétente pour engager les poursuites ? »

### *Principe*

Il conviendrait de tenir compte d’un principe selon lequel, dans toute la mesure du possible, les poursuites devraient être engagées devant la juridiction dans le ressort de laquelle se sont produits ou ont été constatés pour l’essentiel, les faits incriminés ou les dommages causés.

Avant de se prononcer, les autorités de poursuite devront peser attentivement et équitablement tous les facteurs, à la fois en faveur et à l’encontre de l’engagement de poursuites devant chacune des juridictions potentiellement pressenties.

Il convient de tenir compte d’un certain nombre de facteurs qui peuvent avoir une incidence sur la décision finale. Tous ces facteurs doivent être évoqués lors de la rencontre entre les magistrats des différents Etats concernés par les faits incriminés. La décision sera fonction des circonstances de chaque espèce et la présente norme ne vise qu’à introduire plus de cohérence dans chaque processus décisionnel.

Voici quelques un de ces facteurs dont il doit être tenu compte :

### *Localisation de l’accusé*

La possibilité d’engager des poursuites dans le ressort de la juridiction concernée et l’éventualité d’une procédure d’extradition ou de renvoi de l’affaire devant une autre juridiction sont autant de facteurs qui doivent être pris en considération.

### *Possibilité d’extrader et de livrer des justiciables*

La capacité des autorités compétentes d’une juridiction donnée à extrader ou à livrer un défendeur justiciable d’une autre juridiction et à le juger sera un facteur à prendre en compte au moment de décider devant quelle juridiction le défendeur en cause sera poursuivi.

### *Division des poursuites en dossiers transmis à deux ou plusieurs juridictions*

Les investigations et les poursuites dans le cas d'affaires complexes de criminalité transnationale conduiront souvent à l'engagement de poursuites devant des juridictions différentes.

lorsque les faits incriminés se sont produits dans le ressort de plusieurs juridictions, les autorités de poursuite devront envisager, si cela est possible, de confier toutes les poursuites à une seule et même juridiction. Dans ce cas, les autorités de poursuite tiendront compte de l'effet que l'engagement de poursuites contre certains défendeurs devant une seule juridiction aura sur d'éventuelles poursuites devant une seconde ou une troisième juridiction. Tout devra être fait pour que l'engagement de poursuites devant une juridiction ne compromette pas d'éventuelles poursuites devant une autre juridiction.

Lorsque plusieurs personnes sont soupçonnés de comportement criminel en association, chaque fois que possible et pour une plus grande efficacité –même si c'est rarement réalisable – les autorités de poursuite devront envisager d'engager des poursuites contre tous les défendeurs concernés devant une seule et même juridiction.

### *Convocation de témoins*

Toutes les autorités de poursuite ont pour priorité de garantir une condamnation juste et équitable. Elles auront donc à apprécier le bon vouloir des témoins appelés à la fois à produire des preuves et, si nécessaire, à se rendre dans une autre juridiction pour y produire ces mêmes preuves. En l'absence de mandat de comparution international, il conviendrait d'envisager la possibilité pour un tribunal de recevoir des preuves par écrit ou par d'autres moyens de communication à distance (téléphone ou vidéoconférence, par exemple). Le fait pour un témoin d'accepter de se rendre dans une autre juridiction pour y témoigner devra être apprécié avec soin dans la mesure où ce type d'attitude est de nature à influencer la décision à prendre quant à la juridiction qui engagera les poursuites.

### *Protection des témoins*

Les autorités de poursuite devront toujours veiller à ce que les témoins ou toutes les personnes qui participent aux poursuites ne soient pas mis en danger. Au moment de prendre une décision quant à la juridiction devant laquelle les poursuites seront engagées, un certain nombre de facteurs devront être pris en compte tel que le fait qu'une juridiction ait élaboré un programme de protection des témoins alors que cette possibilité n'existerait pas dans une autre juridiction.

### *Délai*

Toutes les juridictions connaissent cet axiome selon lequel : « *Lenteur de justice vaut déni de justice* ». Même si le délai ne saurait constituer le facteur primordial pour décider de la juridiction qui engagera les poursuites – alors même que d'autres facteurs doivent être soigneusement appréciés – les autorités de poursuite tiendront tout de même compte du délai ou

de la durée probable de la procédure avant de confier les poursuites à une juridiction ou à une autre. Si plusieurs Etats ont la compétence juridictionnelle pour engager les poursuites, il conviendra de toujours tenir compte du délai prévisible jusqu'à la conclusion des poursuites.

#### *Intérêts des victimes*

Les autorités de poursuite doivent toujours prendre en compte l'intérêt des victimes et veiller à ce qu'elles ne soient pas pénalisées par le fait que les poursuites seront engagées devant une juridiction plutôt que devant une autre. Dans cette appréciation de la situation, il conviendra d'évaluer la possibilité pour les victimes de réclamer des dommages-intérêts.

#### *Force probante*

Les autorités de poursuite ne peuvent engager de poursuites que dans des affaires pour lesquelles elles disposent de preuves fiables, crédibles et recevables. Ces preuves sont recueillies par des moyens différents et souvent sous des formes très diverses selon les juridictions. En matière de recevabilité des preuves, les tribunaux de juridictions différentes n'appliquent pas forcément les mêmes règles. L'existence de preuves produites sous une forme appropriée et leur recevabilité par les tribunaux sont des facteurs à prendre en compte, car ils influenceront sur la décision relative à la juridiction à laquelle seront confiées les poursuites.

#### *Exigences légales*

Les autorités de poursuite ne doivent pas décider de l'engagement des poursuites devant une juridiction plutôt que devant une autre simplement pour éviter d'avoir à satisfaire à des exigences légales qui s'appliqueraient à l'une mais pas à l'autre.

Tous les effets potentiels d'une décision de poursuivre devant une juridiction plutôt que devant une autre et l'issue d'une même affaire dans chaque cas devront être pris en considération. Cela concerne notamment la responsabilité des défendeurs potentiels et l'existence juridique des infractions et des sanctions correspondantes.

#### *Pouvoirs de sanction*

Les pouvoirs de sanction des tribunaux de juridictions différentes pressenties pour engager les poursuites ne doivent pas constituer un facteur essentiel pour décider de la juridiction à laquelle sera confié le soin de poursuivre. Les autorités de poursuite ne devront pas non plus choisir systématiquement la juridiction où les sanctions sont les plus lourdes. Mais elles devront veiller à ce que les sanctions potentielles existantes reflètent la gravité du comportement délictueux qui fait l'objet des poursuites.

#### *Produits du crime*

Les autorités de poursuite ne devront pas non plus opter pour une juridiction plutôt que pour une autre uniquement parce que la confiscation des produits du crime serait plus facile et efficace dans un cas que dans l'autre. Pour autant, les autorités de poursuite devront tenir compte des pouvoirs qui permettent d'entrer en possession des produits du crime, de les saisir et de les

confisquer et de faire le meilleur usage des conventions et accords internationaux de coopération et d'entraide judiciaires.

#### *Ressources et frais de procédure*

Le coût des poursuites à engager dans une affaire ou son incidence sur les ressources d'un parquet ne constituera un facteur décisif dans l'attribution d'un dossier à une juridiction que lorsque tous les autres éléments d'appréciation auront été bien pesés. Les autorités compétentes d'une juridiction ne pourront refuser d'accepter une affaire au seul motif que le dossier en lui-même ne les intéresse pas ou qu'il n'apparaît pas prioritaire aux procureurs généraux ou aux ministères de la Justice.

Lorsqu'une autorité compétente aura fait part de sa réticence à engager des poursuites dans une affaire pour l'une ou l'autre de ces raisons, Eurojust pourra exercer ses pouvoirs pour convaincre l'autorité en question à agir.

#### *Protocole*

Ce protocole expose les divers facteurs dont il convient de tenir compte avant de décider quelle juridiction engagera les poursuites. La priorité et le poids à accorder à chacun de ces facteurs varieront selon le cas. Ce protocole rappelle simplement les grands axes de réflexion et précise les points importants à prendre en considération dans une telle décision.

Pendant le séminaire d'Eurojust sur ce sujet, un certain nombre de délégués ont jugé utile d'appliquer un protocole. Si l'application rigide d'un protocole peut s'avérer contraignante, certains y voient un moyen mieux structuré de résoudre ces conflits de juridiction. En effet, le protocole permet une comparaison directe et la pondération immédiate des facteurs pertinents dont il faudra tenir compte pour faire un choix entre les différentes juridictions.

\* \* \* \*