

Site Web : <http://www.coe.int/tcj/>



Strasbourg, 10 janvier 2005  
[PC-TJ/Docs 2005 / PC-TJ (2005) 02F  
Rapport LAGODNY D 6 09 04]

**PC-TJ (2005) 02**

**COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS**  
**(CDPC)**

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

**2<sup>e</sup> réunion**  
**Strasbourg,**  
**31 janvier – 2 février 2005**

**Rapport**  
**«Analyse comparative de la protection juridique de l'accusé»**

**par**  
**le professeur docteur Otto LAGODNY,**  
**Salzbourg (Allemagne)**  
**Expert scientifique**

<b>A. Remarques préliminaires</b>	3
I. Genèse de la présente étude	3
II. Critères retenus pour structurer le présent aperçu	3
III. Accent sur les procédures nationales	6
<b>B. Tendances générales</b>	6
I. Extradition	7
II. Coopération en matière pénale	29
III. Coopération administrative	41
IV. Choix de l'Etat de for	45
V. Application transfrontière	47
VI. Résultat provisoire : nouvelles questions - quelques réponses	47
<b>C. (In)Compatibilité avec les normes de procédure</b>	48
I. Raisons de l'intervention des tribunaux	48
II. (Non-)Application des normes nationales de procédure pénale	52
III. (Non-)Application des normes nationales de procédure administrative	55
IV. Application ou non-application des normes internationales de procédure	58
<b>D. Étendue de la protection conférée par les droits fondamentaux nationaux</b>	58
I. Extension extraterritoriale ou restriction territoriale ?	58
II. Restrictions procédurales : qualité de la preuve exigée en cas de violation des droits de l'homme	59
III. Contrôle de la constitutionnalité des traités	61
<b>E. Relations entre le législateur, l'exécutif et le judiciaire</b>	61
I. Exigence d'un traité	61
II. Restriction de la portée du contrôle judiciaire	63
III. Logique de la procédure d'autorisation	67
<b>F. Responsabilité initiale et transfert de responsabilité de l'Etat requérant à l'Etat requis et réciproquement</b>	67
<b>G. Conclusions</b>	67
Abréviations	70
Bibliographie	71
Annexe I	74

## A. Remarques préliminaires

### I. Genèse de la présente étude

Le présent ouvrage est une version actualisée et adaptée de l'«Aperçu comparatif» de mon projet, tel qu'il a été publié dans Eser, Albin/Lagodny, Otto/Blakesley, Christopher L. (éd.), «The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters, A Comparative Study», Baden-Baden, 2002. p. 695 et suivantes concernant le statut de l'accusé. Les questions traitées dans le projet NOUVEAU DÉPART sont tellement interdépendantes de celles examinées dans le cadre du présent projet que, de mon point de vue scientifique, la seule manière d'y répondre complètement est de procéder comme suit.

L'accent mis par le projet NOUVEAU DÉPART sur les points de procédure correspond aux résultats du projet : la plupart des carences et lacunes identifiées concernent en effet le droit procédural et non le droit matériel. Ce constat transparaît déjà dans le questionnaire distribué dans le cadre du projet, tel qu'il est reproduit à l'annexe I. Ledit projet, en effet, n'est pas circonscrit à l'extradition ou aux commissions rogatoires. La décision d'inclure la coopération internationale en matière administrative (et plus spécialement fiscale) lui a en effet conféré une dimension nouvelle et supplémentaire.

Les rapports nationaux publiés dans le présent ouvrage constituent ma première et ma principale source d'observations. J'ai aussi mentionné d'autres sources et d'autres pays afin de broser un tableau aussi complet que possible. Cependant, ces sources secondaires visent uniquement à préciser tel ou tel point, dans la mesure où elles ne peuvent évidemment pas être évaluées dans le contexte national.

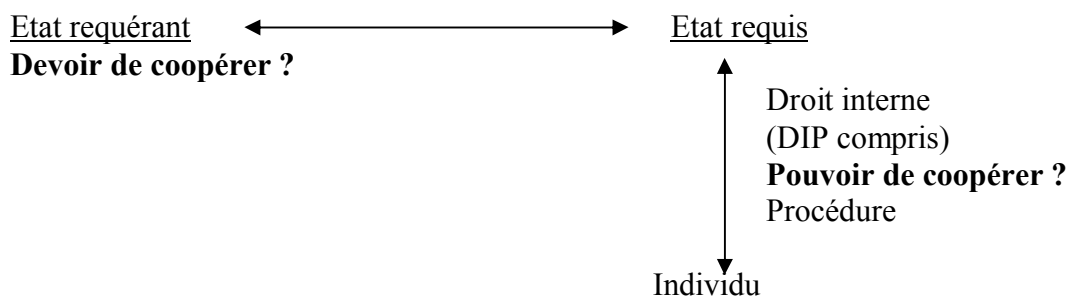
### II. Critères retenus pour structurer le présent aperçu

La principale question examinée par le projet peut se résumer comme suit : «Dans quelle mesure l'individu est-il encore considéré comme un simple objet dans le droit de la coopération internationale en matière pénale ?». Les critères permettant d'y répondre se cachent parfois

- derrière certaines **conditions de fond** telles que la double incrimination et le refus de coopérer lorsque l'intéressé risque la peine de mort,
- et plus spécialement derrière les **garanties procédurales (procès équitable)** accordées à l'intéressé.

Ces deux points influent sur la structure des relations juridiques :

Droit international public



Le devoir de coopérer est régi par le droit international public. Généralement, il ne peut être imposé qu'en vertu d'une obligation conventionnelle ou d'une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

Le pouvoir de coopérer et la procédure requise relèvent du droit interne qui peut<sup>1</sup> inclure des dispositions de droit international public. Ce pouvoir se fonde sur le principe (national) de légalité. Il dépend notamment de la question de savoir si l'acte de coopération sollicité est autorisé dans le cadre des relations entre l'Etat requis et l'individu concerné lorsqu'il consiste notamment en un transfèrement (par exemple, extradition) ou en la fourniture d'informations ou d'objets (par exemple, documents ou preuves matérielles).

Les conditions de fond en matière de coopération sont soit énoncées dans des traités internationaux (concernant les pays qui, comme les Etats-Unis, n'acceptent d'extrader que dans le cadre d'une obligation conventionnelle), soit dans les lois pertinentes du droit interne (comme par exemple la Loi allemande sur l'entraide internationale en matière pénale ou *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen - IRG*, ci-après «la LAEI [GER]»). Dans le premier cas, la question se pose de savoir en quoi les garanties du droit international relatif aux droits de l'homme modifient le devoir, ainsi que le pouvoir, de coopérer. Dans le second cas, les lois nationales pertinentes octroient aux autorités de l'Etat requis le pouvoir de coopérer sans pour autant lui imposer le devoir de le faire.

Aux Etats-Unis, le pouvoir et le devoir de coopérer s'exercent donc en parallèle tant qu'ils ne violent pas les garanties constitutionnelles nationales. Dans certains pays européens comme l'Allemagne, la situation peut différer dans la mesure où le pouvoir de coopérer peut être fortement influencé par les garanties constitutionnelles. Comme nous le verrons ci-dessous, ce problème est l'un des plus importants sous l'angle des conditions de fond.

Les questions procédurales - qui portent sur les relations entre l'Etat et l'individu - relèvent dans une large mesure du droit interne. Comme nous l'expliquerons plus en détail dans la suite du présent ouvrage, l'équilibre (interne) et la séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le judiciaire et le législatif revêtent une importance primordiale : plus les pouvoirs conférés à l'exécutif sont larges (et moins le judiciaire est par conséquent compétent dans ces matières), plus l'approche procédurale s'inspire de l'approche dite «bidimensionnelle» ou «objectivante».

Les spécialistes de la coopération distinguent entre les procédures judiciaires et la procédure d'autorisation relevant de l'exécutif. Cette dernière, même si elle peut tenir compte des préoccupations de l'individu concerné, vise avant tout à gérer les relations extérieures avec l'Etat requérant. Traditionnellement et généralement, l'autorité chargée de délivrer l'autorisation jouit d'un large pouvoir discrétionnaire, de sorte que la procédure est considérée comme administrative et associée à d'autres procédures administratives relevant purement de l'intérêt national.

Pour se faire une idée plus précise des implications de cette distinction, on peut utilement comparer les garanties procédurales relatives au procès équitable prévues par :

- les procédures pénales ou administratives pour lesquelles aucune assistance étrangère ne s'avère nécessaire (par exemple un meurtre commis dans l'Etat requis qui dispose également de tous les éléments de preuve), et

---

1 Concernant l'approche nettement dualiste du droit des Etats-Unis, voir Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre I C.

- les procédures pénales ou administratives pour lesquelles une assistance étrangère s'avère nécessaire.

Nous nous demanderons s'il existe des différences pouvant apparaître comme illégitimes entre les quatre cas de figure (voir ci-dessous le point C.).

Cette approche impose l'analyse non seulement de la législation en matière d'extradition, mais aussi de la législation relative à l'entraide en matière pénale et à la coopération administrative. Dans tous ces domaines, nous avons examiné les droits suivants relatifs à l'organisation d'un procès équitable, à la fois sous l'angle de la procédure d'autorisation et de la procédure judiciaire.

Concernant la situation dans un Etat requis, le questionnaire portait sur les droits suivants :

- droit pour l'intéressé d'être informé par les autorités de l'Etat requis de la nature et du motif de l'accusation portée par l'Etat requérant, ainsi que de ses droits en matière de protection contre l'auto-incrimination,
- droit de consulter un avocat,
- droit de consulter l'ensemble du dossier,
- droit d'être entendu par un tribunal ou de soumettre des exposés écrits,
- droits relatifs aux preuves : communication du contenu des preuves (par exemple les motifs de refus d'extradition), droit du justiciable de produire des preuves, respect des règles en matière de qualité et de fardeau de la preuve (y compris la présomption d'innocence),
- droit de demander l'insertion de conditions ou de limitations dans la décision d'autorisation,
- droit de demander - à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation ou au tribunal - de rendre sa décision dans un délai raisonnable,
- droit d'être informé de la décision de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation ou du tribunal,
- droit de faire appel,
- droit d'être indemnisé.

Concernant la situation dans un Etat requérant, le questionnaire portait sur les droits suivants :

- Le fait que les règles de procédure dans l'Etat requis n'aient pas été observées a-t-il une incidence sur les résultats de la demande ?
- Faudrait-il prévoir une règle transnationale d'irrecevabilité ? Le cas échéant, quelle devraient être sa teneur et les modalités de son application ?
- Au sujet de l'adhésion aux conditions imposées par l'Etat requis : L'individu a-t-il le pouvoir de contraindre les autorités de votre Etat à respecter les conditions édictées par l'Etat requis ? Le cas échéant, par quel moyen ? L'intéressé peut-il soulever ce point devant un tribunal et obtenir le respect forcé des conditions ?

Tels sont les critères retenus dans l'aperçu qui suit. Nous nous contenterons d'indiquer les problèmes et les questions qui, de notre point de vue, illustrent la position d'un individu comme objet ou comme sujet. L'auteur principal de cette section ayant une formation et une pensée juridique essentiellement allemandes (même s'il s'efforce de comprendre et de tenir compte des autres approches et opinions), il ne peut qu'inviter le lecteur à parcourir l'aperçu et les rapports en s'efforçant de comparer les critères exposés à ses propres opinions.

### *III. Accent sur les procédures nationales*

L'aperçu qui suit se concentre donc principalement (mais pas exclusivement) sur les procédures nationales et sur l'incidence des droits de l'homme internationaux et nationaux sur le procès équitable : un point sur lequel nous reviendrons plus en détail dans le cadre de l'exposé des tendances générales identifiées dans les rapports nationaux. Lesdits rapports indiquent notamment que les conditions de fond sont de plus en plus influencées par les droits de l'homme en raison de l'évolution du droit international. Le point essentiel dans ce domaine est que les engagements de chaque Etat doivent être respectés dans le cadre de leurs procédures nationales. Je procéderai donc à l'inventaire des résultats les plus intéressants des rapports nationaux et de leurs chapitres 2 à 11<sup>2</sup> : un exercice à l'issue plutôt décevante pour quiconque est à la recherche de réponses tranchées. En effet, l'exploration de ce domaine du droit se solde par la formulation de nombreuses questions supplémentaires et ne répond qu'à quelques interrogations (voir ci-dessous le point B.).

L'aperçu se tourne ensuite vers des problèmes spécifiques identifiés dans le cadre de l'inventaire. Les (rares) résultats sont organisés selon une structure faisant apparaître les contradictions ou l'absence de contradictions entre les procédures nationales de coopération et les autres procédures nationales (celles ressortant du domaine pénal et administratif, voir ci-dessous le point C.). Les chapitres suivants avancent des explications tirées des concepts nationaux relatifs aux droits de l'homme et à leur champ d'application (voir ci-dessous le point D.). Au niveau national, les relations entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire - à savoir la séparation des pouvoirs - doivent être examinées de plus près (voir ci-dessous le point E.). Au niveau international, les relations entre les deux Etats coopérants concernés - dans le cadre d'une répartition des responsabilités - influent, elles aussi, sur les procédures nationales (voir ci-dessous le point F.). Enfin, la dernière section énonce certaines conclusions (voir ci-dessous le point G.).

## **B. Tendances générales**

Nous avons choisi un ordre de présentation des résultats comparatifs différent de l'ordre analytique du questionnaire et des rapports nationaux. Ces derniers révèlent que les règles gouvernant l'extradition (chapitres 7 et 8 du questionnaire) sont beaucoup plus développées que celles régissant les autres formes de coopération judiciaire (chapitres 4 et 5 du questionnaire). Les chapitres 4 et 5, par ailleurs, sont plus détaillés que ceux relatifs à la coopération administrative (chapitre 2 et 3 du questionnaire). La structure de la procédure étant en principe identique dans ces trois domaines, la présentation inverse l'ordre afin de mieux exposer les problèmes pertinents : extradition (voir ci-dessous le point I.), autres formes de coopération judiciaire (voir ci-dessous le point II.), et coopération administrative (voir ci-dessous le point III.). Les questions relatives au choix de l'Etat de for peuvent en effet être plus habilement traitées une fois ces trois sujets examinés (voir ci-dessous le point IV.).

---

2 Les sources du droit (chapitre 1 des rapports nationaux) sont mentionnées lorsqu'elles revêtent une importance majeure au regard du sujet abordé (voir ci-dessous les points C. à H.).

Quant à l'exécution transfrontière (chapitres 9 et 10 du questionnaire), il est difficile de l'analyser en détail (voir ci-dessous le point V.).

## I. Extradition

### 1. Procédures dans l'Etat requis

#### a) Observations générales

aa) On observe la persistance, au niveau national<sup>3</sup>, de deux procédures : une procédure d'autorisation par la branche exécutive (également appelée ci-après «procédure administrative») et une procédure judiciaire ou plus exactement juridictionnelle<sup>4</sup>. Dans le cadre de notre analyse comparative, il est capital de répondre aux questions suivantes :

Concernant le tribunal :

- (1) Pourquoi telle ou telle question doit-elle être tranchée par un tribunal ?
- (2) À quel stade de la procédure d'autorisation, le tribunal intervient-il : avant ou après la décision administrative définitive ?
- (3) Quelles règles régissent la procédure ?
- (4) Quel est le domaine de compétence du tribunal ?

Les mêmes questions valent pour l'autorité chargée de délivrer l'autorisation.

Les questions (2) et (3) seront examinées ici dans la mesure où elles éclairent le «pourquoi» de la (question 1) qui sera de nouveau analysé séparément dans la partie D. dans le cadre de la question relative au «domaine» (question 4).

Concernant les phases, les procédures d'extradition des pays examinés dans les rapports nationaux présentent des similarités :

- Première phase de la procédure d'autorisation/administrative : dès réception de la demande, l'autorité compétente - dans la plupart des cas le ministère (fédéral) de la Justice - vérifie si celle-ci est recevable sous l'angle juridique et politique.

- (Première) décision judiciaire : un tribunal se prononce sur la recevabilité<sup>5</sup> juridique de la demande d'extradition. La question relative aux possibilités de recours varie selon les pays. Une décision définitive négative met fin à la procédure, une décision définitive positive ouvre la deuxième phase de la procédure administrative : l'autorité chargée de délivrer

<sup>3</sup> Le mandat d'arrêt européen tend à abolir la procédure d'autorisation : une mesure à laquelle l'Allemagne se refuse. Voir Lagodny, dans Blekxtoon, Rob, *Handbook on the European Arrest Warrant*, Asser Press, 2005, p. 39 à 45.

<sup>4</sup> Quant à la distinction explicite entre «les phases administrative et judiciaire», voir l'article 46 de la Loi portugaise relative à la coopération judiciaire internationale en matière pénale (Loi n° 144/99 du 31 août 1999), traduction française disponible sur le site <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais>

<sup>5</sup> La notion de «recevabilité» dans ce contexte n'a rien à voir avec la recevabilité des preuves en droit des Etats-Unis. Elle signifie que le tribunal a approuvé la légalité de l'acte à l'issue d'un examen correspondant aux exigences du contrôle judiciaire.

l'autorisation décide alors définitivement s'il convient d'extrader ou pas. En Europe, la liberté d'appréciation de l'exécutif concernant l'opportunité de l'extradition (même si celle-ci a été autorisée par le tribunal) n'est pas remise en question. Cette prérogative est également observée généralement aux Etats-Unis où, cependant, un débat fait rage sur la question de savoir si l'autorité chargée de délivrer l'autorisation est également tenue par une décision positive du tribunal. En d'autres termes, ladite autorité est-elle tenue d'autoriser l'extradition en vertu de la séparation des pouvoirs<sup>6</sup> ?

- Une vive controverse entoure la question de savoir si un tribunal peut contrôler cette décision administrative définitive. Il existe des exceptions : en Belgique, le tribunal a uniquement la possibilité de conseiller l'autorité chargée de délivrer l'autorisation ; même une décision judiciaire niant la légalité d'extradition n'est pas contraignante<sup>7</sup>. En Suisse, le tribunal ne se prononce que si l'autorité chargée de délivrer l'autorisation a fait part de sa volonté de procéder à l'extradition et uniquement à la demande de l'individu concerné. Au Portugal, le tribunal se prononce aussi après la décision définitive de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation, mais cette décision administrative est rendue *ex officio*, de sorte que c'est le tribunal qui prend la «décision définitive» d'octroyer l'extradition<sup>8</sup>.

bb) Avant d'examiner en détail la question de la procédure dans l'Etat requis, rappelons que la Cour de Justice des Communautés européennes (siégeant à Luxembourg)<sup>9</sup> considère tous les droits à un procès équitable mentionnés dans le questionnaire comme «fondamentaux»<sup>10</sup>. Cette approche reflète certainement l'attitude des Etats membres concernant les procédures nationales. Cependant, dès lors qu'il s'agit de coopération internationale, ces droits semblent se volatiliser pour une raison ou pour une autre<sup>11</sup> : un phénomène étrange à nos yeux.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la tendance générale à renforcer les droits de l'individu, comme le prouve l'article 5b de la Résolution adoptée par le 16<sup>e</sup> Congrès de l'Association internationale de droit pénal en 1999 à Budapest<sup>12</sup> :

«Dans le cadre de procédures d'extradition et d'assistance réciproque impliquant l'application de mesures coercitives dans l'état requis, les individus concernés devraient au minimum disposer des droits suivants :

- Le droit d'être informés des accusations portées à leur encontre et des mesures requises, sauf lorsque la délivrance de telles informations est de nature à faire échec aux mesures en question.

6 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.I., dans le cadre d'une analyse de la décision rendue par la Cour fédérale de district du district de Washington en l'affaire *Lobue*, ainsi que de décisions postérieures.

7 Van den Wyngaert, 65 *RIDP* 190 (1992).

8 Voir les articles 48 et 49 de la Loi portugaise relative à la coopération judiciaire internationale en matière pénale (Loi n° 144/99 du 31 août 1999), traduction française disponible sur le site <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais>

9 La Cour de Justice des Communautés européennes (Luxembourg) se prononce sur les points de droit soulevés par la législation des Communautés européennes et de l'Union européenne. Elle ne doit pas être confondue avec la Cour européenne des Droits de l'Homme (Strasbourg) qui se prononce sur les allégations de violation de la CEDH.

10 Gless, rapport de l'UE, partie 1, chapitre 1 A.

11 Concernant la procédure d'extradition au Canada, voir McCann, 30 *Cornell International Law Journal*, p. 139-171 (1997).

12 15 *Revue internationale de droit pénal* (1999), p. 502 à 507, p. 506.



- Le droit d'être entendus au sujet des moyens qu'ils invoquent à l'encontre des mesures de coopération internationale.
- Le droit à l'assistance d'un avocat, et d'un avocat gratuit s'ils n'ont pas les moyens de le payer [...]
- Le droit à une procédure rapide [...]

cc) L'examen de la procédure d'extradition observée en Suisse révèle qu'elle diffère totalement des autres. Dans ce pays, en effet, l'autorité chargée de délivrer l'autorisation doit rendre sa décision définitive sur la demande et seule cette décision peut faire l'objet d'un recours introduit par l'individu concerné en vertu de l'article 25, paragraphe 1, de la Loi fédérale sur l'entraide en matière pénale (*Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen* - IRSG, ci-après «la LEIMP [CH]»). Cet appel est examiné par le plus haut tribunal administratif fédéral : le Bundesgericht. La décision de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation est préparée à l'issue d'une audition de l'individu concerné par une autorité publique du canton où l'intéressé a été placé en détention provisoire. Cette audition ne revêt pas le caractère d'une décision sur la recevabilité de la demande, comme aux Etats-Unis ou devant la Haute Cour régionale allemande (HCrR). Dans sa décision d'autorisation, l'autorité doit informer l'individu de son droit d'interjeter appel en vertu de l'article 22 de la LEIMP [CH]. En somme, la procédure suisse pourrait servir de référence. Toutefois, sa construction est totalement différente de la procédure des Etats-Unis dans la mesure où cette dernière prévoit une audience revêtant la plupart des caractéristiques d'une procédure pénale. L'approche «administrative» suisse, cependant, ne peut être comprise que si l'on sait que le droit suisse prévoit généralement le contrôle judiciaire des actes administratifs : une mesure considérée comme exceptionnelle aux Etats-Unis. En Allemagne, une telle approche administrative pourrait avoir des conséquences importantes, dans la mesure où l'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale (*Grundgesetz* - GG, ci-après «la LF») garantit un contrôle judiciaire global.

*b) Décisions de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation*

aa) Les systèmes nationaux étudiés ne prévoient quasiment pas de règles explicites visant le respect des droits associés au procès équitable dans le cadre de la procédure d'autorisation. Aux Pays-Bas, cependant, la Loi générale sur la procédure administrative de 1992 est applicable à la procédure d'autorisation d'extradition postérieure à la décision judiciaire<sup>13</sup>. Cette approche est logique, dans la mesure où elle considère les procédures d'autorisation d'extradition comme des procédures administratives «ordinaires».

De même, en Allemagne<sup>14</sup>, tous les droits associés au procès équitable mentionnés dans le questionnaire - comme, par exemple, le droit de consulter un avocat<sup>15</sup> - seraient garantis dans le cadre de la procédure d'autorisation si le droit national en matière de règles générales de procédure administrative était applicable. Or, jusqu'à présent il n'en est rien. Les arguments en la matière sont obscurs ou imprécis. L'examen, par exemple, de la question sous l'angle de l'article 6 de la CEDH, soulève l'argument faisant état de l'absence d'«accusation en matière pénale» dans l'Etat requis. Force est donc de rechercher la cause de cet état de choses ailleurs. Mais, apparemment, les procédures d'extradition ne sont pas considérées comme «administratives», sauf aux Pays-Bas. La conséquence de cette interprétation peut donc se

13 Swart, rapport des Pays-Bas (chapitres 4 B.II. et 7.C I.) dans lequel il est cependant indiqué que le droit de faire appel - garanti par ladite loi de 1882 - n'est pas applicable.

14 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitres 2 B, 4 B et 7 B.

15 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 C.I., II.

résumer ainsi : les droits à un procès équitable ne sont pas applicables à la procédure d'autorisation, ce qui se traduit en pratique par l'octroi à l'autorité exécutive compétente d'une marge d'appréciation illimitée concernant les garanties procédurales. De notre point de vue, pareille attitude traduit une «approche objectivante», dans la mesure où la procédure d'autorisation n'est pas régie par la loi.

L'applicabilité des règles de procédure pénale, en plus des règles spéciales relatives à l'extradition<sup>16</sup>, ne rompt pas ce cercle vicieux dans la mesure où elle concerne uniquement la procédure judiciaire à l'exclusion de la procédure administrative d'autorisation.

Là encore, le système suisse constitue une exception remarquable. L'article 12 de la LEIMP [CH] stipule en effet que la Loi sur les règles générales de procédure administrative doit être appliquée par les autorités fédérales, tandis que les autorités cantonales appliquent leurs propres règles de procédure. Seuls les «actes de procédure» [Prozesshandlungen] sont régis par le droit de procédure applicable en matière pénale. Lesdits actes, au sens de l'article 12, englobent le placement en détention, la fouille et la saisie, l'interrogatoire, etc. Cette analyse prouve que l'approche suisse se démarque radicalement de celle observée aux Etats-Unis ce qui ne manque pas de produire, comme nous le verrons, des conséquences importantes sous l'angle du contrôle judiciaire.

L'individu concerné a le droit d'être entendu par une autorité cantonale et aussi celui de présenter ses objections à l'office fédéral (l'autorité chargée de délivrer l'autorisation, article 55 de la LEIMP [CH]).

Breitenmoser avance que, dans le droit interne suisse, les actes pris au niveau national en vue d'une coopération internationale doivent être considérés comme des «Verfügungen» ou des «Verwaltungsakte»<sup>17</sup> (deux types de décisions administratives formelles) et que, par conséquent, l'ensemble des procédures nationales liées à cette coopération - y compris et surtout la procédure d'autorisation - doivent être considérées comme administratives. Ces procédures doivent donc être strictement séparées de la procédure pénale dans l'Etat requérant<sup>18</sup>. Breitenmoser en conclut que les principes régissant la procédure administrative sont applicables. Ces principes englobent notamment<sup>19</sup> :

- le droit pour l'individu concerné d'introduire un recours devant un tribunal dans une procédure de ce type<sup>20</sup> ;

16 Voir l'article 77 de la LAEI [DE] : «Dans la mesure où la présente loi ne contient aucune règle procédurale spéciale, les dispositions de la Loi sur l'organisation judiciaire et de sa loi introductive [*Einführungsgesetz zum GVG*], du Code de procédure pénale, de la Loi sur le tribunal pour mineurs, du Code des impôts [*Abgabenordnung*] et de la Loi sur les infractions administratives [*Ordnungswidrigkeitengesetz - OWiG*] s'appliquent de manière analogue.», ainsi que l'article 10 de la Loi hongroise XXXVIII de 1996 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (traduction anglaise : Conseil de l'Europe, PC-OC/INF 26) et nombre d'autres lois sur l'extradition ; dans certains Etats, la procédure d'extradition est intégrée au CPP.

17 Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie E.2. Ces termes sont difficiles à traduire. Concernant la procédure suisse, voir aussi Popp, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen* (2001), ann. 456-587.

18 *Idem*, partie E.2.2.

19 *Idem*, partie E.II.2.2., texte placé après les notes de bas de page 371 et suivantes.

20 Curieusement, en Autriche, le droit de faire appel de la décision administrative constitue une exception sous l'angle de la Constitution : l'article 94 de la Bundes-Verfassungsgesetz (Loi sur la Constitution autrichienne) stipule en effet que «Dans toutes les instances, la justice est séparée de l'administration».

- l'interdiction pour tout Etat étranger de participer à la procédure ;
- le droit des tiers ayant un intérêt juridique à participer à la procédure ;
- l'applicabilité de l'«Untersuchungsgrundsatz», à savoir que les faits seront aussi vérifiés par le tribunal et non par les seules parties ;
- l'applicabilité des principes visant la marge d'appréciation des autorités administratives et de ses limites ;
- l'applicabilité permanente des principes liés aux droits fondamentaux.

Selon Breitenmoser, le droit suisse ne distingue pas entre la procédure de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation et la procédure judiciaire (contrôle judiciaire compris)<sup>21</sup>. Les tribunaux ne peuvent cependant intervenir que si l'exécutif s'est déjà fait une idée de l'attitude qu'il compte adopter en l'instance.

bb) Il n'est pas surprenant que l'individu ne dispose pas du droit d'exiger de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation qu'elle impose des conditions à l'Etat requérant. La branche exécutive semble disposer dans ce domaine d'une marge d'appréciation illimitée<sup>22</sup>, sauf si le tribunal amené à se prononcer sur la recevabilité de la demande déclare explicitement que l'extradition n'est recevable qu'à certaines conditions<sup>23</sup>.

Le droit suisse prévoit une exception. L'article 38 de la LEIMP [CH] fixe trois conditions standards : la spécialité, le refus des juridictions d'exception et le droit des autorités suisses de recevoir une copie de la décision définitive de l'Etat requérant.

cc) L'analyse de la «rapidité» du processus de prise de décision de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation avant le déferrement de l'affaire au tribunal révèle aussi certaines particularités. Citons notamment l'exemple autrichien. L'article 30, alinéa 2, qui prévoit que l'autorité chargée de délivrer l'autorisation autrichienne - c'est-à-dire le ministère fédéral de la Justice - doit vérifier dès le tout début de la procédure si l'extradition réclamée pose un problème sous l'angle de la protection de l'ordre public ou des intérêts essentiels de l'Autriche (article 2 de la *Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz* - ARHG, Loi sur l'extradition et d'autres formes de coopération en matière pénale, ci-après «la LECMP [AT]») <sup>24</sup> ou de la réciprocité (article 3, paragraphe 1, de la LECMP [AT]).

L'autorité chargée de délivrer l'autorisation (ministère) vérifie la demande «quant au fond» avant l'intervention d'un tribunal<sup>25</sup>. En Allemagne, l'autorité chargée de délivrer l'autorisation a même l'obligation constitutionnelle de vérifier la recevabilité juridique de la demande dès le tout début de la procédure<sup>26</sup>. Toutefois, dans certains cas, ladite autorité ne

---

La possibilité de s'adresser à un tribunal pour obtenir l'annulation d'une décision administrative s'analyse donc en une exception à cette règle constitutionnelle.

21 Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie E.II.3.1. et 3.2.2.

22 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 2 A.

23 Voir ci-dessous le point I.1.b.

24 *Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz* de 1979 = Loi sur l'extradition et d'autres formes de coopération en matière pénale, Autriche, 1979.

25 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 B.I. ; Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 A. ; voir aussi Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 A. ; Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 A.

26 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 A., B. Voir aussi les articles 17, paragraphe 2, et 78, paragraphe 2, de la LEIMP [CH] qui imposent également à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation d'effectuer une première vérification.

rejette pas d'emblée la demande et attend pour ce faire une décision judiciaire négative<sup>27</sup> : une méthode que d'aucuns considèrent comme un abus de procédure. Le Portugal accorde expressément un délai de 30 jours maximum à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation pour effectuer la première vérification<sup>28</sup>.

En Suisse, le principe de célérité (ou «règle du procès rapide») est explicitement consacré par la loi, en l'occurrence l'article 17a de la LEIMP [CH] inséré en 1996. Si l'autorité ne rend pas sa décision en temps voulu sans avancer de motif valable pour justifier son retard, ce comportement est analysé comme une décision négative soumise au contrôle judiciaire. Il est intéressant de constater que l'individu concerné peut insister sur l'exécution immédiate de l'extradition en vertu de l'article 56, paragraphe 1, alinéa a., de la LEIMP [CH]. Dans certaines situations, l'intéressé a évidemment tout intérêt à être extradé le plus rapidement possible (c'est notamment le cas s'il désire échapper, dans l'Etat requis, à la détention en vue d'une extradition).

L'autorité chargée de délivrer l'autorisation est aussi tenue, dans certains pays, de rendre sa décision dans un certain délai à compter de la décision positive du tribunal : 60 jours en Israël<sup>29</sup>, 45 jours en Italie<sup>30</sup>. En Autriche, les délinquants juvéniles doivent être remis rapidement aux autorités de l'Etat requérant en vertu de l'article 36, paragraphe 3, de la LECMP [AT].

Le droit autrichien fixe la durée maximale de la détention en vue d'une extradition - sans décision d'autorisation définitive - à un an (article 29, paragraphe 6, de la LECMP [AT]). La Haute Cour régionale (*Oberlandesgericht*, ci après «la HCrR») compétente pour évaluer la recevabilité de la demande (article 33 de la LECMP [AT]) doit donc se prononcer dans ce délai.

dd) En Italie, l'appel peut porter non seulement sur la décision judiciaire relative à la recevabilité de l'extradition mais aussi sur la décision administrative autorisant ladite extradition<sup>31</sup>. En Allemagne, ce droit est désormais explicitement exclu par le paragraphe 74 b de la LAEI [DE] qui - à mon avis - viole la garantie constitutionnelle d'un recours juridictionnel énoncée dans l'article 19, paragraphe 4, de la LF. Aux Etats-Unis, il n'est pas possible d'interjeter appel d'une décision d'extradition<sup>32</sup>, bien qu'un recours en *habeas corpus* soit parfois envisageable.

La raison de l'interdiction des recours contre la décision administrative dans les Etats (comme l'Allemagne) prévoyant un contrôle judiciaire préalable peut se résumer comme

---

27 Voir la décision rendue très récemment par le Brandenburgisches Oberlandesgericht le 28 mai 1997 (2 Ausl. (A) 7/97, non publiée) dans laquelle le défendeur dont l'extradition était demandée par la Turquie avait été reconnu comme fugitif en France. Le tribunal refusa à plusieurs reprises de rendre une ordonnance provisoire de détention en vue d'une extradition, en invoquant notamment la déclaration de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation (selon laquelle l'intéressé risquait de faire l'objet de persécutions politiques) et la «forte probabilité» que ladite autorité refuse l'extradition.

28 Article 48, paragraphes 1 et 2, de la Loi portugaise relative à la coopération judiciaire internationale en matière pénale (Loi n° 144/99 du 31 août 1999), traduction française disponible sur le site <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais>

29 Article 19 de la Loi sur l'extradition, 5714-1954, voir le document du Conseil de l'Europe PC-OC/INF 28, p. 5. Le tribunal peut proroger ce délai.

30 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 B.VI.

31 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 B.VII *bis*.

32 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.X.

suit : une seule décision judiciaire suffit. Ce raisonnement n'est convaincant que dans la mesure où le tribunal concerné peut examiner toutes les questions de fond touchant à l'individu concerné<sup>33</sup>.

Aux Etats-Unis, la raison de l'interdiction semble découler de ce que les décisions administratives échappent généralement au contrôle judiciaire ou, du moins, à un contrôle offrant une large protection, dans la mesure où - par exemple - un tribunal a déjà entendu les arguments soulevés ensuite dans le cadre de la procédure administrative. Le droit autrichien ne prévoit aucune possibilité de faire contrôler les décisions administratives par un tribunal. Au contraire : l'article 94 de la Constitution autrichienne - en règle générale - interdit ce contrôle. Les seules exceptions reposent sur des événements historiques remontant au XIX<sup>e</sup> siècle. Citons, par exemple, l'article 130 concernant la «*Verwaltungsgerichtshof*» (Cour administrative) qui ne peut se prononcer que dans certains cas tels que la publication d'une «*Bescheid*» (instruction), l'article 129 visant les «*Unabhängige Verwaltungssenate*» (chambres administratives indépendantes), ou l'article 144 visant la «*Verfassungsgerichtshof*» (Cour constitutionnelle). La décision d'autorisation ne visant pas directement la personne concernée, elle ne peut faire l'objet d'aucune décision d'un tribunal administratif, même si des exceptions à ce principe se retrouvent dans le Traité austro-allemand d'entraide en matière administrative<sup>34</sup>.

La situation diffère quelque peu en Finlande où l'individu peut porter l'affaire devant la Cour suprême avant même que l'autorité chargée de délivrer l'autorisation n'ait rendu une décision définitive<sup>35</sup>. D'aucuns prétendent donc que tout appel est superflu, l'instance suprême s'étant déjà prononcée<sup>36</sup>. Là encore, cependant, la validité de l'argument dépend de la nature et de l'étendue de l'examen effectué par la Cour<sup>37</sup>.

Le système néerlandais est comparable au système français<sup>38</sup>. La Loi générale de 1992 sur les procédures administratives exclut les appels contre la décision d'autorisation. Cependant, l'individu peut, en vertu du nouveau Code civil néerlandais, s'adresser à un tribunal de district pour lui demander de contrôler le respect des principes de ladite loi générale par le ministère de la Justice. Cette injonction joue un rôle résiduaire qui n'en est pas moins important dans la pratique puisqu'il permet un contrôle intégral de la décision d'autorisation par un tribunal (civil)<sup>39</sup>.

ee) En Finlande, une règle explicite - l'article 7 de la Loi nordique sur l'extradition - prévoit la remise d'une copie de la décision d'autorisation à l'extradé<sup>40</sup>. La loi adoptée en 2000 par le Liechtenstein<sup>41</sup> exige du gouvernement, dans son article 34, paragraphe 4, qu'il informe la personne poursuivie - ainsi que son avocat - de la décision administrative.

---

33 Sur cette question, voir ci-dessous le point E.II.

34 Journal officiel fédéral autrichien 1990, 526.

35 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 A.

36 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 B.X.

37 Voir ci-dessous le point E.II.

38 Concernant le système français, voir ci-dessous le point C.I.I.c.

39 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 C.IX.

40 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 B.VII.

41 Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Loi sur l'entraide internationale en matière pénale) du 15 septembre 2000, *Liechtensteinisches Landesgesetzblatt* (Journal officiel du Liechtenstein) 2000, n° 215 du 6 novembre 2000 (p. 351, 1-42). Cette loi est entrée en vigueur le 6 novembre 2000.

En Allemagne, l'intéressé n'est pas officiellement informé de l'autorisation concernant l'aboutissement de la demande. Il ne l'apprendra donc qu'au moment de son exécution, c'est-à-dire de sa remise à l'Etat requérant<sup>42</sup> : une pratique qui révèle - à un endroit où on ne l'attendait guère - une approche nettement «objectivante».

c) *Décision judiciaire sur la recevabilité*

aa) Comme nous venons de le voir concernant le droit de faire appel d'une décision administrative, la qualité de l'intégration du judiciaire dans la procédure d'extradition dépend principalement de l'étendue des points que le tribunal est autorisé à examiner avant de se prononcer. J'en veux pour preuve éclatante la règle de non-enquête [*rule of non-inquiry*] prévalant aux Etats-Unis. Cette règle signifie que les points de fait ou de droit - tels qu'ils sont présentés par un pays étranger (en l'occurrence celui dans lequel le fugitif sera poursuivi en cas d'extradition) - ne peuvent pas être évalués par un tribunal américain mais uniquement par l'exécutif. Une telle approche soulève des problèmes sous l'angle de la division ou du partage des pouvoirs : Certaines questions devraient-elles être uniquement tranchées par l'exécutif ou par le judiciaire ou bien par ces deux pouvoirs ?

On peut toutefois citer d'autres exemples illustrant l'ampleur du problème : Qui décide lorsque les dispositions conventionnelles confèrent une marge d'appréciation à l'autorité compétente en matière de refus d'extrader ? Aux Pays-Bas, certaines questions juridiques sont du ressort exclusif de l'exécutif. Ces points relèvent tous de la séparation des pouvoirs, un sujet abordé ci-dessous au point E.II.

bb) Aux Pays-Bas, la procédure judiciaire d'extradition respecte plusieurs droits liés au procès équitable. La raison de cet état de choses tient peut-être au fait que, dès les années 1960, le législateur néerlandais estima que l'article 5 de la CEDH était applicable aux procédures d'extradition<sup>43</sup>. La Loi sur l'extradition de 1967 énumère par conséquent plusieurs obligations tenant à l'organisation d'un procès équitable. Il est notamment remarquable que le procureur doive déjà informer l'individu concerné de la demande d'extradition aussitôt après avoir soumis ladite demande au tribunal de district<sup>44</sup> : une disposition qui ne se retrouve dans aucun autre pays.

Le législateur finlandais, lui aussi, en adoptant la Loi de 1993 tint compte des droits énoncés dans l'article 6 de la CEDH<sup>45</sup>. En Allemagne, au contraire, la CEDH fut considérée comme trop peu importante pour être prise en considération lors de la rédaction de la LAEI [DE]. Les garanties offertes par la LF (et notamment par son article 104, paragraphe 3) sont considérées jusqu'à présent comme insuffisantes s'agissant de la procédure d'extradition.

cc) Le droit de l'extradé de consulter un avocat semble en soi incontestable dans tous les pays. Les problèmes surgissent uniquement lorsqu'on tente de définir les critères rendant cette consultation obligatoire. En Allemagne, ladite consultation s'impose dès lorsqu'elle apparaît nécessaire au regard de la situation factuelle et juridique complexe de l'intéressé. Cette obligation fait donc figure d'exception. Cependant, l'argument selon lequel les affaires d'extradition, en général, sont compliquées sous l'angle juridique et factuel incita le législateur à octroyer une compétence à un tribunal supérieur (la HCvR) et non à une

42 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 A.

43 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 B.I.

44 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 B.II.

45 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 D.I.

juridiction inférieure (tribunal correctionnel, tribunal local, etc.). Force est donc de relever une contradiction majeure sur ce point<sup>46</sup>.

En Italie, il semble que l'individu concerné ne jouisse pas du droit d'assurer lui-même sa défense, une protection antérieure au caractère obligatoire du droit à prendre un avocat<sup>47</sup>. Le délai de 24 heures mentionné dans le rapport de l'Italie peut s'avérer parfois très dommageable : l'avocat doit en effet être désigné au moins 24 heures avant le déclenchement de la procédure devant le tribunal<sup>48</sup>. Or ce laps de temps est si court que l'on peut se demander si cette règle n'est pas purement formelle.

En France, la personne concernée n'a pas le droit d'être assistée pendant le premier interrogatoire par le procureur ou par le tribunal chargé de se prononcer sur la délivrance d'un mandat d'arrestation. La Cour de cassation a estimé que ce procédé n'était pas contraire à l'article 6, paragraphe 3, alinéa a., de la CEDH qui garantit le droit à un avocat<sup>49</sup>. Dans le contexte européen, cette approche semble faire figure d'exception. Le problème, bien entendu, tient à ce qu'après cet interrogatoire le fait de disposer d'un avocat ne présente plus guère d'intérêt.

dd) La procédure pénale allemande reconnaît le droit pour l'individu concerné de se voir communiquer l'intégralité du dossier. Un débat porte actuellement sur la question de savoir si et dans quelle mesure les documents communiqués par l'Etat requérant sont couverts par ce droit dans le cadre d'une procédure d'extradition. Aux Etats-Unis, cette question relève de l'appréciation du juge<sup>50</sup>.

ee) Aux Pays-Bas, l'article 25 de la Loi sur l'extradition garantit explicitement le droit à une audience en présence de l'individu concerné<sup>51</sup>. La même règle prévaut en Finlande<sup>52</sup> et aussi en Autriche<sup>53</sup>. Aux Etats-Unis, une audience est garantie aussi, dans la mesure où la procédure d'extradition est considérée au moins comme une procédure quasi pénale en raison de considérations constitutionnelles tenant au fait qu'elle peut entraîner la privation de liberté<sup>54</sup>. En France, la présence de l'extradé est requise lors de l'audience de la chambre d'accusation<sup>55</sup>.

De manière qui paraîtrait curieuse aux yeux d'un juriste américain, l'organisation d'une audience, en Allemagne, est laissée à la liberté d'appréciation du tribunal<sup>56</sup>. En pratique, la

---

46 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.3.

47 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 C.III.

48 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 C.III.

49 Voir Haas, *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), mentionnant dans la note de bas de page 210 (p. 97) l'arrêt suivant : Cass. crim. 2 déc. 1986, Bull. crim. 1986 n° 129.

50 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitres 7 C.V. et 2 B.II.

51 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 B.V.

52 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 B.I.

53 En vertu des articles 31, paragraphe 1, alinéa 1, et 29, paragraphe 3, de la LECMP [AT], l'individu a droit à une audience publique. En outre, son avocat et lui doivent disposer d'au moins huit jours pour préparer la défense (article 33, paragraphe 2, alinéa 4, de la LECMP [AT]).

54 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.V.

55 Haas, *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 113 (article 14 de la Loi française sur l'extradition).

56 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.V. ; Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 C.V.

plupart des procédures d'extradition de la HCrR reposent uniquement sur l'examen d'exposés écrits. La Cour ne voit donc pas le fugitif en personne. Une explication superficielle consiste à avancer que les tribunaux allemands, comme du reste les autres tribunaux d'Europe continentale - n'appliquent pas le critère de la présomption sérieuse (*prima facie*) au motif raisonnable. Le droit américain prévoit une enquête obligatoire sur la question de la culpabilité considérée traditionnellement comme requise ou tout du moins suggérée par la Constitution<sup>57</sup>. Les Etats d'Europe continentale, pour leur part, n'invoquent l'exigence d'un motif raisonnable que dans des cas exceptionnels. Toutefois, dans certains de ces cas, ce test peut être considéré obligatoire en vertu de la Constitution ou d'une autre disposition associée à la protection des droits de l'homme<sup>58</sup>. Là encore, nous arrivons à des questions d'ordre général qui méritent d'être traitées séparément<sup>59</sup>.

ff) Aux Pays-Bas, l'individu concerné dispose de droits très étendus en matière de production de preuves<sup>60</sup>. En Finlande, les règles ordinaires de procédure pénale s'appliquent à la production des preuves dans des affaires d'extradition et aucune interdiction de portée générale n'est observée<sup>61</sup>. En général, les preuves sont déclarées recevables sauf lorsqu'elles visent la démente de l'intéressé sous l'angle de l'exigence de double incrimination<sup>62</sup>. Il ne s'agit pas là d'une question de preuve irrecevable, mais plutôt de preuve non pertinente.

Des problèmes spéciaux de preuve se posent notamment dans les affaires liées à la protection des droits de l'homme : les informations fournies par des ONG comme Amnesty International, loin d'être exclues, peuvent être requises pour des raisons constitutionnelles (au nom de l'épuisement des preuves disponibles)<sup>63</sup>. La qualité et le fardeau de la preuve acquièrent alors une importance décisive : la «simple probabilité» d'un traitement contraire à l'article 3 de la CEDH suffit-elle pour refuser l'extradition<sup>64</sup> ? Ou bien est-il nécessaire d'établir l'existence d'un «risque réel»<sup>65</sup> ? Les réponses à ces questions doivent être replacées dans le contexte général de la protection des droits de l'homme<sup>66</sup>.

En Suisse, la législation permet de produire des preuves visant à établir un alibi. Dans les situations limpides, cet exercice peut déboucher sur le rejet de la demande d'extradition (article 53 de la LEIMP [CH]). En Allemagne, ces affaires peuvent être couvertes par l'article 10, paragraphe 2, de la LAEI [DE]<sup>67</sup>.

57 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.VI. De même, en Italie, certains débats portent sur l'obligation constitutionnelle de vérifier le motif raisonnable dans chaque instance, Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 C.VI.1.

58 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.VI.2. ; Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 C.VI.1. ; Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 B.VI.

59 *Infra* 3.

60 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 B.VI.

61 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 B.IV.

62 Voir ci-dessous le point III.4.

63 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.VI.4.

64 Cour suprême polonaise, arrêt *Mandequi* du 29 juillet 1997, II KKN 313/97, OSNKW 1997, cité par Plachta, 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 100 (1998), note de bas de page 19.

65 Voir le paragraphe 91 de l'arrêt rendu par la CrEDH en l'affaire *Soering*, Série A, n° 161 (1989). Voir aussi le Projet de recommandation du Comité sur l'extradition et les droits de l'homme de l'ILA [International Law Association] reproduit dans le rapport général de Dugard/Van den Wygaert repris dans le Rapport de la 68<sup>e</sup> Conférence de l'ILA tenue à Taipei en 1998, p. 135 à 138 et 152.

66 Voir ci-dessous le point D.III.

67 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.VI.2.



gg) En Suisse, il existe une longue tradition permettant au tribunal d'imposer les conditions que l'autorité chargée de délivrer l'autorisation devra présenter à l'Etat requérant. La Haute Cour fédérale a fréquemment recours à cette faculté<sup>68</sup>, sur la base notamment de l'article 38 de la LEIMP [CH] qui traite explicitement des «conditions» sur le respect desquelles les autorités suisses doivent insister. Et, dans l'article 38, nous voyons que la spécialité n'est que l'une des conditions évoquées. En France, la chambre d'accusation est habilitée également à insister sur des conditions que l'autorité chargée de délivrer l'autorisation devra intégrer dans sa décision<sup>69</sup>.

Aux Pays-Bas, aucune règle explicite n'indique si l'individu concerné jouit d'un droit objectif à ce que le tribunal impose des conditions. Swart suppose que les tribunaux ont pour seule fonction de donner leur avis à l'exécutif<sup>70</sup>. En Allemagne, cette question fait actuellement l'objet d'un débat<sup>71</sup> alors qu'en Italie, le ministère dispose d'une liberté d'appréciation totale dans ce domaine<sup>72</sup>.

hh) Aux Pays-Bas, le tribunal doit se prononcer dans un délai de deux semaines<sup>73</sup>. De même, au Portugal - où la décision d'autorisation définitive est rendue par le tribunal - l'article 57 de la Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale fixe des délais très stricts.

En Allemagne, la garantie d'un procès rapide s'applique aussi à la phase de la décision judiciaire en raison de la privation de liberté qu'elle entraîne. Cette règle correspond également à la pratique<sup>74</sup>. Aux Etats-Unis, l'individu concerné ne jouit d'aucun droit à un procès rapide<sup>75</sup> alors même que l'audience d'extradition a des conséquences analogues à celles d'une procédure pénale et oblige la personne concernée par une sommation jusqu'au procès. Ce qui n'empêche pas la jurisprudence américaine de considérer que l'audience d'extradition ne revêt pas un caractère pénal<sup>76</sup>.

La procédure française assigne plusieurs délais de manière à accélérer la procédure et plus spécialement la décision de la chambre d'accusation (qui doit entamer sa procédure dans les huit jours suivant l'arrestation du fugitif)<sup>77</sup>.

ii) Le rapport de l'Italie souligne le droit de l'individu à être informé de la décision du tribunal et de ses motifs<sup>78</sup>, tandis qu'aux Pays-Bas une règle explicite impose d'informer le défendeur<sup>79</sup>.

---

68 Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie D.I.2.3.

69 Haas, *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 128, note de bas de page 358.

70 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 B.VII.

71 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.VII.

72 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 B.V., C.VII.

73 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 B.VIII.

74 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.VIII., B.VI.

75 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.VIII.

76 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.V. dans lequel l'auteur prétend que, la décision d'extradition ayant une influence souvent déterminante sur la liberté du fugitif, elle contient les éléments essentiels d'une «sommation» jusqu'au procès. Ladite décision ne diffère donc pas des autres «sommations» pénales et devrait donc s'accompagner de toutes les protections applicables en la matière.

77 Voir Haas, *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 114.

Assez curieusement, la chambre d'accusation française est tenue de motiver sa décision, sans pour autant avoir l'obligation de divulguer ses motifs au fugitif ou de les lire en public. La raison de cette anomalie tient à ce que la décision du tribunal est considérée comme une affaire interne<sup>80</sup>.

jj) Certains Etats reconnaissent le droit de l'individu de former un recours ordinaire<sup>81</sup>. Cette faculté peut s'analyser comme un signe de l'évolution vers une approche où l'intéressé devient un sujet partie à la procédure. Certains Etats excluent l'appel<sup>82</sup>. Signalons à ce sujet que l'article 24, paragraphe 2, de la Loi portugaise exclut le droit de former un recours contre une décision négative sur la recevabilité ou l'acceptabilité de la demande en extradition.

Plusieurs Etats accordent à l'individu la possibilité de former un recours extraordinaire<sup>83</sup>. Certains appels extraordinaires sont cependant réservés au ministère ou au procureur public<sup>84</sup>.

---

78 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 C.IX. ; on dénote cependant l'absence d'obligation d'informer l'individu concerné du décret d'autorisation (chapitre 7 B.VII.).

79 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 B.IX.

80 Telle est l'explication avancée par Haas dans *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 127 citant Aymond, *Encyclopédie Dalloz 1968*, mise à jour 1981, ann. 349.

81 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 B.X. ; Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 C.X. ; Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale 5758-1998 (Israël), en vigueur depuis le 7 février 1999 (*in* Conseil de l'Europe, document PC-OC/INF 29 daté du 23 février 1999, n° 13 : «Right to appeal against the district court's decision») ; article 58, paragraphe 1, de la Loi portugaise relative à la coopération judiciaire internationale en matière pénale (Loi n° 144/99 du 31 août 1999), traduction française disponible sur le site <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais>

82 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.X. ; Allemagne : voir l'article 12 de la LAEI [DE].

83 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.X., D.I. (procédure en *habeas corpus*).

84 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.X.

d) *Détention en vue d'une extradition*

aa) Aux Etats-Unis<sup>85</sup>, en Finlande<sup>86</sup> et - dans une large mesure - en Allemagne<sup>87</sup>, la détention en vue d'une extradition paraît obligatoire, du moins sous sa forme traditionnelle. C'est dans l'affaire *Paretti v. United States* que, pour la première fois, une mise en liberté sous caution fut estimée possible dans le cadre d'une procédure d'extradition<sup>88</sup>. Aux Pays-Bas, par contre, la détention n'est «jamais»<sup>89</sup> obligatoire. L'article 47 de la LEIMP [CH], de même que l'article 25 de la LAEI [DE], établit clairement que la détention en vue d'une extradition n'est pas considérée comme obligatoire par le législateur.

bb) L'article 5b de la Résolution adoptée par le 16<sup>e</sup> Congrès de l'Association internationale de droit pénal en 1999 à Budapest prévoit que<sup>90</sup> :

«[...] En cas de détention pour les besoins d'une extradition, l'individu faisant l'objet d'une telle procédure devrait disposer des mêmes droits que toute autre personne privée de sa liberté dans le cadre d'une procédure pénale nationale. [...]»

Les problèmes pertinents mentionnés dans le rapport de l'Allemagne<sup>91</sup> - sous l'angle des différences de procédure entre les détentions ordinaires et les détentions en vue d'une extradition - ne se posent pas dans les autres Etats. Selon Swart, la réglementation en vigueur aux Pays-Bas ne serait pas conforme à la CEDH<sup>92</sup>.

cc) Aux Pays-Bas, une indemnisation peut être accordée, selon les mêmes modalités que dans les autres affaires<sup>93</sup>. La législation portugaise (article 14 de la Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale)<sup>94</sup> pose également clairement le principe d'une indemnisation pour responsabilité, sans pour autant résoudre la question de la reconnaissance par le droit portugais de l'indemnisation en tant que telle<sup>95</sup>. Ledit article 14 se lit ainsi :

«La loi portugaise s'applique à l'indemnité due pour détention ou emprisonnement illégaux ou injustifiés ou pour d'autres dommages subis par le suspect et par l'inculpé,  
 a) au cours d'une poursuite engagée au Portugal pour donner suite à une demande de coopération adressée au Portugal ;  
 b) au cours d'une poursuite engagée à l'étranger pour donner suite à une demande de coopération formulée par une autorité portugaise».

85 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 D.I.

86 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 D.II. : les dispositions relatives à la détention provisoire s'appliquent mais, en règle générale, la personne est incarcérée.

87 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 D.I.

88 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 D.I., II.

89 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 D.I.

90 *15 International Enforcement Law Reporter* (1999), p. 502-507, p. 506.

91 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 D.II.

92 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 D.II.

93 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 D.II.

94 Loi portugaise relative à la coopération judiciaire internationale en matière pénale (Loi n° 144/99 du 31 août 1999), traduction française disponible sur le site <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais>

95 Voir aussi l'article 15 de la LEIMP [CH] qui stipule que l'indemnisation peut être exigée dans les deux situations décrites respectivement dans les alinéas a et b de l'article 14 de la loi portugaise. Un tribunal suisse peut cependant, en vertu de l'article 15, paragraphe 5, de la LEIMP [CH], tenir compte des possibilités d'indemnisation de l'individu concerné par un Etat tiers.

L'alinéa a) est d'autant plus important qu'il vise une situation soulevant des problèmes en Allemagne. La Haute Cour fédérale a en effet refusé une indemnisation pour détention en vue d'une extradition après le retrait de sa demande par l'Etat requérant (qui avait commis une erreur sur l'identité de la personne concernée). L'argument avancé pouvait se résumer comme suit : seule l'administration de l'Etat requérant est responsable, pas les autorités allemandes. La question de savoir si ces dernières sont malgré tout responsables dans la mesure où elles se sont fiées à la demande de l'autre Etat ne fut pas examinée par la Cour.

La situation en Finlande, telle qu'elle est décrite dans le rapport de ce pays, est exactement inverse : la Cour suprême de Finlande a décidé, dans une affaire, que l'individu concerné devait être indemnisé après son extradition vers la Norvège et son acquittement dans ce pays. Le principal argument invoqué tenait à ce que l'intéressé était sous la juridiction de la Finlande au moment de sa détention, de sorte que l'Etat finlandais pouvait être tenu responsable<sup>96</sup>.

L'indemnisation aux Etats-Unis n'est accordée que dans les affaires de responsabilité délictuelle flagrante (*egregious tort*), ce qui n'est arrivé qu'une seule fois<sup>97</sup>. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, alinéa b, de la StEG<sup>98</sup>, l'Autriche ne peut indemniser qu'une personne détenue sur son territoire à la demande d'un Etat tiers et non les personnes détenues à l'étranger en vue d'une extradition demandée par les autorités autrichiennes.

Concernant la situation évoquée à l'alinéa b) de la loi portugaise précitée, la législation néerlandaise prévoit une indemnisation en cas de détention dans l'Etat requis<sup>99</sup>.

## 2. *Procédure dans l'Etat requérant*

La section précédente évoquait la position de l'Etat requis. Examinons maintenant le point de vue de l'Etat requérant et le rôle conféré à l'individu dans ce cas de figure.

a) Le Liechtenstein dispose désormais - comme l'Autriche (article 68, paragraphe 2, de la LECMP [AT]) - de critères explicites de proportionnalité limitant sérieusement la recevabilité d'une demande d'extradition ou d'une demande visant d'autres formes de coopération. Ces limitations peuvent être invoquées discrétionnairement par la branche judiciaire<sup>100</sup>.

b) L'individu n'a pas la possibilité d'empêcher ou de mettre fin au traitement d'une demande formulée par l'Etat où il se trouve<sup>101</sup>. De plus, le contrôle judiciaire des demandes formulées à l'initiative de tiers n'est pas permis.

96 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 11 A.

97 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitres 7 D.III., 2 B.VII. et 3 B.III.

98 *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen* que l'on peut approximativement traduire par «Loi sur les indemnisations en matière pénale».

99 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 8 B.III.

100 Voir l'article 68, paragraphe 2, de la Loi sur l'entraide internationale en matière pénale du 15 septembre 2000, *Liechtensteinisches Landesgesetzblatt* (Journal officiel du Liechtenstein) 2000, n° 215 du 6 novembre 2000 (p. 351, 1-42). Cette loi est entrée en vigueur le 6 novembre 2000.

101 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 8 A. : absence d'un contrôle judiciaire en Finlande. Aux Pays-Bas, malgré un fondement théorique (nouveau Code civil), une action de ce type n'aurait pratiquement aucune chance d'aboutir (Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 8 A.). En Suisse, la législation exclut explicitement la possibilité d'intenter un recours contre une demande suisse visant autre chose que le transfert de la procédure pénale (article 25, paragraphe 2, de la LEIMP [CH]).

c) En Allemagne, comme en Autriche<sup>102</sup>, une disposition (article 72 de la LAEI [DE]) impose aux autorités le respect des conditions édictées par l'Etat requis, par exemple la spécialité<sup>103</sup>. Aux Pays-Bas, une disposition semblable existe, mais elle vise uniquement les affaires d'extradition. En Italie, en vertu de l'article 699, paragraphe 4, du CPP, le contrôle du respect des conditions incombe uniquement au ministère<sup>104</sup>.

Aux Etats-Unis, la question de savoir si l'individu peut invoquer le principe de spécialité ou d'autres exigences prévues par un traité ou entrant dans le cadre de la protection des droits de l'homme fait actuellement l'objet d'un vif débat. Les discussions en cours visent surtout le caractère directement applicable du principe de spécialité<sup>105</sup> et divisent les circuits fédéraux. Par conséquent, dans les circuits où il n'a pas «qualité pour soulever ce point», l'individu «est entièrement dépendant de la protestation de l'Etat requis»<sup>106</sup>. Ces questions ne se posent ni en Allemagne ni aux Pays-Bas, en raison de la présence dans le droit interne de ces pays d'une disposition accordant explicitement à l'individu le droit de contester le non-respect de ces protections et notamment du principe de spécialité.

En Italie, l'affaire *Venezia* posait un autre problème. La Cour constitutionnelle estima que les assurances données par les autorités des Etats-Unis de ne pas imposer la peine de mort étaient insuffisantes dans la mesure où elles émanaient de l'exécutif et ne pouvaient donc pas lier le judiciaire<sup>107</sup>.

### 3. *Conditions/obstacles/limitations associés à certains aspects de la protection des droits de l'homme*

#### a) *Observations générales*<sup>108</sup>

aa) Tous les pays exigent soit un traité, soit au moins une loi nationale pour entamer une procédure d'extradition. En d'autres termes, c'est au législateur de fixer les conditions dans lesquelles une demande peut être acceptée et l'exécutif ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire en la matière.

On ne saurait en conclure pour autant que les lois régissant la coopération internationale sont claires et facilement accessibles. Dans le contexte européen, on est en effet confronté à un ensemble «chaotique» de conventions, traités et autres textes pertinents composé

102 Voir l'article 4 de la LECMP [AT]. Concernant l'Italie, voir les articles 721 et 729 du CP.

103 Voir aussi l'article 30, paragraphe 3, de la LEIMP [CH] ; Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 5 B.II. Voir aussi l'article 8 de la loi hongroise de 1996 et le paragraphe 24 de la Loi israélienne sur l'entraide judiciaire internationale 5758-1998 (en vigueur depuis le 7 février 1999, disponible en version anglaise sur le document du Conseil de l'Europe PC-OC/INF 29 daté du 23 février 1999).

104 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 E.VIII.

105 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 8 B.

106 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 8 B.III.1.c.

107 Concernant l'affaire *Venezia*, voir Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 E.II. ; DeWitt, 47 *Catholic University Law Review*, p. 535-589 (1998) avec une traduction anglaise de l'arrêt (p. 591-601) ; voir aussi Dugard/Van den Wyngaert, 92 *American Journal of International Law* 197. En réalité, aux Etats-Unis, il est probable qu'une promesse de l'autorité exécutive compétente lierait le judiciaire sur une question ayant une incidence directe sur la vie ou la liberté de l'intéressé.

108 Concernant la question de savoir quels droits de l'homme en général sont des obstacles à l'extradition en cas de problème dans l'Etat requérant, voir aussi Dugard/Van den Wyngaert, 92 *American Journal of International Law*, p. 187-212

fréquemment de dix ou même quinze couches superposées de sources juridiques à consulter. Ce chaos s'accroît encore davantage dès lors que l'on tient compte des conventions universelles visant des sujets spécifiques et comportant aussi des règles en matière de coopération internationale comme la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988 ou la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Du point de vue d'un policier ou d'un magistrat, cette situation s'apparente à une «instigation à la perversion de la justice». Le principe de légalité a en effet perdu son influence et s'est mué en une pure chimère.

bb) Le nombre d'exceptions visant l'extradition et les droits de l'homme a régulièrement augmenté au cours des vingt dernières années<sup>109</sup>. D'une manière générale, on constate également une «constitutionnalisation» des conditions de fond inhérente à la transformation de la protection des droits de l'homme au niveau national<sup>110</sup>, ainsi qu'une nette tendance à reconnaître l'individu comme un sujet du droit international<sup>111</sup>. Ainsi, dans une opinion dissidente, un Juge de la Commission européenne des Droits de l'Homme a souligné que trois parties étaient impliquées dans une procédure d'extradition<sup>112</sup>.

*Parisi* a donc raison lorsqu'elle observe que les conditions nationales et internationales convergent dans ce domaine. Ce constat s'applique particulièrement à l'Italie depuis l'adoption du nouveau Code pénal<sup>113</sup>. Il résulte de la «fusion» du droit international et national relatif à l'extradition, ce qui n'empêche pas certains débats à l'intérieur de chaque pays.

C'est en Europe, dans les années 1970 et 1980, qu'apparut cette tendance à l'intégration sérieuse de la protection des droits de l'homme dans le droit de l'extradition et dans les conditions de fond en découlant<sup>114</sup>. La comparaison entre la situation qui prévalait à l'époque et la situation actuelle - pour s'en tenir aux seules postulations de l'ILA (International Law Association)<sup>115</sup>, révèle des progrès spectaculaires, même s'il reste beaucoup à faire. Les théoriciens et les praticiens du droit réalisent au moins désormais que l'extradition n'est plus un problème associé uniquement à la double incrimination et à d'autres conditions «classiques», mais aussi - voire avant tout - une question touchant aux droits de l'homme.

cc) Les clauses générales de protection des droits de l'homme sont rares<sup>116</sup>. Par contre, les dispositions relatives au droit pénal dans l'Etat requérant, par exemple celles visant la peine de mort<sup>117</sup>, sont plus fréquentes. Les Etats européens reconnaissent dans une large mesure

---

109 Dugard/Van den Wyngaert, *92 American Journal of International Law*, p. 187-212. Voir aussi Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law 1998*, surtout p. 147-173.

110 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 1 E.

111 Pour plus de détails, voir Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie C.III.2.

112 Kolompar, rapport de la Belgique du 26 février 1991, B/216 C, cité par Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe 1995*, partie C.III.2., note de bas de page 498.

113 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 1 E.

114 Voir Swart, *85 Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht* (1982), p. 87-149 ; Van den Wyngaert, *The Political Offence Exception to Extradition* (1980) ; concernant le débat en Allemagne, voir Lagodny, *Rechtsstellung des Auszuliefernden* (1987).

115 ILA, Rapport de la 68<sup>e</sup> Conférence tenue à Taipei en 1998, p. 132-163.

116 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 E.I. ; Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.I. : seulement dans les traités bilatéraux récents. Voir aussi les articles 19 ou 51 de la LECMP [AT].

117 Concernant le problème des sanctions minimales qui sont inconnues en droit néerlandais, voir Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.II.

l'exception relative à la peine de mort, ce qui n'est pas le cas des Etats-Unis<sup>118</sup>. En Allemagne, la peine excessive encourue a empêché l'extradition dans certaines affaires<sup>119</sup>.

Les clauses relatives à la peine de mort - comme l'article 11 de la Convention européenne d'extradition autorisant l'Etat requis à demander des assurances concernant la non-exécution de la peine capitale - soulèvent plusieurs questions : Ces assurances sont-elles dignes de foi ? Qui décide de leur sérieux : l'autorité chargée de délivrer l'autorisation, le tribunal ou les deux ? Là encore, nous sommes confrontés au problème général des restrictions pesant sur le contrôle judiciaire (voir ci-dessous le point E.II).

dd) La procédure pénale dans l'Etat requérant est évaluée à l'aide de mécanismes tels que ceux évoqués dans l'article 3 du Deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition qui vise les jugements par défaut<sup>120</sup>. Pour la Cour suprême finlandaise, par exemple, le fait que des opérations clandestines aient été montées contre l'individu ne constitue pas un obstacle<sup>121</sup>.

De même, il convient de mentionner ici l'interdiction d'extrader en cas de menace de torture. Par contre, la violation imminente, dans l'Etat requérant, du droit pour l'individu de ne pas s'auto-incriminer n'a pas été considérée comme un obstacle à l'extradition dans une affaire précise<sup>122</sup>.

ee) Les clauses relatives à la persécution, comme l'article 3, paragraphe 2, de la Convention européenne d'extradition, sont très courantes<sup>123</sup>. L'article 14 de la Loi hongroise prévoit explicitement que «l'extradition des réfugiés sera refusée [...]»<sup>124</sup>.

ff) Le droit néerlandais contient des clauses spéciales d'humanité tenant compte de la situation personnelle de l'extradé (âge, état de santé, discernement, etc.), mais c'est l'exécutif et non le judiciaire qui décide de leurs modalités d'application<sup>125</sup>. L'article 18 de la loi portugaise précitée contient également une clause facultative d'humanité<sup>126</sup>. En Allemagne, les cas de ce type ne peuvent être tranchés que sur la base de l'article 73 de la LAEI [DE] qui renvoie au droit national.

---

118 Concernant les problèmes rencontrés par les Etats-Unis lorsqu'ils sollicitent un pays européen en tant qu'Etat requis, voir Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 8 B.III.2.

119 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 E.II.

120 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 E.III. Voir aussi Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 E.III. : la Cour suprême finlandaise a refusé l'extradition dans une affaire visant un jugement par défaut prononcé en Suisse.

121 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 E.III.

122 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 E.III.

123 Voir aussi l'article 10, paragraphe 2, de la LAEI [DE] ou l'exception visant la «mauvaise foi» signalée par Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law* (1998), p. 191-193.

124 Loi XXXVIII de 1996 sur l'entraide judiciaire en matière pénale, Conseil de l'Europe, document PC-OC/inf. 26, disponible uniquement en anglais, p. 4.

125 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.V. Voir aussi l'article 22 de la LECMP [AT] qui contient une clause générale d'humanité et l'article 21 de la même loi qui interdit explicitement l'extradition d'enfants.

126 Voir aussi l'article 4 de la LEIMP [CH].

En Finlande, une clause d'humanité existe, mais elle est rarement invoquée comme motif de refus. Cependant, on signale un cas - celui d'un Estonien domicilié en Finlande - où ladite clause a été appliquée<sup>127</sup>.

gg) Dans le cadre de l'Union européenne, la non-extradition des ressortissants nationaux sera prochainement abolie ou du moins restreinte<sup>128</sup>. Les Pays-Bas ont modifié leur législation en la matière dès 1985 : l'extradition de ses ressortissants est donc possible à condition que l'individu concerné soit renvoyé dans le royaume pour y purger sa peine<sup>129</sup>.

hh) Dans certains Etats, la nécessité (constitutionnelle ?) de la double incrimination est considérée comme faisant partie intégrante de la règle *nulla poena sine lege* [pas de peine sans loi]<sup>130</sup>. On observe même une tendance au relèvement des seuils : aux Etats-Unis, par exemple, la double incrimination a été élargie à la question de savoir si l'Etat requis serait compétent dans les mêmes circonstances<sup>131</sup>. Par contre, la Convention européenne d'extradition<sup>132</sup> semble réduire très légèrement l'incidence de la double incrimination dans les affaires de préparation d'un crime ou d'une conspiration.

Curieusement, le rapport des Etats-Unis déclare que la double incrimination a été réduite «jusqu'à perdre toute signification» dans l'interprétation prévalant au sein des tribunaux nationaux<sup>133</sup>.

La double incrimination s'entend uniquement *in abstracto* aux Pays-Bas<sup>134</sup> et *in concreto* en Allemagne et en Autriche<sup>135</sup>. Les autorités néerlandaises refusent notamment de tenir compte de la démence du défendeur<sup>136</sup>. En Suisse, l'article 35, paragraphe 2, de la LEIMP [CH] prévoit que ni les «conditions particulières en matière de culpabilité et de répression», ni «le champ d'application quant au temps ou aux personnes» ne doivent être pris en compte. Ces termes correspondent respectivement à l'allemand «besondere Schuldformen» et «Strafbarkeitsbedingungen» qui sont difficiles à traduire. En gros, l'idée maîtresse est que seuls l'élément matériel (*actus reus*), l'élément moral général (*mens rea*) et les motifs

---

127 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 E.IV. Pour un exemple opposé (à savoir le refus de la Haute Cour du Liechtenstein d'extrader, pour des raisons humanitaires) qui provoqua un vif débat sur le fond, voir Fürstlich Liechtensteinischer Oberster Gerichtshof, décision du 2 juillet 1998 - 8 Rs 35/98-75 et commentaires de Schwaighofer et Schomburg, *Jus & News, Issue 3*, 1999, p. 260-265 (décision), 266-269 (Schomburg), 270-274 (Schwaighofer).

128 Voir l'article 7 de la Convention du 27 septembre 1995, établie conformément à l'article K.3 du TUE, relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne (*JOCE* C 313, 23 octobre 1996, p. 11) : Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2, chapitre 7 E.VII.

129 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.VII.

130 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 E.VII. ; Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 E.VIII.

131 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 VIII.2.c.

132 Convention du 27 septembre 1995, établie conformément à l'article K.3 du TUE, relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, *JOCE* C 313, 23 octobre 1996, p. 11. L'article 3 vise uniquement la conspiration et les crimes comparables. Pour plus de détails, voir Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2, chapitre 7 E.VII.

133 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 E.VIII.

134 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.VIII.

135 Voir Schwaighofer, *Auslieferung und internationales Strafrecht* (1988), p. 96.

136 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.VIII.



invoqués comme justification sont vérifiés : les questions visant la culpabilité et les éléments objectifs pour lesquels aucun *mens rea* n'est requis ne sont pas vérifiés<sup>137</sup>.

L'examen des arguments de *Swart* en faveur de l'exigence de double incrimination<sup>138</sup> et de son analyse de l'évolution de la question - depuis l'établissement au XIX<sup>e</sup> siècle d'une liste «positive» des infractions méritant l'extradition et punissables dans les deux Etats jusqu'à l'approche actuelle caractérisée par l'absence de liste (voir notamment l'article 2, paragraphe 1, de la Convention européenne d'extradition) - vont dans le sens d'une approche sans liste. Tout Etat serait donc libre de prévoir dans un traité ou une convention (ou au moyen d'une réserve à cet instrument)<sup>139</sup> que :

- la double incrimination n'est pas requise pour l'extradition (ou les autres formes de coopération),
- mais que l'Etat X n'extrade ni pour les crimes spécifiques suivants (...),
- ni pour les crimes qui seraient considérés comme inconstitutionnels (ou contraires à l'ordre public) en vertu de sa législation<sup>140</sup>.

Cette approche permettrait à chaque Etat de préserver ses particularismes culturels et se révélerait plus efficace que les tentatives visant à harmoniser l'ensemble du droit pénal matériel positif : une prouesse impossible même au niveau européen et une idée évoquée uniquement par des théoriciens confinés dans leur tour d'ivoire au niveau mondial.

ii) La renonciation aux conditions évolue sous l'angle de la spécialité<sup>141</sup> et l'individu semble de plus en plus habilité à renoncer - avec toutefois l'accord de l'Etat requis - à l'application de ce principe<sup>142</sup>. L'approche adoptée par le législateur suisse dans l'article 38, paragraphe 2, alinéa a, de la LEIMP [CH] diffère radicalement à cet égard, dans la mesure où elle autorise l'individu à renoncer tout seul à la condition de spécialité.

b) *Problèmes de hiérarchie (droits fondamentaux internationaux et nationaux c. exigences des traités)*

aa) Les questions associées aux droits de l'homme peuvent soulever des problèmes dans l'Etat requis en l'absence de dispositions conventionnelles pertinentes permettant de répondre à la question suivante : Existe-t-il une obligation d'extrader en vertu du droit international public<sup>143</sup> ? Les traités contiennent de plus en plus de clauses explicites de protection des droits de l'homme, même si cette évolution marque parfois quelques hésitations. Les

137 Voir Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale* (1999), p. 274 (n° 353) ; Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie B.IV.1.2, note de bas de page 472.

138 Swart, in : Eser/Lagodny (éd.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law* (1992), p. 505-534.

139 Voir la récente proposition de décision-cadre de la Commission de l'UE sur le mandat d'arrêt européen (COM [2001] 522, 19 septembre 2001 ; JOCE 2001 C 332 E/305).

140 Concernant la nécessité d'une telle exception, voir Lagodny in Schomburg/Lagodny, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen 1998*, ann. 2 au paragraphe 3 de la LAEI [DE]. En outre, en l'absence d'une telle clause constitutionnelle ou d'ordre public, il serait impossible pour un Etat de déterminer de manière exhaustive les affaires où l'extradition est impossible.

141 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 E.IX., X.

142 Pour l'Europe, voir les articles 9 et 12 de la Convention relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats de l'Union européenne.

143 Voir ci-dessus le point A.II.

différents droits internes, eux aussi, intègrent un nombre croissant de clauses de ce type, surtout en matière d'extradition. Cependant, on déplore toujours un fossé entre les traités qui - en l'absence d'une clause spécifique aux droits de l'homme - prévoient l'obligation d'extrader dans une situation où ces droits sont en danger et les divers droits nationaux (et plus particulièrement les dispositions visant les droits fondamentaux) régissant le «pouvoir d'extrader» et contraignant l'Etat à ne pas extrader dans la même situation<sup>144</sup>. Dans les années 1980 et 1990, les tribunaux nationaux tentèrent de combler ce fossé en recourant à ce que l'on pourrait qualifier de «décisions s'apparentant à des expédients (*emergency brake decisions*)»<sup>145</sup>. Ces décisions mentionnaient des normes minimales de protection internationale et/ou nationale des droits de l'homme pour déclarer l'extradition inadmissible, malgré l'absence de dispositions explicites en ce sens dans le traité pertinent.

bb) Pareille application des droits fondamentaux nationaux peut provoquer des problèmes spéciaux de hiérarchie, d'abord au niveau du droit public international. Il convient donc de se poser la question suivante : Le traité d'extradition a-t-il précedence sur les instruments/normes internationaux de protection des droits de l'homme ou inversement ? Dans quelle mesure le *jus cogens* (tel qu'il se reflète dans les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) a-t-il précedence sur le traité d'extradition ? Deuxièmement, au niveau du droit national : Le traité d'extradition a-t-il précedence sur le droit constitutionnel national (en vertu de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ? Les «décisions s'apparentant à des expédients» susmentionnées essayaient de faire l'impasse sur ces questions délicates en se référant à une norme minimale supérieure internationale ou nationale.

En France, cependant, les concepts associés aux droits de l'homme sont appliqués en tenant largement compte des impératifs de l'ordre public national sans même se poser la question de savoir si cette construction juridique est possible en l'absence d'une disposition conventionnelle en ce sens. A titre d'exemple particulièrement édifiant de cette interprétation de l'ordre public, on peut citer le refus systématique d'extrader lorsque l'individu concerné court le risque imminent de se voir infliger la peine de mort<sup>146</sup>.

cc) En l'absence de hiérarchie des normes au niveau du droit international<sup>147</sup>, la réponse à ces questions doit reposer sur le rang du droit international public dans l'ordre juridique interne. Le système américain est de ce point de vue «agressivement dualiste»<sup>148</sup>. Il est intéressant, mais non surprenant sous l'angle de la situation politique, de constater que le droit (constitutionnel) national des Etats-Unis a priorité sur le droit international<sup>149</sup>, même si «les traités sont la législation suprême du pays». Dans les autres Etats, par contre, le droit international occupe un rang supérieur<sup>150</sup> ou au moins égal<sup>151</sup> au droit national<sup>152</sup>.

---

144 Voir ci-dessus le point A.II.

145 Voir Lagodny/Reisner, 3 *Finnish Yearbook of International Law*, p. 237-297 (1992); 65 *RIDP* 543-596 (1994). Voir aussi les arrêts mentionnés par Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie D.III.2.2.1

146 Haas, *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 372 et p. 219, 220 (peine de mort).

147 Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie D.III.1.

148 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 A.I.

149 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 A.I.

150 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 1 C. et E.

151 Concernant la place respective du droit international coutumier et du droit constitutionnel en Italie, voir Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 1 C.III. En Allemagne, les «règles générales du droit international»

dd) La relation entre les conventions internationales relatives aux droits de l'homme et les traités d'extradition est importante, notamment aux Pays-Bas<sup>153</sup> et en Italie<sup>154</sup> où les conventions concernées ont priorité, même si une disposition plus spécifique peut prévaloir dans certains cas en vertu du principe de spécialité. Aux Pays-Bas, la priorité n'est pas générale mais dépend des circonstances de l'espèce, à moins que l'individu ne risque la torture (cette dernière faisant en effet l'objet d'une interdiction absolue)<sup>155</sup>.

Les traités d'extradition conclus par les Etats-Unis n'ont pas besoin d'être ratifiés par le Congrès dans la mesure où ils sont réputés directement applicables. Les Etats-Unis disposent depuis longtemps d'une loi sur l'extradition qui prévoit incidemment qu'une extradition ne peut avoir lieu que sur la base d'un traité, sauf en cas de remise d'une personne recherchée aux tribunaux internationaux *ad hoc* créés pour punir les crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda<sup>156</sup>. Les conventions de protection des droits de l'homme, par contre, ne sont pas directement applicables et n'influent donc pas d'emblée sur le droit interne. De ce point de vue, elles n'ont donc pas priorité sur les traités d'extradition<sup>157</sup>. D'aucuns voudraient cependant qu'elles puissent exercer un effet sur l'interprétation desdits traités.

En Allemagne, les traités d'extradition doivent être ratifiés par le Parlement. Théoriquement, les conventions de protection des droits de l'homme ont le même rang (celui d'instrument de droit parlementaire) que les traités/conventions d'extradition. Toutefois, la Cour constitutionnelle fédérale tient compte de la CEDH lorsqu'elle interprète les droits fondamentaux nationaux<sup>158</sup>.

La Finlande établit une distinction : si un accord affecte des droits fondamentaux, le Parlement doit adopter une loi d'autorisation générale selon une procédure spéciale réservée habituellement aux amendements constitutionnels. Si l'accord ne contredit pas le droit interne, par contre, le gouvernement peut promulguer un décret d'application générale sans intervention du Parlement<sup>159</sup>.

ee) Bien que la Cour suprême des Etats-Unis ait affirmé que le droit international faisait partie du droit américain, le droit international coutumier n'est pas applicable à moins que le domaine couvert par un traité n'ait fait l'objet d'aucune décision émanant du législatif, du judiciaire ou de l'exécutif<sup>160</sup>. En Italie, ce droit a le même rang que le droit

---

occupent un rang intermédiaire entre le droit parlementaire et le droit constitutionnel, voir Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 1 E.I.

152 En Finlande, de nombreuses questions semblent toujours non résolues (Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 1 C.IV.) concernant la relation entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit.

153 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 E.II.

154 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 1 E.

155 Voir Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 E.II. Voir aussi Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie D.III. 1.2., qui soutient que les conventions internationales de protection des droits de l'homme occupent généralement un rang supérieur.

156 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 C.II.

157 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 C.II.

158 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 1 E.III.

159 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 1 C.IV. ; voir aussi Traeskman, *65 RIDP*, p. 251-287 (1994), partie II, p. 265-269.

160 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 B.III. Concernant les conséquences, voir : *The Paquete Habana, The Lola*, 175 U.S. 677 (1900) ; Blakesley *et al.*, *The International Legal System* (2001), p. 8-

constitutionnel<sup>161</sup>. En Allemagne, *grosso modo*, l'essentiel du droit international coutumier occupe une position supérieure au droit parlementaire mais inférieure au droit constitutionnel. Aux Pays-Bas, le droit international devient directement partie intégrante de l'ordre juridique interne<sup>162</sup> ; ce pays tient même compte du «droit indicatif» du Conseil de l'Europe et plus particulièrement des recommandations adoptées par cette organisation<sup>163</sup>.

ff) Le concept de *jus cogens* joue un rôle dans la politique étrangère des Pays-Bas en tant qu'argument prouvant la supériorité des conventions de protection des droits de l'homme sur les traités d'extradition<sup>164</sup>. Aux Etats-Unis, ce *jus cogens* n'est pas considéré comme faisant formellement partie du droit interne et il est souvent mal compris par les tribunaux, le législatif et l'exécutif<sup>165</sup>. Les causes possibles de cette méconnaissance tiennent sans doute à l'approche strictement dualiste du système juridique américain ou au mépris que la plupart des responsables gouvernementaux affichent pour le droit international<sup>166</sup>.

gg) On constate également certaines divergences sous l'angle du contrôle constitutionnel des traités internationaux : aux Etats-Unis<sup>167</sup> et en Allemagne<sup>168</sup>, il est possible, alors qu'aux Pays-Bas<sup>169</sup> seules d'autres instruments internationaux - tels que des conventions de protection des droits de l'homme - peuvent être opposés à des traités d'extradition.

Les Pays-Bas ont adopté une procédure très intéressante visant les «traités» d'application tels que ceux concernant l'Accord de Schengen ou le Traité sur l'Union européenne de 1992. Le gouvernement doit informer le Parlement de tout projet de décision de mise en œuvre de traités qui obligeraient les Pays-Bas, avant de pouvoir voter en faveur de l'instrument concerné au niveau européen<sup>170</sup>. Cette procédure revêt une importance majeure dans le contexte européen, dans la mesure où les traités d'application sont souvent rédigés et transformés en décision contraignante avant même que le public réalise leur teneur.

---

41. L'impact de cette interprétation est énorme dans la mesure où le Président, le Congrès ou le judiciaire ont le pouvoir et l'autorité d'empêcher l'application du droit international coutumier sur le territoire des Etats-Unis. Ce débat fait actuellement rage, comme indiqué dans le rapport de Blakesley. Par ailleurs, une bonne partie de la législation et de la réglementation édictée par l'exécutif sur la lutte contre le terrorisme, l'immigration, l'asile, etc. - y compris l'incarcération et les procès secrets, la condamnation à mort et l'exécution à l'issue d'un verdict prononcé par une commission militaire établie en vertu du décret présidentiel autorisant le traitement et le procès de certains non-ressortissants dans le cadre de la guerre contre le terrorisme - méconnaissent le droit international coutumier, ainsi que les principes du *jus cogens* et même de nombreux traités auxquels les Etats-Unis sont parties. Au moment de la rédaction de la présente étude, les conséquences de cet état de choses aux niveaux national et international n'avaient pas encore été mesurées dans toute leur ampleur. Signalons en outre qu'en vertu d'un autre décret de l'exécutif, les Etats-Unis ont placé au secret plus d'un millier d'étrangers dont la plupart n'ont eu droit ni à une audience, ni à un avocat.

161 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 1 E.

162 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 C.II.

163 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 C.I.

164 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 E.II. Voir aussi le vif débat qui secoue la Finlande (Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 1 E.) et, généralement, Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie D.III.1.3.

165 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 B III 2.

166 Voir Blakesley *et al.*, *The International Legal System*, p. 531, 585-569 ; Blakesley, *91 Journal of Criminal Law & Criminology* 1-97 (2000). Pour plus de détails, voir aussi Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie D.III.2.2.1.f. concernant l'Australie.

167 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 C.II.

168 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 1 A.

169 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 E.III.

170 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 C.II.

## II. *Coopération en matière pénale*

### 1. *Procédures dans l'Etat requis*

a) Dans le cadre des différentes formes de coopération internationale autres que l'extradition, les procédures s'inspirent généralement de la procédure d'extradition. La plupart des Etats établissent donc et respectent une distinction entre les procédures administrative (autorisation) et judiciaire. La principale différence par rapport à l'extradition tient à ce que ces autres procédures ne font généralement pas l'objet d'un contrôle judiciaire obligatoire. La procédure judiciaire n'est déclenchée dans l'Etat requis que si la demande porte sur des actes coercitifs tels qu'une perquisition ou une saisie ; ce cas de figure, en effet, ne diffère pas des procédures comparables purement nationales et les mesures envisagées doivent être préalablement approuvées par un juge (ou une autre autorité compétente).

Parmi les exceptions importantes à ce principe, il convient de citer la Suisse qui ne dispose pas de procédure d'autorisation. L'individu concerné par la procédure déclenchée dans l'Etat requérant peut contester la décision d'acceptation ou d'exécution de la demande (article 21, paragraphe 3, de la LEIMP [CH]). Par contre, les tiers ne peuvent pas faire appel.

b) La plupart des pays étudiés considèrent que la procédure d'autorisation - dans le cadre de ces formes de coopération comme dans celui d'une extradition - revêt un caractère administratif<sup>171</sup>. L'autorité chargée de délivrer l'autorisation est, dans la plupart des cas, une instance subordonnée au ministre de la Justice ou à laquelle ce dernier a délégué son pouvoir de décision. Il s'agit souvent de l'autorité chargée également d'exécuter la demande (par exemple en interrogeant un témoin). Ces pratiques compliquent parfois la compréhension des structures de la procédure.

La demande d'assistance est transmise par l'autorité chargée de délivrer l'autorisation aux autorités chargées de la suite de la procédure. Dès ce stade très précoce, ladite autorité détermine la recevabilité de la demande et son opportunité politique, sous réserve bien entendu de l'approbation ultérieure du tribunal lorsque celle-ci est requise<sup>172</sup>.

c) Le même constat prévaut pour les procédures d'extradition sous l'angle de l'absence de prise en compte des droits à un procès équitable au stade de la procédure d'autorisation : bien que formelle, ladite procédure n'est en effet soumise à aucune règle explicite en la matière. Par contre, les autres formes de procédure administrative (domestique) sont codifiées ou contrôlées par (quelques) règles. Cette asymétrie se retrouve notamment en Allemagne<sup>173</sup>.

Aux Pays-Bas et en Allemagne, cependant, des règles garantissant les droits à un procès équitable mentionnés dans le questionnaire seraient certainement observées si les lois régissant la procédure administrative en général étaient applicables et systématiquement appliquées à la coopération internationale<sup>174</sup>.

171 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 4 A.; Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 2 avant A. et chapitre 4 B., C.I.

172 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 4 A., mentionnant l'article 723 du Code italien de procédure pénale. (CPP) ; Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 A.

173 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 B. avant I et chapitre 4 B. avant I ; concernant les conséquences sur la protection de la vie privée, voir p. 26. Nous avons proposé l'applicabilité de la Loi fédérale sur la procédure administrative (BVwVfG).

174 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 C.I.

En Finlande, il semble difficile de distinguer entre la procédure d'autorisation et la procédure judiciaire et d'évaluer le respect des droits associés au procès équitable : présomption d'innocence, droit d'être entendu, droit à l'assistance d'un avocat, droit d'être informé de l'accusation ou de la procédure prévue. Ces droits semblent s'appliquer également aux procédures associées à la coopération internationale, du moins là où il y a lieu de le faire<sup>175</sup>. Bien entendu la question essentielle consiste à savoir quand il y a lieu de le faire.

En Suisse, les droits à un procès équitable sont généralement garantis en raison, sans doute, de l'approche générale différente adoptée par ce pays.

d) Les Pays-Bas, également, observent une approche différente<sup>176</sup>. En vertu de l'article 552o du CPP, les droits associés au procès équitable s'appliquent dès lors qu'un juge d'instruction (*rechter commissaris*) est chargé d'exécuter la demande. Dans ce cas, la demande «aura les mêmes conséquences juridiques qu'une demande d'examen judiciaire préliminaire, dans la mesure où elle concerne [des mesures coercitives]». De sorte que l'individu jouira de toutes les garanties y compris l'immunité d'auto-incrimination, le droit d'être entendu, le droit à l'assistance d'un avocat, le droit de consulter le dossier, le droit d'être informé de la décision, etc.<sup>177</sup>. Ainsi, le facteur décisif aux Pays-Bas semble tenir à la question de savoir si l'intervention d'un juge d'instruction est requise. Dans son rapport, Swart expose d'ailleurs les conséquences attachées à ce critère lorsqu'il analyse les principes de la procédure administrative<sup>178</sup>.

Israël observe une autre approche sous l'angle des droits des tiers : la nouvelle Loi 5758-1998 sur l'assistance judiciaire internationale, entrée en vigueur le 7 février 1999<sup>179</sup>, prévoit expressément dans son article 30 une audience consacrée à la remise des preuves. Cette procédure est censée protéger les tiers.

e) Le droit de l'individu d'être informé n'est pas garanti. L'Allemagne ne reconnaît ni ce droit, ni celui d'être informé de la décision définitive (à savoir l'octroi de l'assistance)<sup>180</sup>. Elle ne saurait pour autant être décrite comme une tenante de l'approche «objectivante», dans la mesure où l'assistance porte sur des procédures d'investigation qui, même dans le cadre d'une action purement nationale, ne confèreraient aucun droit en matière d'information au défendeur.

f) Le droit suisse garantit explicitement le droit des parties de consulter le dossier. Ce droit peut cependant faire l'objet de restrictions (article 80b de la LEIMP [CH]). En tout état de cause, ledit droit soulève un nouveau problème. L'article 7 de la Convention sur l'entraide

---

175 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 C.V (concernant les audiences).

176 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 C.II.

177 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 B. ; Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 4 A., mentionnant le traité entre la Suisse et les Etats-Unis.

178 Voir Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 C.I où l'auteur montre les conséquences potentielles de l'applicabilité des dispositions pertinentes des chapitres 2 à 4 de la Loi générale sur la procédure administrative.

179 Voir le document du Conseil de l'Europe PC-OC/INF 29 daté du 23 février 1999 (disponible uniquement en anglais).

180 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 A. concernant l'extradition ; la même carence affecte l'aide judiciaire.

judiciaire de l'Union européenne (UE-EJP)<sup>181</sup> autorise l'échange spontané - c'est-à-dire initié en l'absence de toute demande - d'informations : une disposition venant légaliser une pratique générale. Au cours des débats relatifs à cette disposition, le Parlement européen proposa d'exiger explicitement l'insertion dans le dossier de l'auteur et la date de la communication<sup>182</sup>, ce qui aurait pu présenter des avantages pour la défense. Cette proposition ne fut cependant pas retenue. L'article 67a, paragraphe 6, de la LEIMP [CH], par contre, exige que toute transmission spontanée figure dans un procès-verbal.

g) Le droit à l'assistance d'un avocat revêt un intérêt sous l'angle de la présence de l'intéressé lors de l'interrogatoire des témoins ou lorsque le défendeur dans l'Etat requérant désire s'opposer par son intermédiaire à l'exécution de la demande par l'Etat requis. Ce droit semble garanti dans les Etats continentaux<sup>183</sup>.

Aux Etats-Unis, cependant, il semble que le défendeur n'ait pas droit à un avocat lorsqu'il se trouve à l'étranger - comme c'est le cas dans les situations décrites - à moins qu'il ne puisse se prévaloir de règles locales. La raison tient à la portée territoriale des garanties constitutionnelles<sup>184</sup>. L'approche suisse diffère : l'article 21 de la LEIMP [CH] prévoit le droit à l'assistance d'un mandataire et à l'introduction d'un recours.

L'analyse de l'UE-EJP révèle une innovation intéressante : son article 10 autorise l'audition par vidéoconférence des témoins et aussi du défendeur. Le paragraphe 9 de cette disposition stipule que : «Les auditions ne peuvent avoir lieu que si la personne poursuivie pénalement y consent. Le Conseil adopte dans un instrument juridique contraignant les règles pouvant être nécessaires pour assurer la protection des droits des personnes poursuivies pénalement.». En vertu de l'article 30 de la même convention, le Conseil a fait une déclaration concernant l'article 10(9) qui se lit comme suit : «Lorsqu'il envisage l'adoption d'un instrument visé à l'article 10, paragraphe 9, le Conseil tient compte des obligations des Etats membres au titre de la convention européenne des droits de l'homme.».

Le Conseil de l'Union européenne est composé de délégués des gouvernements des Etats membres de l'Union européenne. Bien que la plupart des spécialistes en droit européen se refusent à voir dans cet organe la branche exécutive de l'Union européenne ou de la Commission européenne<sup>185</sup>, il paraît étrange que le Conseil se voit chargé d'adopter des règles visant les droits de l'homme et, ce faisant, de contrôler les activités des Etats membres : une situation qui pourrait générer un cercle vicieux.

---

181 Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du TUE, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, *JOCE C 197/3*, 12 juillet 2000, p. 3 (ci-après «UE-EJP»).

182 Bericht vom 31. Januar 2000 über den Entwurf eines Rechtsaktes des Rates über die Erstellung des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (9636/1999 - C5-0091/1999 sowie SN 5060/1999 - C5-0331/1999 - 1999/0809 [CNS]), Ausschuss für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten, EP-Sitzungsdokument A5-0019/2000; RR\403243DE.doc; PE 232.057, p. 5-46, paragraphes 17 et suivants.

183 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 4 C.III.; Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 B. (juge d'instruction); Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 4 C.II. (pas de règle explicite mais invocation du "Rechtsstaatsprinzip"); Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 C.III.

184 Pour plus de détails, voir ci-dessous le point D.I.

185 En vertu de la théorie selon laquelle le concept traditionnel de division des pouvoirs (entre législatif, exécutif et judiciaire) ne peut pas être transposé à l'UE/CE, voir Schweitzer/Hummer, *Europarecht 1996*, marges 923 ff., 925.

h) L'Italie ne reconnaît pas le droit d'être entendu par un tribunal, ce qui pose un problème<sup>186</sup>. De plus, le fait que le défendeur n'ait pas droit de faire appel alimente un vif débat dans la péninsule<sup>187</sup>.

Le rapport de l'Italie mentionne que le droit du défendeur d'être entendu n'est pas garanti dans les cas où l'Italie est priée d'exécuter une commission rogatoire<sup>188</sup>. Cette situation risque de compromettre, voire de nier, le droit de l'individu concerné d'être présent lors de l'administration des preuves.

i) Aux Pays-Bas, les autorités peuvent toujours imposer des conditions telles que le respect de la règle de spécialité<sup>189</sup>. De sorte que l'individu semble jouir du droit de demander au tribunal d'imposer des conditions dès lors que la protection des droits de l'homme est en jeu<sup>190</sup>. En Finlande, cependant, l'individu ne semble jouir d'aucun droit subjectif de demander à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation d'imposer des conditions à l'Etat requérant<sup>191</sup>.

j) La question de la rapidité de la décision de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation ne semble pas se poser dans le cadre de l'assistance judiciaire, peut-être parce qu'à la différence des cas d'extradition, ces procédures n'entraînent pas de détentions préventives<sup>192</sup>. Du point de vue de l'individu concerné, l'accélération de la procédure dans les affaires d'assistance judiciaire n'est importante que si l'autorisation d'exécution de la demande va dans son intérêt.

Cependant, le droit à une décision rapide du tribunal serait garanti aux Pays-Bas pour peu que la Loi générale de 1992 soit appliquée à ces procédures. A cet égard, le rapport de la Finlande signale que la question de l'applicabilité des articles 5(4) et 6 de la CEDH demeure obscure<sup>193</sup>.

k) Concernant le droit d'exiger le contrôle judiciaire postérieur de la décision, deux questions doivent être examinées<sup>194</sup> :

- L'exécution de la demande doit-elle être préparée (exécutée) dans l'Etat requis ? En d'autres termes, les documents peuvent-ils être saisis dans l'Etat requis (pouvoir d'exécution) ?
- Les résultats de l'exécution, à savoir les documents saisis, peuvent-ils être transférés à l'Etat requérant (pouvoir d'accomplissement) ?

Ces questions/règles visent aussi bien les documents que les preuves matérielles.

---

186 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 4 B.V.

187 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 4 B.X.

188 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 4 B.I.

189 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 C.VII. Voir aussi l'article 80 p de la LEIMP [CH].

190 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 C.VII.

191 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 B.VI.

192 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 4 C.VII.

193 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 B.VII.

194 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 4 C.I.



En Allemagne, cette distinction est le fruit de délibérations constitutionnelles. Il est cependant utile de l'étudier pour analyser les autres ordres juridiques, même dans un contexte constitutionnel différent. Dans les procédures d'extradition, les deux points ou questions sont depuis longtemps séparés. Premièrement, le pouvoir d'exécution concerne la détention en vue d'une extradition ; deuxièmement, le pouvoir d'accomplissement concerne l'octroi de l'extradition, y compris la remise de l'individu.

La «décision» au sens prêté à ce terme dans le questionnaire et dans la présente discussion est l'octroi (imminent) d'une forme quelconque d'assistance judiciaire. Les Pays-Bas, par exemple, prévoient uniquement un contrôle postérieur de la décision du juge d'instruction et non un contrôle judiciaire général. La Loi générale de 1992 sur la procédure administrative n'étant pas applicable à la coopération internationale, le seul recours possible semble être une ordonnance rendue sur la base du nouveau Code civil<sup>195</sup>.

En Allemagne, l'approche est différente en raison de l'article 19, paragraphe 4, de la LF qui prévoit que toute personne lésée dans ses droits fondamentaux par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Le pouvoir d'accomplissement, c'est-à-dire l'admissibilité ou l'opportunité de l'autorisation, doit être vérifié par le tribunal autorisé à contrôler l'autorité exécutante (solution de l'intégration). Cette construction juridique est nécessaire, dans la mesure où, en Allemagne comme aux Pays-Bas, le Code de contrôle judiciaire des mesures administratives n'est pas appliqué. En Finlande, la situation est encore différente puisque les décisions administratives ne font pas l'objet d'un contrôle judiciaire général mais uniquement d'un contrôle administratif interne<sup>196</sup>. Lorsque des mesures coercitives sont envisagées, par contre, la loi prévoit un contrôle judiciaire<sup>197</sup> circonscrit au pouvoir d'exécution (et excluant le pouvoir d'accomplissement).

l) La question du contrôle judiciaire de l'autorisation elle-même de l'assistance appartient à un autre registre. La réponse dépend de l'existence et de la portée du contrôle judiciaire éventuellement effectué avant la décision d'autorisation<sup>198</sup>. En Suisse, aucune décision judiciaire n'est rendue en la matière, mais il est clairement stipulé que la décision d'autorisation peut faire l'objet d'un recours (article 80f de la LEIMP [CH]), comme dans les affaires d'extradition. Là encore, seuls les tribunaux administratifs sont compétents. Le droit de recours n'est pas réservé à la personne poursuivie, mais peut être étendu à des tiers dont les intérêts dignes de protection sont affectés par la demande (article 21, paragraphe 3, de la LEIMP [CH]).

Il convient de relever que le système suisse prévoit un contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont jouit l'exécutif. Par conséquent, l'article 80i de la LEIMP [CH] stipule que le recours peut être formé pour excès ou abus du pouvoir d'appréciation<sup>199</sup>.

Aux Pays-Bas ainsi qu'en Allemagne, le contrôle judiciaire postérieur de l'exécution d'une demande soulève le problème de savoir quelle est la juridiction compétente : les tribunaux

---

195 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 C.XI.

196 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 C.X.

197 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 C.X.

198 Voir plus haut le début du point II.

199 Concernant le contrôle par les tribunaux anglais de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, voir Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law* (1998), p. 153-155.

ordinaires ou les tribunaux civils<sup>200</sup> ? En Finlande, les décisions autorisant l'assistance ne peuvent pas faire l'objet d'un appel<sup>201</sup>.

m) L'indemnisation aux Etats-Unis demeure une question largement ouverte et dépend de l'ampleur de la négligence et de l'immunité des autorités de l'Etat requis<sup>202</sup>. Aux Pays-Bas, le nouveau Code civil est applicable concernant la décision d'autorisation<sup>203</sup>. En Allemagne, la pratique ignore cette question.

n) Les rapports indiquent que le droit de corriger les données et/ou les informations n'est pas une question spécifique à la coopération internationale, mais un problème général apparu récemment au niveau interne. La plupart des Etats se sont donc dotés de lois sur la protection des données, y compris le droit à la correction, même si aux Etats-Unis ce droit de correction est réduit au minimum voire inexistant<sup>204</sup>. Le problème revêt un caractère encore plus important depuis l'adoption d'accords «secrets» (voire de dispositions autorisant les procès secrets, comme aux Etats-Unis) dans le cadre de la lutte contre le terrorisme<sup>205</sup>.

o) En cas d'autorisation de la coopération, la méthode ou les moyens de l'exécution peuvent présenter un intérêt pour l'individu, notamment en ce qui concerne la question du droit applicable. En vertu de la règle traditionnelle du *locus regit actum*, la loi de l'Etat requis s'applique. On observe cependant une tendance à adopter une approche plus souple autorisant l'application de la loi de l'Etat requérant<sup>206</sup>. L'article 4, paragraphe 1, de l'UE-EJP fournit un exemple récent :

«Dans les cas où l'entraide judiciaire est accordée, l'Etat membre requis respecte les formalités et les procédures expressément indiquées par l'Etat membre requérant, sauf disposition contraire de la présente convention et pour autant que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat membre requis.»

De même, l'article 552k du CPP néerlandais («tous les efforts seront déployés afin de respecter les demandes basées sur un traité») ouvre la possibilité de présenter des demandes basées sur un traité à condition qu'elles ne contredisent pas le droit national des Pays-Bas<sup>207</sup>. Dans d'autres Etats, même les demandes non basées sur un traité ont droit au même traitement tant que l'application de la loi de l'Etat requérant n'entre pas en conflit avec le système juridique de l'Etat requis<sup>208</sup>. Cette approche vise à s'assurer que l'assistance est

---

200 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 C.X.

201 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 C.X.

202 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitres 5 B.III. et 4 B.IX.

203 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 C.XI.

204 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 2 B.VIII.

205 Voir Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 2 avant A. : une «zone d'ombre» de la coopération policière. Aux Etats-Unis, comme indiqué ci-dessus, cette situation est extrêmement préoccupante, surtout dans la perspective de procès secrets en masse devant les commissions militaires, en vertu du décret promulgué par le président Bush sur la poursuite des terroristes.

206 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 4 A. ; Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 4 A. ; Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 A. Voir aussi l'article 58, 1<sup>ère</sup> phrase, et l'article 59 de la LECMP [AT].

207 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 B. Voir aussi l'article 5 de la LEIMP [CH].

208 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 A. Voir aussi l'article 64, paragraphe 1, de la Loi hongroise XXXVIII de 1996 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (dont la traduction anglaise

véritablement une mesure de coopération et non un subterfuge destiné à éviter l'application des règles procédurales de l'Etat requis (en matière d'utilisation des preuves) dans l'Etat requérant.

En matière de droit de refuser de témoigner, la Finlande a adopté une approche ouverte puisque ce droit - tel qu'il est énoncé dans le système juridique de l'Etat requérant mais aussi de l'Etat requis - est applicable<sup>209</sup>.

La collecte des informations, la surveillance discrète ou la livraison contrôlée, ainsi que les autres méthodes «modernes» d'investigation utilisées par des fonctionnaires étrangers sur le sol néerlandais, sont sévèrement réglementées<sup>210</sup>.

## 2. *Procédure dans l'Etat requérant*

a) Les intérêts de l'individu, au premier abord, ne semblent pas affectés lorsqu'on examine la situation dans l'Etat requérant. Toutefois, dans certains cas qu'il conviendra d'identifier, l'intéressé peut avoir un intérêt (légalement protégé) à ce que la demande soit déposée (voir ci-dessous le point aa.) ou pas (voir ci-dessous le point bb.).

Les exemples suivants, cependant, illustrent une condition générale à la formulation d'une demande. L'autorité néerlandaise (en l'occurrence le procureur) doit obtenir l'autorisation d'un tribunal néerlandais pour demander la recherche du domicile d'une personne. Sans cette autorisation, les preuves qu'il obtiendrait de l'Etat requis devraient en effet être renvoyées à ce dernier. La raison sous-jacente tient à ce que seul un tribunal peut décider - comme dans les affaires purement nationales - si une telle recherche se justifie en la circonstance. En Allemagne, par exemple, une ordonnance de perquisition ou une déclaration comparable est nécessaire pour coopérer avec un autre Etat hors du cadre d'un traité. Ce document doit attester que les conditions requises pour une saisie seraient réunies si les objets étaient situés dans l'Etat requérant (article 66 de la LAEI [DE]). Cette exigence est comparable à celle pesant sur la procédure d'extradition qui requiert systématiquement la délivrance dans l'Etat requérant d'un mandat d'arrêt.

b) Le Troisième rapport du Comité sur l'extradition et les droits de l'homme de l'ILA signale que nombre de traités d'entraide, tels que ceux conclus entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni ou entre les Etats-Unis et le Canada, violent gravement les normes de protection des droits de l'homme en accordant le bénéfice de l'entraide uniquement aux autorités de poursuite. «Une telle pratique viole le principe de l'égalité des armes qui est une caractéristique fondamentale de tout procès équitable.»<sup>211</sup>.

La Résolution du 16<sup>e</sup> Congrès de l'Association internationale de droit pénal en 1999 à Budapest souligne dans son article 5b que :

---

figure dans le document PC-OC/INF 26 du Conseil de l'Europe). Voir aussi l'article 19 de la LEIMP [CH].

209 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 D.IX. Voir aussi l'article 9 de la LEIMP [CH] qui stipule que la protection du domaine secret est réglée conformément aux dispositions sur le droit de refuser de témoigner. L'article 65a, paragraphe 9, de la même loi prévoit que la présence de personnes qui participent à la procédure de l'Etat requérant ne peut avoir pour conséquence que des faits ressortissant au domaine secret soient portés à leur connaissance avant que l'autorité compétente ait statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide.

210 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 D.VIII.

211 Rapport général par Dugard/Van den Wyngaert, *in* : ILA, Rapport de la 68<sup>e</sup> Conférence tenue à Taipei en 1998, p. 141.

«[...] - Les droits minimaux d'un individu impliqué dans une procédure pénale internationale dans l'Etat requérant devraient inclure le droit d'obtenir des preuves à l'étranger et le droit d'être informé d'un échange de preuves dans le cadre de l'affaire qui le concerne.»<sup>212</sup>.

Cette proposition ne signifie pas pour autant que l'individu lui-même devrait pouvoir adresser une demande à un autre Etat. Aux Etats-Unis, il dépend de la liberté d'appréciation de l'exécutif concernant l'opportunité de délivrer une commission rogatoire. Le même principe vaut pour les autres pays analysés dans la présente étude. En Allemagne, l'individu a la possibilité indirecte de contraindre les autorités judiciaires à formuler une demande : sur la base de l'obligation incombant aux autorités de recueillir des preuves, l'individu jouit - jusqu'à un certain point - du droit d'exiger la collecte de preuves à l'étranger<sup>213</sup>. Cette remarque concerne bien entendu la situation dans l'Etat requis.

c) Les Etats semblent jouir d'une liberté d'appréciation concernant le choix des affaires méritant une demande, la législation ne fixant aucune limitation en la matière<sup>214</sup>. Toutefois, Swart a raison de soulever la question (et de répondre par la négative) de savoir si un Etat peut demander l'assistance d'un autre dans le but de mener des investigations illégales en vertu de sa propre législation<sup>215</sup>. En Belgique, par contre, une telle démarche est possible à condition que la procédure dans l'Etat requis soit conforme à l'article 8, paragraphe 2, de la CEDH<sup>216</sup>. Cette latitude offre toute une gamme de possibilités de contourner les exigences du droit national de l'Etat requérant.

Cette situation ne doit pas être confondue avec celle d'un Etat requis dans lequel l'exécution d'une demande n'est possible que dans la mesure où les mêmes méthodes et techniques d'investigation sont autorisées dans le traitement des affaires purement nationales<sup>217</sup>.

d) En conséquence, l'individu semble dépourvu du droit d'exiger le contrôle d'une demande formulée par les tribunaux de l'Etat requérant. L'incertitude subsiste cependant quant à son droit de bloquer ou d'arrêter une demande<sup>218</sup> et il devra peut-être procéder indirectement pour y parvenir.

e) Le respect des conditions imposées par l'Etat requérant est garanti par des dispositions explicites en Italie (article 729 du CPP) et en Allemagne (article 72 de la LAEI [DE]), tandis que les Pays-Bas et la Finlande ne reconnaissent pas cette norme en matière de formes de coopération autres que l'extradition.

f) La question de la règle d'irrecevabilité n'est toujours pas résolue : A quelles conditions des preuves recueillies à l'étranger peuvent-elles être utilisées dans l'Etat requérant et quand peuvent-elles être éventuellement déclarées irrecevables ? Le rapport des Pays-Bas propose

---

212 *15 International Enforcement Law Reporter* (1999), p. 502-507, p. 506.

213 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 5 A.

214 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 5 A.

215 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 5 A.

216 Van den Wyngaert, *65 RIDP* 197 (1992).

217 Voir l'article 59, paragraphe 3, de la LAEI [DE].

218 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 5 A.

de distinguer entre trois types de violations susceptibles de provoquer l'application d'une règle d'irrecevabilité transnationale<sup>219</sup> :

Lorsque les règles de l'Etat où le procès a lieu (c'est-à-dire l'Etat requérant, à supposer qu'une demande ait été réellement formulée) risquent d'avoir été violées ; exemple : l'utilisation des preuves recueillies à l'étranger aurait été impossible dans le cadre d'une procédure purement nationale.

Lorsque les règles de l'Etat dans lequel les preuves ont été recueillies (c'est-à-dire l'Etat requis, à supposer qu'une demande ait été réellement formulée) risquent d'avoir été violées ; dans ce cas, un double critère est appliqué afin de vérifier la recevabilité dans les deux Etats.

Lorsque les règles du droit international sont bafouées ; exemple : il est impossible d'utiliser la déposition d'un témoin - arrachée sous la torture à l'étranger - dans le cadre d'une procédure interne.

La situation générale semble s'écarter considérablement de cette proposition, surtout sous l'angle de la règle *locus regit actum*. En Italie, cependant, le juge est tenu d'évaluer les preuves recueillies à l'étranger et de déterminer s'il convient ou pas d'en faire usage<sup>220</sup>.

Les Etats-Unis appliquent un raisonnement particulier : les preuves obtenues illégalement à l'étranger peuvent être utilisées dans les affaires de perquisition et de saisie dans la mesure où le champ d'application du quatrième amendement n'englobe pas les non-ressortissants à l'étranger<sup>221</sup>. Le fondement de ce raisonnement réside dans la «doctrine du plateau d'argent» qui permet aux fonctionnaires d'une juridiction de recevoir des preuves d'une source étrangère illégale sans hériter en même temps de leur caractère vicié, comme si elles leur avaient été offertes «sur un plateau d'argent.»<sup>222</sup>. Ladite doctrine a été longtemps discréditée aux Etats-Unis concernant la transmission par les autorités des Etats de preuves au gouvernement fédéral et réciproquement. Il semble cependant qu'elle soit plus facilement admise en présence d'un élément étranger.

---

219 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 5 B.I. (mentionnant Gane/Mackarel). Voir l'analyse de Currie dans *11 Criminal Law Forum*, p. 177-181 (2000).

220 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 5 B.I.

221 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 A.II.3. Il est clair que le quatrième amendement (ou tout du moins sa clause interdisant les arrestations sans mandat) ne produit plus d'effet au-delà des frontières. Le décret de novembre 2001 et le «Patriot Act» de 2001 permettent l'organisation de procès secrets devant des commissions militaires (décret), ainsi que la détention de longue durée, la surveillance des entretiens entre l'avocat et son client (à supposer que l'étranger ait eu droit à un avocat) et de nombreuses autres entorses au droit commises au nom de la lutte contre le terrorisme (Pour reprendre l'avertissement lancé par Milton : «Ainsi parlait la bête»). Ces lois nourrissent un débat houleux aux Etats-Unis. Voir H.R.3162, titre abrégé : «Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001.». Elles n'accorderont quasiment aucun droit aux étrangers et limiteront certainement les droits reconnus aux ressortissants américains.

222 Voir Bentley, *27 Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 374 et 403 (1994), mentionnant l'arrêt important *Lustig v. United States*, 338 U.S. 74 (1949).

### 3. *Conditions/obstacles/limitations associés à certains aspects de la protection des droits de l'homme*

a) De nouvelles possibilités techniques ont fait naître très récemment une tendance à ne plus exiger le respect de conditions de fond. L'Etat ayant besoin des preuves n'est plus tenu de formuler une demande, dans la mesure où il peut désormais se passer de l'assistance d'un autre Etat en interceptant des télécommunications avec ses propres moyens (articles 17 à 22 de l'UE-EJP). Ceci, parce que les conversations depuis un téléphone cellulaire par satellite peuvent être enregistrées dans l'Etat A, même si elles se tiennent entre des personnes se trouvant dans l'Etat B. En outre, ces possibilités techniques permettent aux autorités de l'Etat A de repérer l'emplacement exact depuis lequel la personne en possession d'un téléphone cellulaire a passé l'appel.

b) La Finlande (article 12, paragraphe 2, de la loi de 1994)<sup>223</sup> et l'Italie disposent d'une clause générale sur les droits de l'homme. En Allemagne, le même rôle est assumé par le principe constitutionnel de proportionnalité et aux Pays-Bas et en Suisse par le principe d'ordre public<sup>224</sup>. Quant à la loi autrichienne<sup>225</sup> et à la nouvelle loi du Liechtenstein, elles interdisent la coopération si la procédure dans l'Etat requérant viole les dispositions de l'article 3 ou 6 de la CEDH<sup>226</sup>.

c) L'opposition à la peine de mort semble ne pas constituer un obstacle à l'entraide judiciaire<sup>227</sup>.

d) Se fondant sur le droit international (voir l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture), la Cour suprême a estimé que les déclarations de témoin arrachées sous la torture et communiquées par des autorités étrangères ne peuvent pas être utilisées comme preuves<sup>228</sup>. En général, la question des preuves recueillies dans des conditions contraires au droit international public est encore débattue<sup>229</sup>.

e) Dans certains pays, le risque de discrimination imminente (basée sur les opinions politiques, l'appartenance ethnique, etc.) est un obstacle à l'entraide judiciaire<sup>230</sup>. Même dans

---

223 Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale du 5 janvier 1994, une version anglaise figure dans le document PC-OC/INF 15, daté du 2 février 1998, du Conseil de l'Europe.

224 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 D.I. ; Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie D.I.3.2.2.

225 Article 51 de la LECMP [AT].

226 Article 51, paragraphe 1, alinéa 2, et article 19, alinéas 1 et 2, de la Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale du 15 septembre 2000, *Liechtensteinisches Landesgesetzblatt* (Journal officiel du Liechtenstein) 2000, n° 215 du 6 novembre 2000 (p. 351, 1-42) en vigueur depuis le 6 novembre 2000.

227 Voir cependant la décision récente du Bundesgerichtshof (Haute Cour fédérale) rendue le 7 juillet 1999 - 1 StR 311/99 = NStZ 1999, 634 dans laquelle le tribunal estime que l'article 102 (abolition de la peine de mort) et l'article 2, paragraphe 2 (droit à la vie), de la LF créent une interdiction constitutionnelle à l'entraide judiciaire lorsque l'individu concerné risque la peine de mort.

228 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 5 B.I.

229 Voir Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* 1995, partie D.I.3.2.2.2.

230 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 D.IV. En Allemagne, la question alimente actuellement un débat : Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 4 D.IV. Bannermann, *65 RIDP* 146, 147 (1994).

ce domaine, l'Italie adopte une position originale puisque le défendeur peut renoncer à cette protection<sup>231</sup>.

f) Contrairement à la loi sur l'extradition, la loi néerlandaise sur les autres formes de coopération n'inclut pas de clause d'humanité<sup>232</sup>, alors qu'en Allemagne, l'article 73 de la LAEI [DE] sert également d'expédient dans ce domaine. Il en va de même en Suisse sur la base du principe de proportionnalité ou de l'ordre public. Comme indiqué par Breitenmoser, le principe de proportionnalité est mentionné dans les lois nationales mais pas dans les traités ou les conventions<sup>233</sup> (peut-être parce que l'approche toujours appliquée reste bidimensionnelle).

g) Lorsque la double incrimination s'impose, ce qui n'est pas toujours le cas<sup>234</sup>, elle vise des situations particulières comme la coopération dans le cadre d'un traité bilatéral spécial<sup>235</sup>. L'approche néerlandaise et allemande consiste à exiger la double incrimination dès lors que des mesures coercitives sont envisagées<sup>236</sup>. Là encore, il apparaît que les demandes impliquant de telles mesures sont traitées différemment de celles ne requérant aucune mesure d'exécution (ou des mesures non coercitives). Ce concept ne semble donc pas jouer un rôle essentiel dans l'entraide judiciaire<sup>237</sup>. Concernant les demandes ne se fondant pas sur un traité, l'Autriche impose la double incrimination comme règle générale (article 51, paragraphe 1, alinéa 1, de la LECMP [AT]).

Une nouvelle tendance se fait jour : celle qui consiste à ne plus exiger la double incrimination, même pour des mesures coercitives, dès lors que ces mesures sont «destinées à la preuve d'une cause d'exclusion de culpabilité de la personne contre laquelle la procédure pénale a été engagée» (article 147, paragraphe 1 de la Loi portugaise sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale)<sup>238</sup>. On observe donc une propension à réduire les exigences conçues pour protéger également les intérêts de l'Etat dès que lesdits intérêts font obstacle à des intérêts individuels<sup>239</sup>.

---

231 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 5 D.X.

232 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 D.V.

233 Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie C.I.2.3.2.

234 En Finlande, la double incrimination n'est plus requise par le droit interne, voir Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 D.VII. En Autriche, la double incrimination est toujours requise en vertu de l'article 51, paragraphe 1, n° 1 de la LECMP [AT].

235 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 4 D.VII.

236 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 D.VII (article 552o du CPP néerlandais) ; voir aussi Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* 1995, partie C.III.3.1.

237 Voir Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 D.VII., qui mentionne que la Finlande a retiré sa réserve à la CEEJMP ; les Etats-Unis ne requièrent pas la double criminalité dans le cadre de l'application du TEJ qu'ils ont conclu avec la Suisse en ce qui concerne la criminalité organisée, Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 4 D.VII.

238 Loi portugaise relative à la coopération judiciaire internationale en matière pénale (Loi n° 144/99 du 31 août 1999), traduction française disponible sur le site <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais>. Voir aussi l'article 63, paragraphe 5, de la LEIMP [CH] qui permet l'entraide visant à décharger la personne poursuivie nonobstant l'existence de motifs d'irrecevabilité.

239 Comme preuve du contraire, voir la Loi hongroise XXXVIII de 1996 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (une version anglaise figure dans le document PC-OC/INF 26 du Conseil de l'Europe), dont les articles 62 et 5, paragraphe 1, autorisent la renonciation à la double incrimination sous bénéfice de la réciprocité. Cet exemple constitue un cas flagrant d'approche bidimensionnelle.

Du point de vue de l'individu, il est remarquable que le droit italien permette à l'intéressé de renoncer à la condition de double incrimination ainsi que de l'interdiction motivée par le risque de traitement discriminatoire<sup>240</sup>.

h) Affectation (*earmarking*) : aux Etats-Unis, les preuves obtenues d'un Etat étranger ne semblent soumises à aucune restriction et peuvent donc être utilisées à n'importe quelle autre fin. La seule exception est prévue par le TEJ conclu avec la Suisse<sup>241</sup>. Dans d'autres Etats, cependant, les preuves sont explicitement soumises à des restrictions<sup>242</sup>. L'article 67 de la LEIMP [CH] exige le strict respect du principe de spécialité dans le cadre de l'entraide judiciaire.

i) La confidentialité, du point de vue de l'individu, est préservée lorsque la procédure est jugée suffisamment confidentielle pour ne pas être communiquée au défendeur afin de ne pas compromettre l'enquête. Parmi les exemples de circonstances méritant la protection d'intérêts essentiels, citons l'interdiction de révéler des secrets commerciaux dans l'Etat requérant. Certains Etats permettent de restreindre l'assistance judiciaire dès lors que la confidentialité n'est pas assurée par l'Etat requérant<sup>243</sup> ou que l'exécution de la demande entraînerait la révélation d'un secret (même lorsque cette révélation est limitée aux seuls juges)<sup>244</sup>.

L'information puisée dans le casier judiciaire pose un problème particulier sous l'angle de la confidentialité. Dans ce domaine, les restrictions appliquées sont les mêmes que pour les procédures nationales<sup>245</sup>. Ce constat prévaut, de manière générale, en Allemagne ; signalons cependant qu'une demande d'information formulée dans le cadre d'une certaine enquête (et visant l'envoi de détails extraits du casier judiciaire ne figurant pas dans le dossier) ne fut exécutée qu'après obtention de l'accord du service des casiers judiciaires qui est la seule autorité compétente pour décider de l'envoi d'un casier à un Etat étranger<sup>246</sup>.

j) En Suisse, la coopération supposée jouer en faveur de l'individu est possible sur la base de l'article 63, paragraphe 5, de la LEIMP [CH], même dans le cas d'un délit politique, d'un cas de peu d'importance ou si la Suisse jouit d'une juridiction concurrente. De plus, la double incrimination (article 64 de la LEIMP [CH]) n'est pas nécessaire dans ces affaires et le principe *ne bis in idem* ne constitue pas non plus un obstacle (article 66 LEIMP de la [CH]).

k) Une question révèle la conception clairement bidimensionnelle du processus, même si elle ne joue pas un rôle déterminant en pratique : le transfèrement provisoire, vers un Etat tiers,

240 Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 5 D.X.

241 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 4 D.IX.

242 Voir l'article 148 de la Loi portugaise relative à la coopération judiciaire internationale en matière pénale (Loi n° 144/99 du 31 août 1999), traduction française disponible sur le site <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais>. Voir aussi le paragraphe 10 de la Loi 5758-1998 sur l'entraide judiciaire internationale (Israël), en vigueur depuis le 7 février 1999 (une traduction anglaise de cette loi figure dans le document PC-OC/INF 29 du 23 février 1999, Conseil de l'Europe).

243 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 C.IX., D.X. En Allemagne, le problème est encore débattu, voir Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 4 D.IX. Il découle du fait que l'article 30 de la Loi fédérale sur la procédure administrative (clause confidentielle) est considéré comme inapplicable. Voir aussi le paragraphe 1 de la Loi 5758-1998 sur l'entraide judiciaire internationale (Israël), en vigueur depuis le 7 février 1999 (traduction anglaise : document PC-OC/INF 29 du 23 février 1999, Conseil de l'Europe), ainsi que l'article 11 de la Loi portugaise relative à la coopération judiciaire internationale en matière pénale (Loi n° 144/99 du 31 août 1999), traduction française disponible sur le site <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais>

244 Voir l'article 51, paragraphe 1, alinéa 3, de la LECMP [AT].

245 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 C.IX.

246 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 4 D.IX.



d'une personne détenue dans l'Etat requis est possible sans le consentement de l'intéressé, en vue de recueillir son témoignage, d'organiser une confrontation en sa présence ou de permettre son interrogatoire par un tribunal. L'article 9 de l'UE-EJP n'érige pas le consentement de l'intéressé en obligation, à la différence de l'article 11, paragraphe 1, alinéa a., de la CEEJMP ou des articles 22, paragraphe (2), et 24 de la loi israélienne. Cette situation contraste nettement avec celle d'une personne en liberté qui n'est pas tenue de comparaître devant un tribunal étranger. Selon nous, cette différenciation est incompatible avec la notion même d'égalité. Rien ne justifie la création d'une telle obligation de comparution au seul motif que l'intéressé est «concrètement à la disposition» de l'Etat requis.

### III. *Coopération administrative*

Ce chapitre s'est révélé, pour diverses raisons, le plus difficile à rédiger pour les auteurs des rapports nationaux, surtout en ce qui concerne l'exemple de coopération en matière fiscale. La lecture desdits rapports inspire la conclusion générale suivante : la ligne de partage entre les coopérations administrative et pénale en matière fiscale n'est pas toujours très nette, même du point de vue de l'analyse juridique.

Il convient de formuler une deuxième observation : la coopération entre les services de police est considérée en Europe comme un élément de la procédure pénale et, à ce titre, comme relevant de la coopération judiciaire<sup>247</sup>. Aux Etats-Unis, la situation varie tellement d'une juridiction à l'autre qu'aucune règle générale ne saurait être dégagée<sup>248</sup>.

Ce qui nous amène à formuler une troisième observation générale : aux Etats-Unis, les informations et les preuves recueillies dans le cadre de la coopération administrative sont abondamment utilisées, même dans le cadre de procédures pénales. En vertu d'une décision de la Cour suprême, il est permis d'utiliser pendant une procédure pénale des informations obtenues dans le cadre d'une procédure fiscale administrative<sup>249</sup>. Au niveau de l'UE/CE, on préfère souvent recourir au vocable «coopération administrative» alors que les informations échangées sont utilisées (aussi ou uniquement) à des fins pénales au mépris de certaines limitations<sup>250</sup> ; c'est le cas notamment lorsque les résultats d'enquêtes réalisées par l'OLAF sont utilisés dans le cadre d'une procédure pénale.

D'aucuns prétendent que la procédure dans l'Etat requérant est non pertinente dans la mesure où les autorités de l'Etat requis sont tenues de décider elles-mêmes de l'applicabilité des normes de procédure pénale<sup>251</sup>, sous peine de créer le risque de voir l'Etat requérant tourner les normes à son profit<sup>252</sup>. La tendance à recourir à la procédure de coopération administrative cache un problème majeur lié à son impact potentiellement dangereux sur le

---

247 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 A. ; Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 2 avant A. L'article 351 *quinquies* de la LEIMP [CH] stipule expressément que l'échange de données entre services de police entre dans le champ d'application de cette loi.

248 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 2 A.

249 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 A.II.3.

250 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 D. Voir aussi Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2, chapitres 2/3 avant A.

251 Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe 1995*, partie A.I.4.2 et 4.3. Voir aussi Nagel, *Beweisaufnahme im Ausland 1988*, p. 55, qui fait remarquer que la coopération policière ne peut être soustraite au régime de la coopération internationale en matière pénale par le simple fait qu'elle est qualifiée de coopération policière.

252 Voir à cet égard Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2, chapitres 4/5 B.VI.1.b.

droit du défendeur de garder le silence (immunité d'auto-incrimination). Ce droit semble de plus en plus remis en question<sup>253</sup>.

## 1. Procédures

### a) Procédures dans l'Etat requis

aa) Aux Pays-Bas, la Loi générale de 1992 sur la procédure administrative (ci-après «la Loi générale de 1992») s'applique à l'autorisation de la coopération internationale en matière administrative<sup>254</sup>. Toutefois, cette loi ne semble pas s'appliquer aux demandes formulées par les autorités néerlandaises «dans la mesure où lesdites demandes ne sauraient être considérées comme des décisions créant une 'relation juridique' - au sens prêté à ce terme par ladite loi - entre l'autorité administrative et un particulier»<sup>255</sup>. Cependant, l'individu paraît jouir, du moins théoriquement, de la possibilité légale d'arrêter une demande en invoquant le nouveau Code civil<sup>256</sup>.

bb) La législation néerlandaise<sup>257</sup> reconnaît un droit général à être informé de la procédure d'autorisation dans les affaires relevant de la coopération administrative en matière fiscale. L'individu concerné doit donc se voir notifier qu'une demande a été reçue de l'étranger et qu'elle est actuellement examinée par l'Administration fiscale. Il doit aussi être informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Il peut se voir refuser certaines informations au motif que leur divulgation compromettrait l'enquête. Si l'intéressé a le droit d'être informé, il a aussi le droit d'obtenir une décision rapide (qui, dans certains pays uniquement, devra obligatoirement lui être notifiée). En vertu d'une décision récente, aucun droit de la sorte n'est reconnu en Allemagne ; il a été reconnu suffisant que l'individu soit informé de la décision définitive précisant le total des impôts à payer<sup>258</sup>. Au niveau de la Commission européenne, l'échange de données ou la communication spontanée d'informations n'ouvre aucun droit pour l'intéressé d'être informé<sup>259</sup>.

cc) Dans la plupart des pays, l'information est communiquée à condition d'être uniquement utilisée aux fins précisées dans la demande. Concernant les informations obtenues par la coercition, Swart prétend que l'individu a le droit d'exiger l'imposition de conditions<sup>260</sup>.

dd) Aux Pays-Bas - comme en Allemagne - le contrôle judiciaire postérieur des actes de coopération en matière administrative s'exerce de manière similaire au contrôle des actes purement nationaux et il est possible de contester la décision d'autorisation de la coopération adoptée par le ministre des Finances<sup>261</sup>. Cette position est d'autant plus remarquable que la même question alimente actuellement un vif débat sous l'angle de l'extradition et des autres

---

253 Pour plus de détails, voir ci-dessous le point III.2.

254 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 2 B.

255 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 3 A.

256 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 3 A.

257 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 2 B., C.

258 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 2 B.II.

259 Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2 chapitres 4/5 B.I.

260 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 2 C.V.

261 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 2 D.

formes de coopération<sup>262</sup>. Là encore, force est de constater que la même situation factuelle est régie par différentes règles.

ee) L'indemnisation, au sens étroit du terme, n'est possible aux Pays-Bas que sur la base du nouveau Code civil. Dans le domaine du traitement automatique et de l'échange des données, elle inclut aussi - sinon surtout - la correction des données incorrectes. Cette pratique est intéressante dans la mesure où la Loi de 1988 sur la protection des données s'applique aussi à l'entraide internationale en matière administrative, ce qui n'est pas le cas en Allemagne : une différence importante puisque les instruments européens pertinents renvoient à la loi nationale en ce qui concerne la protection des données<sup>263</sup>.

#### b) *Procédures dans l'Etat requérant*

La légalité de la procédure dans l'Etat requis semble ne jouer aucun rôle. Aux Pays-Bas, elle n'est prise en considération que dans des circonstances exceptionnelles<sup>264</sup>.

Concernant le respect des conditions imposées par l'Etat requis, les Pays-Bas ne disposent d'aucune règle explicite<sup>265</sup>.

### 2. *Conditions/obstacles/limitations associés à certains aspects de la protection des droits de l'homme*

a) Les conditions associées à la protection des droits de l'homme et imposées en matière d'entraide n'appellent guère de remarques.

L'un des points principaux, toutefois, vise l'immunité d'auto-incrimination lorsque les actions administratives et judiciaires convergent. Le problème en la matière tient à l'utilisation de réponses obtenues d'autorité dans le cadre d'une enquête non judiciaire (par exemple un contrôle fiscal) pour incriminer l'individu. Le secret fiscal forme un parfait exemple : en matière administrative, le contribuable doit donner des informations sur ses revenus. La question est de savoir dans quelle mesure ces informations peuvent être utilisées dans le cadre d'une procédure pénale contre la même personne alors que celle-ci a été contrainte par le fisc de fournir le renseignement demandé. Les réponses au niveau des procédures purement nationales varient. En matière de coopération internationale - pénale ou administrative - le problème se pose avec plus d'acuité. Par exemple, la coopération est-elle illégale dès lors que le seuil de protection de l'Etat requis est plus élevé que celui de l'Etat requérant ? Les solutions, toutefois, peuvent être déduites de considérations générales : Les protections constitutionnelles applicables aux procédures nationales doivent-elles aussi être prises en compte en matière de coopération transnationale ?

Le rapport des Pays-Bas mentionne la décision rendue par la Cour européenne des Droits de l'Homme en l'affaire *Saunders c. Royaume-Uni* (17 décembre 1996) qui restreint l'utilisation d'informations - obtenues dans l'exercice de ses pouvoirs par un organe non judiciaire - comme preuves au procès ultérieur de l'intéressé<sup>266</sup>. Ruegenberg, dans une analyse minutieuse de la situation en Allemagne, propose d'appliquer les droits fondamentaux

262 Voir ci-dessous le point C.III.3.

263 Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2, chapitres 4/5 B.IX.

264 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 3 B.

265 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 3 B.

266 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 2 E.II. Concernant la même approche en Allemagne : voir Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 2 D.II.

nationaux par le biais de la clause d'ordre public figurant dans les conventions pertinentes<sup>267</sup>. Il adopte donc une solution basée sur le principe de proportionnalité. En général, ces questions importantes ne suscitent guère de discussions au niveau national.

Cependant, le droit au respect du principe de spécialité suppose que l'individu ait été informé de la communication des informations, ce qui est rarement le cas. La même remarque vaut pour l'indemnisation<sup>268</sup>. L'article 39, paragraphe 2, de la Convention d'application de l'Accord de Schengen (ci-après «la CAAS») prévoit que les informations échangées par les services de police ne peuvent être utilisées par la partie contractante requérante aux fins d'apporter la preuve des faits incriminés qu'avec l'accord des autorités judiciaires compétentes de la partie contractante requise.

b) Le problème susmentionné du respect de l'immunité d'auto-incrimination se pose également sous l'angle du respect de la spécialité et de la confidentialité. La spécialité telle qu'elle est reconnue par le droit de l'extradition ne vise pas, traditionnellement, les préoccupations de l'individu (si ce n'est indirectement par le biais de l'Etat requis). Toutefois, du point de vue de l'individu, le principal objectif du principe de spécialité est de confiner la coopération internationale à des fins précises : l'extradition doit viser uniquement certaines infractions ou certains actes pour lesquels l'intéressé est poursuivi. Dans le cadre de la coopération administrative, l'intérêt protégé consiste à empêcher que les preuves à charge soient utilisées dans le cadre d'une procédure pénale. On peut donc conclure, pour reprendre la formule de Swart que : «La spécialité est un mécanisme important de maintien de la séparation entre la coopération administrative et la coopération en matière pénale»<sup>269</sup>, séparation qui tend actuellement à s'estomper aux Pays-Bas<sup>270</sup>. La confidentialité est un autre aspect de la spécialité, dans la mesure où elle constitue le fondement de son respect. Dans le contexte de l'Union européenne, ce déclin est encore plus net comme l'attestent notamment le Règlement CE 515/97 et la Convention de l'Union européenne relative à la coopération entre les administrations douanières. Cette évolution peut d'ailleurs être critiquée sur la base de l'arrêt *Saunders*<sup>271</sup>.

c) Le principal objectif est donc de limiter l'application à certaines fins. Dans le domaine de la protection des données, cette limitation est généralement connue. Elle constitue également - au moins en droit allemand et dans la jurisprudence de la CrDEH - un principe général de légitimation (constitutionnelle/conventionnelle) de l'ingérence dans des droits protégés, ingérence uniquement tolérée dans certains buts limitativement énumérés et clairement indiqués (par exemple dans l'article 8, paragraphe 2, ou dans l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH).

S'agissant de la coopération internationale, la restriction à certaines fins doit - en règle générale - être maintenue. Par conséquent, la spécialité peut globalement être considérée comme une restriction transnationale à l'utilisation des informations obtenues. Ce principe n'est cependant pas systématiquement observé. A titre d'exemple, la continuation de la poursuite d'une personne prise en flagrant délit dans un Etat autre que celui où ladite poursuite a été déclenchée - telle qu'elle est régie par l'article 41 de la CAAS - ne contient aucune des restrictions retenues dans d'autres dispositions de la même convention telles que

267 Ruegenberg, *Das nationale und internationale Steuergeheimnis* (2001), p. 297-366.

268 Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2, chapitres 4/5 B.IX.

269 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 2 E.I.

270 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 2 E.I.

271 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 2 E.I.

l'article 40, paragraphe 1 (observation transfrontière) ou l'article 39, paragraphe 2 (échange d'information au niveau des services de police)<sup>272</sup>.

Cette approche nous amène directement à poser la question de savoir dans quelle mesure la garantie du respect de la vie privée (article 8 de la CEDH) impose la restriction de la coopération transfrontière à certains buts. La réponse à cette question passe peut-être par la formulation d'une règle d'exclusion transnationale comme le propose Blakesley<sup>273</sup>. Il semble qu'aux Etats-Unis elle soit rarement posée.

#### IV. *Choix de l'Etat de for*

##### 1. *Ne bis in idem transnational*

Au niveau européen, le problème d'un *ne bis in idem* transnational revêt une importance croissante depuis quelques années. L'un des «moteurs» de cette évolution est sans conteste l'article 54 de la CAAS<sup>274</sup>, qui constitue le premier instrument international applicable dans tous les pays de l'Union<sup>275</sup> à admettre la reconnaissance internationale des décisions étrangères. Ce point est d'ailleurs notamment souligné par l'initiative grecque et d'autres documents<sup>276</sup>.

La nécessité de telles mesures apparaît clairement lorsque l'on constate que seuls les Pays-Bas<sup>277</sup> et la Finlande<sup>278</sup>, - mais pas l'Allemagne ni les Etats-Unis - prévoient la reconnaissance unilatérale des décisions judiciaires définitives rendues à l'étranger, à savoir une reconnaissance fondée sur le droit national en l'absence d'un traité ou d'une convention internationale.

Dans les cas d'extradition, le principe du *ne bis in idem* n'empêche que rarement l'extradition lorsque la décision a été rendue dans un troisième Etat (voir notamment l'article 17, paragraphe 2, de la LECMP [AT]).

Toutefois, cette question du *ne bis in idem* ne serait que la partie visible de l'iceberg. Dans le cadre notamment d'Europol, plusieurs possibilités s'offrent pour prédéterminer l'Etat compétent à l'issue d'une simple coordination de l'action de la police au niveau des Etats membres. Cette coordination n'est absolument pas contrôlée par les tribunaux : l'Etat dans lequel le suspect est appréhendé (grâce à une coordination policière transnationale) exercera sa juridiction et s'opposera probablement à la juridiction des autres Etats en arguant d'un *ne bis in idem* international. Elle peut également rendre l'extradition superflue. A supposer que le lieu de l'arrestation soit le fruit du hasard et non d'une coordination, c'est donc la chance

272 Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2 chapitres 4/5 A.I.; VI.1.a.

273 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 5 B.I.

274 Pour plus de détails, voir Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2, chapitre 6 A.4.

275 La CAAS a entre-temps été transposée dans le droit communautaire ce qui a eu pour effet de changer son statut juridique. Elle ressort désormais du droit supranational et non plus du droit conventionnel international.

276 Voir l'Initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'une décision-cadre du Conseil relative à l'application du principe «*ne bis in idem*», JOCE C 100, 26 avril 2003, p. 24 ; Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein, *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*, Fribourg 2003.

277 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 6 B.

278 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 6 A.

qui prédéterminera la juridiction compétente et plus spécialement le droit national applicable. Aucun de ces deux cas de figure - une coordination incontrôlée et le hasard - ne saurait former un critère juridique convaincant pour trancher des questions aussi cruciales que le système juridique applicable. Ces deux éléments constituent cependant la base d'un *ne bis in idem* international qui risque d'être appliqué abusivement en vertu du principe «premier arrivé, premier servi» : une approche éminemment condamnable sur le plan juridique.

Une solution possible pourrait passer par la réduction des cas de juridiction concurrente et la détermination de règles permettant de déclarer un seul Etat compétent en vertu de la «qualité supérieure» de sa juridiction. Les critères de «qualité» ne visent pas uniquement les principes de juridiction (territorialité, personnalité, etc.) mais aussi, voire surtout, les intérêts de l'accusation (par exemple : «Quel Etat dispose des preuves les plus importantes ?») et de l'individu (par exemple : «Dans quel Etat l'intéressé est-il domicilié ?»). La décision pourrait être prise par des procureurs (trans)nationaux. Toutefois, il conviendrait d'accorder à l'individu une possibilité de s'adresser à un tribunal, ce qui est parfaitement possible (voire indispensable du point de vue de la protection des droits de l'homme) au niveau du droit national et international<sup>279</sup>. Il semble cependant que la volonté politique fasse partout défaut.

## 2. *Transfert des procédures*

Seuls les Pays-Bas semblent accorder une grande importance pratique à l'instrument de transfert de la procédure<sup>280</sup>. En Finlande, cette question ne joue un rôle que dans le cas d'un transfert vers un autre pays nordique.

## 3. *Choix abusif de l'Etat de for, y compris le contournement des règles d'extradition*

L'Allemagne<sup>281</sup>, ainsi que d'autres pays tels que l'Autriche<sup>282</sup>, s'est dotée de règles explicites prévoyant que les procédures d'extradition ont priorité sur l'expulsion ou les autres mécanismes, sans pour autant supprimer les problèmes<sup>283</sup>. Par contre, aux Etats-Unis, c'est «la conception *Alvarez-Machain*» qui semble prévaloir<sup>284</sup> : ces pratiques sont autorisées tant qu'aucune clause conventionnelle explicite (relative par exemple à l'enlèvement) ne s'y oppose.

Alors que ces pratiques sont interdites par le texte de la loi et largement critiquées par la doctrine, les Pays-Bas ainsi que l'Allemagne tolèrent des moyens abusifs de contourner les règles d'extradition sans que leurs tribunaux sanctionnent ces agissements. En Finlande, par contre, le problème de l'enlèvement ne s'est pas encore posé<sup>285</sup>. Swart a parfaitement raison

---

279 Pour plus de détails, voir Lagodny, *Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen? 2001*, téléchargeable à l'adresse <http://www.sbg.ac.at/ssk/home.htm>. Voir aussi Swart, *The Choice of the Forum* (2000), p. 96. Voir aussi l'analyse exhaustive de Thomas, *Vom nationalen zum internationalen ne bis in idem* (2002, en cours d'impression) ; Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht* (1999).

280 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 6 C.

281 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 6 D.I.

282 Voir l'article 13 de la LECMP [AT]

283 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 6 E.2.

284 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 6 D.

285 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 6.D.

de soutenir que la meilleure protection contre les abus passerait par une simplification de la procédure d'extradition<sup>286</sup>.

#### *V. Application transfrontière*

Les rapports nationaux indiquant la disparité des approches adoptées en la matière, toute comparaison s'avère difficile. Ces rapports montrent également que les problèmes associés à la position juridique de l'individu dans ce domaine sont moins nombreux qu'on le croit.

Le principal constat tient à l'extrême complexité structurelle et à l'aspect peu pratique des mécanismes juridiques.

Il est donc suggéré au lecteur de consulter séparément les rapports nationaux.

#### *VI. Résultat provisoire : nouvelles questions - quelques réponses*

Le présent inventaire a révélé que nombre des questions soulevées - bien que qualifiées de «questions principales» - demeurent jusqu'à présent sans réponse.

##### *1. Coopération administrative*

La coopération administrative n'est pas encore un domaine établi de la recherche et de la théorie juridiques. Le lien entre la procédure administrative et pénale, en particulier, a fait l'objet de très peu d'études, sans doute parce qu'il concerne une question située à mi-chemin entre le droit administratif et le droit pénal.

##### *2. Procédure d'autorisation*

La procédure d'autorisation n'est pas régie par des règles explicites dans la mesure où elle est encore considérée comme un vestige de la prise de décision gouvernementale classique qui semble échapper à toute réglementation. Il convient cependant de noter une exception générale aux Pays-Bas qui, par ailleurs, réduit le pouvoir des tribunaux pénaux de se prononcer sur certains points précis.

Une des solutions pourrait consister à appliquer aussi à cette procédure les droits associés au procès équitable. Une autre pourrait passer par l'abolition pure et simple de la décision d'autorisation : Pourquoi laisser l'autorité chargée de délivrer l'autorisation, c'est-à-dire un organe non judiciaire, décider ? Les tenants de la conception traditionnelle de l'extradition considéreraient pareille suggestion comme un sacrilège, dans la mesure où cette procédure a longtemps été analysée comme relevant uniquement des deux Etats concernés. L'individu était l'objet du processus et n'avait qualité pour agir que de manière indirecte. La décision d'extrader ou pas était considérée comme concernant uniquement les relations extérieures de l'Etat requis, de sorte que seul le gouvernement avait qualité pour agir. Les Etats-Unis constituaient la seule exception à cette règle, leurs tribunaux ayant toujours été plus ou moins associés à la procédure. La conséquence de cette approche était que les tribunaux devaient et doivent toujours - comme en Belgique - être intégrés au processus.

Ces questions soulèvent aussi un problème qui doit être analysé dans un contexte plus large : celui de la division des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire<sup>287</sup>.

<sup>286</sup> Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 6 E.V.

### 3. *Applicabilité des droits associés à un procès équitable : incompatibilités avec les normes appliquées aux procédures pénales «ordinaires»*

Une autre observation peut être formulée : les droits associés au procès équitable - considérés comme fondamentaux dans le cadre des procédures pénales nationales - semblent soit se volatiliser, soit être appliqués sans beaucoup de conviction dès lors qu'il s'agit de coopération internationale. J'en veux pour preuve l'exigence d'une présomption sérieuse dans les pays de *common law*, analysée à l'aune du droit continental. Nous évoquerons donc ces incohérences dans la suite de la présente étude (aux points C.II. et C.III.).

### 4. *Portée des droits de l'homme*

La portée des droits de l'homme constitue, elle aussi, une question plus générale. Comme nous l'avons vu, aux yeux des tribunaux américains, la portée territoriale de ces droits se réduit dès lors que l'individu est à l'étranger. En Europe, par contre l'applicabilité de ces droits ne constitue plus un problème et les discussions portent davantage sur les conflits entre les obligations conventionnelles d'une part et les garanties nationales et internationales de protection des droits de l'homme d'autre part. Ces tendances divergentes méritent d'être examinées de plus près<sup>288</sup>.

## C. **(In)Compatibilité avec les normes de procédure**

Dans tous les domaines de la coopération internationale, on peut établir une distinction entre la procédure d'autorisation (dépendant de l'Administration) et la procédure judiciaire (dépendant des tribunaux). Le présent chapitre pose la question de savoir dans quelle mesure les normes nationales de procédure pénale (point II.), les normes nationales de procédure administrative (point III.) et les normes internationales de procédure (point IV.) s'appliquent à la procédure administrative ou judiciaire. Avant de tenter de répondre à cette question, nous nous demanderons pourquoi les tribunaux doivent intervenir dans ce domaine (point I.).

### I. *Raisons de l'intervention des tribunaux*

#### 1. *Extradition*

a) De nos jours, la plupart des Etats admettent que les tribunaux rendent des décisions<sup>289</sup> en matière d'extradition. Dans le domaine de la coopération judiciaire, les tribunaux interviennent aussi, du moins lorsque la demande prévoit des mesures coercitives. Dans le domaine de la coopération administrative, les tribunaux n'interviennent qu'à l'initiative de l'individu pour peu que ce dernier jouisse d'un droit de recours en vertu du droit national.

Différentes raisons sont avancées pour justifier la nécessité d'une décision judiciaire dans les procédures d'extradition. L'article 55, paragraphe 3, de la nouvelle Constitution polonaise stipule expressément qu'un tribunal doit se prononcer sur la recevabilité de la demande d'extradition<sup>290</sup>. Aux Etats-Unis, l'audience d'extradition est considérée comme comportant

287 Voir ci-dessous le point E.

288 Voir ci-dessous le point D.

289 La seule exception concerne la Belgique où les tribunaux se contentent de remettre un avis.

290 Płachta, 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 95 f. (1998).



certaines éléments de procédure pénale, de sorte qu'une audience doit précéder toute atteinte à la liberté du fugitif<sup>291</sup>. En Allemagne, la possibilité d'un contrôle judiciaire s'impose en vertu de l'article 19, paragraphe 4, de la LF dès lors qu'il y a risque de violation de droits fondamentaux<sup>292</sup>.

L'analyse historique de la procédure d'extradition révèle - dans certaines circonstances et parmi d'autres arguments - l'idée largement répandue que le tribunal est davantage en l'occurrence un serviteur de l'exécutif, un «collaborat[eur] d'une autorité administrative»<sup>293</sup>. Ce statut le contraint à soutenir le gouvernement lorsque des raisons diplomatiques incitent celui-ci à repousser la demande. Fort d'une décision judiciaire négative, le ministre compétent peut ensuite servir à l'Etat requérant un discours se résumant comme suit : «Nous aurions voulu extradier, mais notre tribunal s'y est opposé.»<sup>294</sup>.

En somme, une décision judiciaire est toujours considérée comme indispensable pour des raisons constitutionnelles, mais lesdites raisons peuvent sensiblement varier. Une autre question essentielle concerne la «qualité» de la décision rendue par le tribunal : Ce dernier est-il notamment empêché d'intervenir dans certains domaines<sup>295</sup> ?

b) Les raisons constitutionnelles, toutefois, ne contraignent pas forcément le tribunal compétent à rendre sa décision avant celle de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation, ce qui renforce l'argument du statut de serviteur. La situation inverse - à savoir l'obligation constitutionnelle pour le tribunal de rendre sa décision avant la décision définitive de l'autorité exécutive soumise au contrôle judiciaire - suscite par contre certaines irritations. A titre d'exemple, Blakesley signale qu'aux Etats-Unis, l'audience d'extradition est considérée comme ayant des caractéristiques et des conséquences pénales et doit donc respecter les règles de procédure pénale. Toutefois, plusieurs règles de cette procédure (telles que l'exclusion des preuves par ouï-dire) sont inapplicables<sup>296</sup>. La position du droit américain semble donc claire : les droits associés à un procès équitable et garantis en procédure pénale ne sont pas applicables aux procédures administratives. L'«équité» revêt donc un sens normatif différent dans la sphère pénale et dans la sphère administrative. De sorte que, pour garantir l'équité d'au moins certaines parties de la procédure d'extradition, nous sommes contraints de les considérer comme des «procédures pénales».

Ce constat pourrait probablement être inversé si le contrôle judiciaire suivait (et non précédait) la décision définitive du ministre d'octroyer l'extradition. Tel est le modèle pratiqué en Suisse où les tribunaux intervenant dans la procédure d'extradition sont des tribunaux administratifs et non pénaux. La situation juridique de la France - qui dispose d'un système similaire à celui institué aux Pays-Bas - illustre clairement les problèmes inhérents au contrôle judiciaire préalable. La chambre d'accusation est chargée - en vertu de l'article 16 de la Loi sur l'extradition du 10 mars 1927 - de décider de la suite à donner à la demande et de donner son opinion («son avis motivé») sur la question de savoir si les conditions légales

---

291 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 A.II.4. Cette interprétation pourrait être partiellement due au fait que la détention en vue de l'extradition est obligatoire aux Etats-Unis.

292 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitres 4 C.I. et 7 C.I.1.

293 Voir Laroque, cité par Lemontey dans *Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive* (1966), p. 231 et suivantes.

294 Voir aussi Lagodny, *Rechtsstellung des Auszuliefernden* (1987), p. 270-280.

295 Voir ci-dessous le point E.II.

296 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.V. Voir aussi Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law* (1998), p. 132-137.

sont respectées ou si la demande est entachée d'une erreur manifeste (article 16, paragraphe 2 : «Cet avis est défavorable, si la cour estime que les conditions légales ne sont pas remplies, ou qu'il y a erreur évidente.»). La chambre se contente de vérifier ces deux critères.

Bien que le libellé de la loi exclue tout appel contre la décision de la chambre d'accusation, la Cour de cassation a élaboré une jurisprudence lui permettant de contrôler ladite décision<sup>297</sup> et de se prononcer avant la décision définitive de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation. En outre, il est possible de contester cette décision administrative devant la plus haute instance judiciaire compétente administrative, à savoir le Conseil d'Etat. La répartition du contrôle entre les différentes juridictions s'organise comme suit : la Cour de cassation ne se prononce pas sur la nature politique du crime, la durée ou le montant de la peine, le délai de prescription, le lieu du crime, le respect du principe *ne bis in idem* et la qualification de l'acte<sup>298</sup>, ces questions relevant uniquement de la compétence du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat a justifié sa compétence en des termes intéressants. Dans ses arrêts *Astudillo*<sup>299</sup> et *Croissant*<sup>300</sup>, il a en effet estimé que la chambre d'accusation rend uniquement un avis, non une décision. Cet argument se fonde sur le libellé de l'article 16, paragraphe 1, de la Loi sur l'extradition : la chambre d'accusation «donne son avis motivé». La chambre est uniquement investie d'une fonction administrative<sup>301</sup>. En général, ses travaux tiennent davantage de la procédure<sup>302</sup>. Il est irritant de constater une évolution totalement opposée en l'occurrence à la situation observée aux Etats-Unis où les normes de procédure pénale s'appliquent même dans des circonstances difficilement compréhensibles aux yeux d'un juriste d'Europe continentale.

Bien que les points contrôlés respectivement par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat soient clairement délimités, rappelons que la Cour de cassation décide avant l'autorité chargée de délivrer l'autorisation et le Conseil d'Etat après<sup>303</sup>. Cette constatation illustre bien les difficultés inhérentes au système de contrôle préalable de la procédure d'extradition<sup>304</sup>.

Signalons également une jurisprudence assez surprenante. En 1993, le Conseil d'Etat contrôla le rejet d'une demande d'extradition à laquelle la chambre d'accusation avait donné un avis favorable<sup>305</sup>. Ce fait est remarquable dans la mesure où on aurait pu s'attendre à ce que seule la décision d'autorisation fasse l'objet d'un contrôle. Cependant, dans cette instance, l'Etat

---

297 Voir Haas, *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 131-138, dans lequel l'auteur mentionne surtout la décision rendue en l'affaire *Doré*. Dans cet arrêt (Cass. crim. 15 mai 1984, Bull. crim. 1984, No. 183), la Cour de cassation a estimé, compte tenu des principes généraux du droit, que l'exclusion du recours n'empêche pas la cassation fondée sur une violation de la loi. Le fait de ne pas pouvoir casser une telle décision viderait en effet la décision de sa substance juridique. Cité par Haas dans *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 133, note de bas de page 385.

298 *Idem*, p. 135-136.

299 Conseil d'Etat, décision du 24 juin 1977, Dalloz 77, II, 695, cité par Haas dans *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 134, note de bas de page 388.

300 Conseil d'Etat, décision du 7 juillet 1978, *Gazette du Palais* 1979, 1, 34, cité par Haas dans *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 134, note de bas de page 389.

301 *Idem*, p. 134 et 150 avec des références supplémentaires.

302 *Idem*, p. 57, note de bas de page 35.

303 *Idem*, p. 136.

304 *Idem*, p. 137 concernant les critiques en France.

305 *Idem*, p. 112, 152 mentionnant la décision *Saniman* du Conseil d'Etat (15 octobre 1993, *Revue française de droit administratif* (1993), p. 1193).

requérant était parvenu à saisir le Conseil d'Etat pour qu'il contrôle la décision négative rendue par l'autorité chargée de délivrer l'autorisation. Le Conseil d'Etat fit valoir que ladite décision pouvait être séparée de l'exercice des relations diplomatiques.

En outre, il est tout à fait remarquable que le ministre français de la Justice ait jugé bon de citer publiquement les critères à prendre en considération au moment de se prononcer sur une demande d'extradition<sup>306</sup> : le système politique et judiciaire de l'Etat requérant, le caractère politique du crime, les motifs politiques de la demande, ainsi que le risque que la situation du fugitif n'empire en raison de ses opinions ou de son action politique, de sa race ou de sa religion.

En Autriche, ces critères sont directement énoncés dans la Loi sur l'extradition (article 34, paragraphe 1, de la LECMP [AT]). Quant à la loi récemment adoptée au Liechtenstein<sup>307</sup>, elle précise les critères matériels que doit appliquer le gouvernement pour rendre ses décisions d'extradition (notamment le respect de l'asile politique et de la dignité humaine) qui - de toute façon - interviennent toujours après une décision judiciaire.

## 2. *Autres formes de coopération*

En matière de coopération judiciaire, les mesures coercitives requièrent une décision judiciaire et, dans ce cas de figure, les normes nationales s'appliquent également à l'entraide. Cette attitude repose sur une raison évidente : des actes tels que la saisie ou la perquisition en vue d'obtenir des documents revêtent le même caractère qu'une violation des droits fondamentaux, qu'ils soient commis dans le cadre d'une procédure pénale nationale ou étrangère. Comme dans le cas de l'extradition, la «qualité» de la décision judiciaire est donc importante. Le tribunal se prononçant notamment sur la validité de la perquisition et de la saisie peut-il également se prononcer sur le transfert de ces pièces à l'Etat requérant ? Cette question soulève des problèmes supplémentaires par rapport à une affaire purement nationale dans laquelle les objets saisis demeurent dans la même juridiction. A supposer que ces problèmes supplémentaires soient abordés par le tribunal, celui-ci offre-t-il une protection complète ? Seuls les rapports nationaux néerlandais et allemand font état d'un tel contrôle différencié.

Rares sont les décisions judiciaires rendues dans des affaires de coopération n'impliquant pas des mesures coercitives au niveau de l'exécution de la demande. La raison tient probablement à ce que seule la législation allemande prévoit un recours juridictionnel systématique, même lorsque la demande ne prévoit pas de mesures coercitives ou une coopération administrative. La Finlande et les Etats-Unis ne reconnaissent généralement pas ce droit. On peut donc se demander s'il est logique, du point de vue du droit interne, d'étendre le contrôle judiciaire à la question du transfert.

---

306 *Idem*, p. 141, citant *Le Monde* du 2 juillet 1987.

307 Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale du 15 septembre 2000, *Liechtensteinisches Landesgesetzblatt* (Journal officiel du Liechtenstein) 2000, n° 215 du 6 novembre 2000 (p. 351, 1-42) en vigueur depuis le 6 novembre 2000.

## II. (Non-)Application des normes nationales de procédure pénale

### 1. Le principe de légalité

Au niveau de l'Union européenne et plus précisément des instruments du Troisième pilier<sup>308</sup>, on observe une évolution pour le moins discutable sous l'angle du principe général de légalité (non le principe *nulla poena sine lege* mais l'exigence d'une base légale aux actions de l'Etat). Le problème tient au «chaos» normatif, à savoir la variété et la prolifération de diverses conventions couvrant le même sujet de la coopération. Il est très difficile en effet de déterminer la loi applicable. La principale raison de cet état de choses réside probablement dans le fait que ni les Communautés européennes, ni l'Union européenne ne constituent un Etat fédéral. Par conséquent, la guerre larvée incessante à laquelle se livrent les organes de la CE/UE pour savoir qui détermine ou produit la législation sème la confusion. Néanmoins, cette situation juridique, pour compliquée qu'elle soit, ne saurait être attribuée à l'adoption de l'approche bidimensionnelle.

### 2. L'exigence d'une présomption sérieuse (approche de procédure criminelle)

L'exigence d'une présomption sérieuse [*prima facie requirement*] dans les pays de *common law* résulte de l'hypothèse prêtant à la procédure judiciaire d'extradition un caractère au moins partiellement pénal. Il doit y avoir «matière à intervenir»<sup>309</sup>. Un parallèle peut donc être tracé entre les audiences préliminaires dans le cadre d'une procédure pénale et les audiences d'extradition. Et Gilbert de commenter la procédure britannique d'extradition en ces termes : «Elle est conçue pour refléter, autant que faire se peut, l'audience préliminaire ordinaire. La procédure traditionnelle, connue sous le nom d'audience préliminaire complète [*long form committal*] visait uniquement à renvoyer un inculpé devant un jury, dans le cadre de poursuites domestiques, après l'établissement d'une présomption sérieuse contre l'intéressé.»<sup>310</sup>.

Parmi les causes majeures de difficultés des Etats d'Europe continentale demandant une extradition, il convient de citer - outre cette approche procédurale globalement pénaliste - les exigences relatives à la preuve : à savoir la procédure et les modalités d'administration des preuves requises pour établir une présomption sérieuse<sup>311</sup>. Les règles d'exclusion des preuves par ouï-dire, en particulier, posent de gros problèmes (quelque peu atténués, cependant, dans le cas d'une procédure d'extradition)<sup>312</sup>. Le même constat vaut pour le droit de procéder au contre-interrogatoire des témoins, tel qu'il est garanti par la Constitution des Etats-Unis ; les opinions des juges des circuits fédéraux sont cependant partagées sur la question et seule une partie d'entre eux reconnaissent ce droit<sup>313</sup>.

---

308 Concernant cette distinction, voir Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2 chapitre 1.

309 Voir Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law* (1998), p. 119-145, p. 123.

310 *Idem*, p. 125.

311 *Idem*, p. 127-137.

312 *Idem*, p. 132-137.

313 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 VI.4.b.

Dans les Etats d'Europe continentale, l'exigence d'une présomption sérieuse est exceptionnelle (voir notamment l'article 10, paragraphe 2, de la LAEI [DE]<sup>314</sup>) et repose sur la crainte de persécutions dans l'Etat requérant (voir notamment l'article 3, paragraphe 2, de la CEEEx).

3. *Respect général des droits de procédure pénale associés au procès équitable dans le cadre d'une extradition*

a) Nous pourrions à ce stade nous demander si l'hypothèse de *common law* selon laquelle la procédure d'extradition est une procédure pénale est fondée ou pas, du moins aux yeux d'un juriste d'Europe continentale. Nous nous apercevrons rapidement, toutefois, que cette question soulève d'autres problèmes visant les droits associés au procès équitable :

En Allemagne, l'hypothèse du caractère non pénal de la procédure d'extradition vise à assurer :

- La non-applicabilité de l'article 104, paragraphe 3, de la LF. Cette disposition garantit à toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale et provisoirement détenue pour cette raison le droit d'être conduite, au plus tard le lendemain de son arrestation, devant un juge qui doit soit délivrer un mandat d'arrêt, soit ordonner la mise en liberté de l'intéressé<sup>315</sup>.
- Le pouvoir du gouvernement fédéral d'octroyer l'extradition et le refus d'accorder un pouvoir analogue aux *Laender* pourtant compétents en matière d'administration de la justice («Rechtspflege»)<sup>316</sup>.

Sous l'angle de la CEDH et de son article 6 garantissant un procès équitable, la jurisprudence constante des juges de Strasbourg considère que la procédure d'extradition ne concerne ni une «accusation en matière pénale», ni des «droits de caractère civil», et que cette disposition n'est donc pas applicable<sup>317</sup>. En Finlande, une garantie constitutionnelle (article 16) comparable à l'article 6 de la CEDH couvre toutes les décisions rendues par les autorités publiques, y compris les décisions administratives<sup>318</sup>.

b) L'exemple de la présomption sérieuse prouve - au moins dans une perspective européenne - que l'application des normes de procédure pénale à l'extradition génère une surprotection. Un «mini» procès dans l'Etat requis ne revêtirait aucun sens. Le débat mené aux Etats-Unis prouve également que l'approche procédurale pénaliste produit des conséquences perçues comme indésirables, même localement. Lesdites conséquences ont trait notamment aux problèmes soulevés par l'assouplissement des règles sévères en matière d'irrecevabilité des

314 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.VI.2.

315 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 D.II.

316 Schomburg/Lagodny, *Internationale Rechtshilfe* (1998), marge 89 de l'introduction ; Vogler, *in* : Vogler/Wilkitzki, *IRG*, paragraphe 12, marge 2.

317 N° 10227/82, *H. c. Espagne*, décision du 15 décembre 1983, 37 Décisions et rapports, 93. Cette décision est considérée comme ressortant d'une «jurisprudence établie» par Ravaud dans *Legal cooperation in criminal matters and the rights of the defence*, 20 février 1998, Conseil de l'Europe, document PC-OC/INF 19, p. 1 ; dans la même veine, voir Frowein/Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention* (1996), article 6, ann. 52, note de bas de page 199. Pour plus de détails, voir Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie C.V.4.4. Voir aussi Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law* (1998), p. 171-173.

318 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 1 A.

preuves par ouï-dire et du droit de contre-interrogatoire des témoins pendant l'audience d'extradition : deux éléments fondamentaux de la procédure pénale américaine garantis par la Constitution.

Une approche plus pragmatique semble prévaloir en Finlande : les droits associés aux procès équitables garantis par le CPP semblent s'appliquer également aux procédures de coopération internationale, du moins lorsque «il y a lieu de le faire»<sup>319</sup>.

Par ailleurs, l'approche américaine semble revêtir certaines caractéristiques typiquement tridimensionnelles comme le prouve notamment le droit à une audience. Cependant, ledit droit ne revêt un sens véritable que si le tribunal est habilité à trancher. A supposer qu'il refuse d'examiner certaines questions, le droit est vidé de sa substance. Signalons toutefois que les tribunaux américains sont tenus d'entendre les arguments relatifs à la présomption sérieuse. Dans la perspective des Etats européens, la question de la présomption sérieuse ne relève guère de la protection des droits de l'homme et n'est que rarement invoquée : en effet, l'Etat requis croit généralement l'Etat requérant lorsque celui-ci affirme disposer d'un motif valable et être prêt à libérer l'individu s'il s'avère qu'il n'en est rien.

c) La coordination de ces solutions juxtaposées est impossible. La règle voudrait cependant que l'on se pose les questions sous-jacentes suivantes : Avons-nous besoin d'étendre les garanties procédurales pénales à l'extradition et aux autres procédures de coopération dans la mesure où les raisons de cette protection sont les mêmes dans les deux cas ? Analysons, par exemple, la clause de confrontation : en l'absence d'audition de témoins sur ce sujet, la confrontation ne revêt aucun sens, que l'audience d'extradition soit qualifiée de procédure ou pas. Toutefois, le droit américain exige l'administration des preuves. Par ailleurs, la présence de l'individu pendant l'audience est indispensable au nom des principes généraux de procédure. La personne dont les intérêts sont en jeu a en effet le droit de se présenter devant le tribunal, que l'affaire revête une nature pénale ou autre.

d) Enfin, l'évolution du principe d'un *ne bis in idem* (ou autorité de la chose jugée) revêt certains aspects étranges. L'application du principe est incontestablement bien observée dans le contexte purement national. Par contre, dès que l'on examine sa dimension internationale, le problème d'un *ne bis in idem* transnational surgit. L'article 54 de la CAAS - qui fait désormais partie du droit communautaire - marque un progrès en créant un *ne bis in idem* européen : une personne qui a été définitivement jugée par une partie ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre partie. Ce problème est abordé dans la présente étude dans le cadre de l'analyse du concept plus large de «choix de l'Etat de for». Une coordination transnationale est déjà possible au niveau de la police quant à la désignation du territoire sur lequel un fugitif sera appréhendé. Cette coordination - même en Europe - échappe à tout contrôle judiciaire. Dans le cadre de l'article 54 de la CAAS, ladite coopération policière permet aussi de décider finalement quel Etat exercera sa juridiction et, par conséquent, le droit applicable. En outre, elle rend l'extradition superflue : il suffit en effet d'attendre que le suspect ait fui vers l'Etat que les policiers ont «choisi» pour lui. Dans certains cas également, le choix est purement fortuit (alors que s'en remettre au hasard ne constitue pas un critère de compétence très convaincant sur le plan juridique).

Les solutions à ce problème pourraient inclure la réduction du nombre de juridictions compétentes pour une même affaire et la recherche de la «meilleure». Les critères de qualité devraient inclure non seulement les principes de territorialité, de personnalité, de protection,

319 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 4 B.IV.

etc., mais aussi les garanties de procédure pénale en général (par exemple : Quel Etat dispose des meilleures preuves ?) et les intérêts de l'individu (par exemple : Dans quel Etat est-il domicilié ?).

### *III. (Non-)Application des normes nationales de procédure administrative*

La non-application des procédures administratives nationales ordinaires pose des problèmes importants. L'assimilation de la procédure d'autorisation à une procédure administrative soulève plusieurs questions : Quelles règles générales régissent la procédure administrative dans l'Etat concerné ? Ces règles sont-elles applicables à la procédure d'autorisation ou pas ? Pourquoi ?

#### *1. Règles générales visant les procédures administratives et la procédure d'autorisation*

Aux Pays-Bas, les règles administratives générales s'appliquent au moins à la procédure d'extradition. L'individu a donc l'assurance que le gouvernement doit se comporter décemment.

En Allemagne, tous les problèmes des droits associés au procès équitable seraient résolus si les règles et les lois visant la procédure administrative étaient applicables. Les raisons invoquées pour justifier leur non-application ne sont absolument pas convaincantes et se résument à faire valoir le caractère spécial de la procédure d'autorisation<sup>320</sup>.

Aux Etats-Unis, ces discussions semblent presque inenvisageables. L'un des facteurs clés de l'analyse de la procédure tient au pouvoir d'appréciation illimitée du président en matière de politique étrangère. Ce pouvoir sert de fondement à la règle voulant qu'il n'y ait pas d'enquête et à l'exigence d'un traité. Cette dernière condition n'est toutefois pas prévue par la Constitution et il serait possible d'extrader sur la base d'une loi comparable à la LAEI [DE] ; signalons cependant l'absence d'une telle loi, excepté un texte adopté en 1996 autorisant la remise de suspects au TPIY ou au TPIR.

Le pouvoir discrétionnaire du président explique dans une large mesure la restriction de la portée territoriale des droits fondamentaux nationaux. D'aucuns font valoir que la limitation des pouvoirs des tribunaux tend à renforcer certaines fonctions judiciaires traditionnelles telles que le contrôle de la présomption sérieuse. Empêchés d'examiner les questions ressortant du domaine réservé du président, les tribunaux contrôlent d'autant plus près les questions relevant de leur compétence. L'approche dite de «la procédure quasi pénale» ne serait que l'expression de cette frustration, dans la mesure où l'exercice du pouvoir discrétionnaire du président ne peut être soumis à aucun contrôle. Cette position paraît compréhensible compte tenu de la tendance à l'érosion des droits inhérente à l'application des procédures administratives et à l'approche pour le moins laxiste du système en matière de contrôle judiciaire des décisions administratives. Le problème des Etats-Unis pourrait tenir au fait que la tendance de l'exécutif à rogner sur les libertés personnelles s'étend à de nombreux mécanismes qui pourraient améliorer la coopération internationale - y compris l'extradition -. Cette tendance insidieuse a provoqué une réaction sous la forme d'une résistance générale à tout effort de rationalisation de la procédure en raison d'une méfiance instinctive à l'égard de l'exécutif.

---

320 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 4 B. avant I.

L'ordre juridique allemand se rapproche, sous cet angle, de celui des Etats-Unis : la garantie générale d'un recours juridictionnel (article 19, paragraphe 4, de la LF) empêche la création de «havres de sécurité» pour les décisions administratives. Le président allemand ne fait que représenter formellement l'Etat, le pouvoir de diriger les relations extérieures incombant à la fédération et non aux *Laender* (article 32 de la LF). Cette répartition n'a pas pour effet d'ériger un «mur pare-feu» empêchant l'application des droits fondamentaux ; l'article 1, paragraphe 3, de la loi fondamentale précise en effet que ces droits lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droits directement applicables. Ces précautions n'ont pas pu cependant éviter l'apparition de règles supplétives s'inspirant d'une approche comparable à celle de l'acte de gouvernement, telle qu'elle est pratiquée aux Etats-Unis. Toutefois, en 1996, la Cour constitutionnelle fédérale a rendu une décision historique relative au contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation<sup>321</sup>. La tendance générale en procédure allemande peut être caractérisée comme s'inspirant de la crainte de laisser une place excessive aux droits fondamentaux et explique notamment les efforts visant à limiter le champ d'application desdits droits. Toutefois, compte tenu de l'influence relativement modeste des droits fondamentaux sur le droit pénal matériel national<sup>322</sup>, cette crainte paraît largement infondée. La procédure allemande présente donc également certains traits caractéristiques de l'approche bidimensionnelle.

## 2. *Contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation*

On observe en Allemagne une évolution en faveur de l'adoption de normes procédurales applicables aux procédures administratives. La Cour constitutionnelle fédérale a ainsi estimé que la décision de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation - relative au désir d'une personne de purger à l'étranger la peine qui lui avait été infligée en Allemagne - était soumise au contrôle judiciaire ordinaire. Pareil contrôle se fonde sur la Constitution et se limite cependant à vérifier que l'autorité n'a pas abusé de son pouvoir discrétionnaire. De sorte que les tribunaux n'appliquent pas en l'occurrence des normes spécifiques à la procédure administrative mais des normes constitutionnelles.

Aux Etats-Unis, l'application des normes constitutionnelles à des procédures n'est généralement possible que dans des affaires pénales, dans la mesure où la protection érigée par la Constitution et ses amendements vise spécifiquement ce type d'instances<sup>323</sup>.

Dans les Etats exigeant, en matière d'extradition, une décision judiciaire préalable à la décision définitive de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation - par exemple l'Allemagne, l'Italie ou les Etats-Unis - un vif débat fait rage sur la question de savoir s'il convient de permettre de contester la décision administrative définitive. Ce débat n'affecte pas la coopération administrative, du moins en Allemagne et aux Pays-Bas. Il prouve que l'approche purement administrative est plus facilement admise en matière de coopération administrative que de coopération pénale : une attitude sans doute révélatrice de la réticence naturelle des justiciables à accepter l'application de règles autres que les règles «classiques» auxquelles ils sont habitués.

321 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 10 II.

322 Voir Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte* (1996), paragraphes 18 et 19 et *passim*.

323 Concernant la France, voir ci-dessus le point C.I.



### 3. *Abolition de la procédure d'autorisation ?*

a) Il est temps de se poser la question suivante : L'application des règles générales de procédure administrative à la procédure d'autorisation ne risque-t-elle pas de limiter tout le processus de coopération dans des proportions insupportables ? En Allemagne, par exemple, une telle évolution aurait pour conséquence visible<sup>324</sup> d'obliger les tribunaux non seulement à rendre une décision sur l'extradition, mais aussi à contrôler l'exercice par l'autorité chargée de délivrer l'autorisation de son pouvoir discrétionnaire. Deux décisions seraient alors rendues, à moins que l'on ne parvienne à instituer un système reposant sur l'adoption d'une seule décision en s'inspirant du modèle suisse et portugais (dans lequel la décision judiciaire est rendue à la fin de la procédure, c'est-à-dire après la décision définitive de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation).

L'autre façon de résoudre le problème serait d'abolir carrément la procédure d'autorisation. Dans le point C.I. ci-dessus, nous nous étions demandé pourquoi les tribunaux devaient intervenir dans ce domaine. La même question doit être étendue au rôle des autorités administratives dans la procédure d'autorisation. Telle a été la démarche adoptée récemment par l'Union européenne dans sa proposition d'une décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen<sup>325</sup>. Traditionnellement, l'argument invoqué en faveur de l'intervention de l'Administration tient à ce que les décisions de ce type doivent généralement tenir compte de certains aspects de la politique étrangère.

Comme nous l'avons vu en évoquant la situation en France, il est parfaitement possible de séparer les aspects diplomatiques et judiciaires d'une affaire. C'est également ce qui se produit parfois aux Etats-Unis, du moins lorsque la décision du secrétaire d'Etat profite au fugitif dans une affaire d'extradition vers un pays tiers. Cet exemple prouve en outre qu'il conviendrait de tracer une nouvelle ligne de partage entre ces processus.

b) Dans certains domaines particuliers, la procédure d'autorisation a tout simplement fini par disparaître. Parmi les principaux exemples, citons les cas prévus à l'article 96 ou à l'article 41 de la CAAS. La Convention Naples II - qui édicte des règles de coopération internationale en matière pénale - allège la procédure d'autorisation<sup>326</sup>. Inutile de préciser que dès lors que ladite procédure disparaît, les règles applicables sont les normes procédurales générales, comme le prouvent les initiatives prises dans le cadre du Premier pilier de l'Union européenne<sup>327</sup> (qui ignore la procédure d'autorisation, compte tenu de son caractère supranational).

L'analyse du mécanisme des articles 95 et 64 de la CAAS révèle que l'intégration dans le SIS (Système d'Information Schengen) de données sur une personne recherchée pour arrestation aux fins d'extradition a l'effet d'une demande d'arrestation provisoire au sens de l'article 16 de la Convention européenne d'extradition. En vertu de l'article 95, paragraphe 1, de la

---

324 Comme indiqué dans le rapport de l'Allemagne, cette question fait déjà l'objet d'une vive polémique relative aux fondements de la non-applicabilité de la Loi fédérale sur la procédure administrative. Les conséquences de la décision BVerfGE 96, 100 dans ce domaine ne sont pas encore très claires.

325 Proposition de la Commission de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen (COM [2001] 522, 19 septembre 2001 ; *JOCE* 2001 C 332 E/305). Contrairement à l'Autriche, l'Allemagne n'a pas aboli la procédure d'autorisation.

326 Gless, rapport de l'Union européenne, partie 2, chapitres 2/3 A.

327 Gless, rapport de l'Union européenne, partie 1, chapitre 2.B.V.

CAAS, seule «l'autorité judiciaire» de la partie contractante requérante est autorisée à réclamer l'intégration des données dans le SIS.

L'article 16 de la Convention européenne d'extradition décrit la manière classique de formuler une demande en passant par l'autorité chargée de délivrer l'autorisation de l'Etat requérant. De sorte que l'article 95 de la CAAS abolit *de jure* la procédure d'autorisation sous l'angle du dépôt de la demande. L'autorité judiciaire ne dépend plus de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation pour envoyer une demande à un Etat tiers. Cet exemple prouve que l'abolition de la procédure d'autorisation ne relève pas d'une impossibilité juridique absolue. Signalons cependant que la CAAS n'abolit pas la procédure d'autorisation dans l'Etat requis, mais seulement dans l'Etat requérant. Le point décisif tient à ce que les facteurs liés à la politique étrangère - le principal fondement de la procédure d'autorisation - sont, sinon exclus, du moins relativisés et ne peuvent plus être pris en considération que par l'autorité judiciaire.

c) Cela nous amène à aborder un second aspect de la question : la relation entre le judiciaire et l'exécutif en matière de coopération. Du point de vue du ministère public, le fait que le suspect ou la preuve se trouve de l'autre côté de la frontière n'importe pas, si ce n'est qu'il faudra déclencher les mécanismes pesants d'extradition. Les questions associées aux affaires étrangères ne revêtent pas un intérêt essentiel pour le parquet. Cette attitude doit bien entendu être tempérée par la protection des droits des individus qui, elle non plus, n'a rien à voir avec les questions associées aux affaires étrangères.

#### *IV. Application ou non-application des normes internationales de procédure*

Les rapports montrent que les normes internationales de protection des droits de l'homme<sup>328</sup> jouent un rôle important dans les Etats européens alors qu'aux Etats-Unis ce rôle est quasiment insignifiant, à moins que ces normes ne soient perçues comme ayant une incidence morale sur certaines décisions.

### **D. Étendue de la protection conférée par les droits fondamentaux nationaux**

L'analyse de ces questions a révélé que le champ d'application matérielle des droits fondamentaux nationaux est déterminant sous l'angle des droits matériels de l'individu. Les droits d'une personne dépendent directement de la portée territoriale des droits fondamentaux (point I.), de la qualité de la preuve exigée (point II.), ainsi que du contrôle de la constitutionnalité des traités (point III.).

#### *I. Extension extraterritoriale ou restriction territoriale ?*

La portée générale, voire peut-être aussi la nature des garanties constitutionnelles, diffèrent aux Etats-Unis et en Europe. Aux Etats-Unis, les restrictions à la perquisition et à la saisie (quatrième amendement) semblent désormais considérées comme ne protégeant probablement pas les étrangers résidant illégalement dans le pays, certainement pas les étrangers résidant hors du pays (même lorsque des fonctionnaires américains commettent des actes qui seraient analysés autrement comme une violation du quatrième amendement) et pas non plus - du moins selon des interprétations de l'arrêt *Verdugo-Urquidez* - les ressortissants

---

328 Voir Breitenmoser, *Internationale Rechtshilfe* (1995), partie C., chapitre III.5 ; voir aussi ILA, Rapport de la 68<sup>e</sup> Conférence de l'ILA tenue à Taipei en 1998, p. 132, 140 et 153.

américains à l'étranger dans certaines circonstances<sup>329</sup>. Le même constat pourrait s'appliquer à la protection contre l'auto-incrimination (cinquième amendement)<sup>330</sup>. Cette tendance s'observe aussi dans d'autres domaines du droit constitutionnel : la règle d'irrecevabilité, élaborée pourtant aux Etats-Unis, n'est pas applicable aux preuves en provenance de l'étranger<sup>331</sup>. Les «combattants illégaux» détenus à Guantanamo constituent un autre exemple de la tentative du gouvernement de Washington d'abolir les protections des individus poursuivis. Aucun autre rapport ne fait état de restrictions comparables aux droits fondamentaux nationaux.

Cette situation contraste avec la portée extraterritoriale d'autres lois américaines et notamment de celles conférant certains pouvoirs au ministère public en matière de poursuite à l'étranger et de droit de la concurrence, y compris les *long arm statutes*<sup>332</sup>. La taille du «bras long» de la législation américaine augmente clairement à vue d'oeil, sauf en ce qui concerne les lois censées protéger les individus contre l'application abusive de ladite législation. De plus, la réduction de la portée territoriale des garanties constitutionnelles crée un énorme vide juridique préjudiciable à l'individu, notamment lorsque des fonctionnaires américains agissent à l'étranger : les garanties offertes par la Constitution américaine ne jouent pas (car l'action se déroule dans un Etat tiers) et les garanties offertes par la Constitution de l'Etat tiers concerné ne jouent pas non plus (car l'action est commise par des fonctionnaires américains et non par des fonctionnaires de cet Etat tiers). Cette conception génère par conséquent un cercle parfaitement vicieux<sup>333</sup>.

Une évolution absolument inverse peut être constatée en France où le respect des droits fondamentaux est imposé en faisant appel à la notion d'ordre public<sup>334</sup>. Cette approche diffère totalement de celle observée en Allemagne où la portée des droits fondamentaux dans les affaires d'extradition est réduite au motif qu'il convient de ne pas distinguer entre les ordres juridiques nationaux (argument de l'interdiction des exportations)<sup>335</sup>. Ceci tendrait cependant à être applicable au concept de double incrimination dans son ensemble.

## II. Restrictions procédurales : qualité de la preuve exigée en cas de violation des droits de l'homme

Lorsque la portée des droits fondamentaux, du moins dans les Etats d'Europe continentale, englobe aussi les conséquences de la remise de l'individu à l'Etat requérant - par exemple la torture ou la peine de mort - la question de la qualité et du fardeau de la preuve revêt une importance décisive : La «simple probabilité» d'un traitement contraire à l'article 3 de la CEDH suffit-elle pour refuser l'extradition<sup>336</sup> ? Ou bien doit-on établir l'existence d'un «très

329 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 A.II.1.

330 Voir Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 A.II.2., concernant la relation entre le 14<sup>e</sup> amendement et les amendements 1 à 10.

331 Voir Schutte, 65 RIDP 119 (1992).

332 Concernant le problème des «long arm statutes», voir Schmidt-Brandt, *Zu den long-arm statutes im "Jurisdiktions-Recht"* (1991), *passim*.

333 Bentley, 27 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 351 (1994).

334 Voir ci-dessus le point C.I.

335 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 E.I.

336 Cour suprême polonaise en l'affaire *Mandequi*, voir Płachta, 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (1998), p. 100 et suivantes.

haut degré de risque»<sup>337</sup> ? Le cas échéant, à qui revient le fardeau de la preuve - l'Etat ou le défendeur ? - et quel est le degré de persuasion exigé ? Les réponses possibles à ces questions doivent être analysées dans le contexte global de la protection des droits de l'homme.

La même tendance peut être observée en Allemagne : la Cour constitutionnelle fédérale exige des indices concrets d'un risque de voir l'individu soumis à un traitement contraire aux droits de l'homme. Il ne suffit pas que ce traitement ne puisse pas être exclu en raison d'un précédent. Concernant les pays considérés par la communauté internationale comme des Etats de droit, il faut des raisons valables d'un risque majeur de traitement contraire aux droits de l'homme. Seuls les précédents ou les événements concernant personnellement l'individu poursuivi peuvent justifier la conclusion que le traitement est contraire aux droits de l'homme. Cette approche vise à exclure les références aux problèmes généraux de protection des droits de l'homme dans l'Etat requérant<sup>338</sup>. D'autres Etats ont recours également à un type analogue d'enquête restrictive<sup>339</sup>.

Aux Etats-Unis, le Traité bilatéral supplémentaire avec le Royaume-Uni a provoqué une modification de l'application de la règle de non-enquête. Cet instrument contient en effet une clause de persécution dont seul l'exécutif (à l'exclusion des tribunaux) est habilité à déterminer les exigences. Néanmoins, certaines décisions judiciaires peuvent restreindre l'enquête en vertu du traité :

- seuls les problèmes spécifiques rencontrés par des Etats spécifiques peuvent être examinés (à l'exclusion de la situation générale des droits de l'homme) ;
- seuls les problèmes faisant apparaître le risque pour l'accusé d'être victime de préjugés sur la base de caractéristiques particulières (race, nationalité, etc.) peuvent être examinés ;
- il ne suffit pas «de montrer une possibilité d'idées préconçues, encore faut-il - selon le traité supplémentaire, que le préjugé s'exerce à un point tel qu'il porte préjudice à l'accusé»<sup>340</sup>.

Signalons que la liberté d'appréciation du secrétaire d'Etat est beaucoup plus importante. La Loi FARR (Foreign Affairs Reform and Restructuring Act) prévoit en effet qu'il est le fonctionnaire chargé de décider de la remise d'un fugitif à un pays étranger par le biais d'une extradition et qu'à ce titre il doit considérer l'incidence des obligations conférées aux Etats-Unis par l'article 3 de la Convention contre la torture, c'est-à-dire se demander s' «il est plus que probable» que la personne sur le point d'être extradée sera torturée dans le pays

---

337 Voir l'arrêt *Soering* rendu par la CrEDh, Série A, n° 161 (1989), paragraphe 9. Voir aussi le Projet de recommandation du Comité sur l'extradition et les droits de l'homme de l'ILA [International Law Association] reproduit dans le rapport général de Dugard/Van den Wygaert repris dans le Rapport de la 68<sup>e</sup> Conférence de l'ILA tenue à Taipei en 1998, p. 135-138 et 152.

338 Voir Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.VI.4. Récemment, la Cour constitutionnelle a estimé qu'il serait contraire à un traité de se méfier de l'autre Etat concernant les questions liées aux droits de l'homme. Le fait de conclure un traité avec un pays suppose que l'on présume que celui-ci respecte ces droits. Le principal argument tient à ce que l'insertion dans un traité d'une clause relative aux droits de l'homme pourrait s'analyser comme un signe de défiance : décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 24 juin 2003 - 2 BvR 685/03 = JZ 2004, p. 141-145 avec un commentaire critique de J. Vogel. Sur le fond, cette décision ne fait que reprendre l'exigence d'un traité conçu pour couper court aux débats entourant les droits de l'homme, voir ci-dessous le point E I.

339 Voir aussi le rapport de l'ILA, Rapport de la 68<sup>e</sup> Conférence de l'ILA tenue à Taipei en 1998, p. 132, 134-139.

340 Cour d'appel du premier circuit, voir les références dans Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 E.IV. et V.

requérant<sup>341</sup>. Par contre, on relève dans la jurisprudence plusieurs exemples clairs du scepticisme des juges concernant le traitement réservé à l'individu dans le pays étranger concerné. Dans l'affaire *Venezia*<sup>342</sup>, la Cour constitutionnelle italienne jugea que les assurances des autorités fédérales américaines de ne pas infliger la peine de mort étaient insuffisantes. Les juges estimèrent en effet que lesdites autorités n'étaient pas en mesure de garantir le respect de leur promesse dans l'Etat concerné. Cette incertitude était trop grande par rapport au droit absolu à la vie tel qu'il est garanti par la Constitution italienne. L'un des considérants décisifs de cet arrêt est celui qui place les dispositions de la Constitution italienne au-dessus des obligations conventionnelles.

### III. *Contrôle de la constitutionnalité des traités*

L'une des caractéristiques de l'ordre juridique néerlandais tient à l'interdiction pour les tribunaux, en vertu de l'article 120 de la Constitution, de contrôler la constitutionnalité des lois nationales ou des traités internationaux<sup>343</sup>. Cependant, les tribunaux peuvent vérifier la compatibilité des lois nationales avec les traités/conventions internationaux (article 94 de la Constitution). Cet aspect du contrôle judiciaire revêt un rôle plus important que dans les autres ordres juridiques internes (Allemagne par exemple) prévoyant le contrôle constitutionnel des lois nationales. Il est intéressant de noter que le législateur néerlandais a tendance à tenir compte également du «droit indicatif» tel que celui généré par les recommandations du Conseil de l'Europe<sup>344</sup>.

## E. **Relations entre le législateur, l'exécutif et le judiciaire**

Nous avons vu que nombre de questions finissent par déboucher sur le problème des relations entre le législateur, l'exécutif et le judiciaire. Nous allons donc examiner de plus près l'exigence d'un traité (point I.), la restriction de la portée du contrôle judiciaire (point II.) et l'exposé raisonné de la procédure d'autorisation (point III.).

### I. *Exigence d'un traité*

Cette règle permet à un Etat de coopérer avec un autre uniquement sur la base d'un traité ou d'une convention. Elle est appliquée aux Etats-Unis (en tant qu'exemple de pays de *common law*) concernant les extraditions, mais pas les autres formes de coopération même lorsque des mesures coercitives sont envisagées. Aux Pays-Bas, la coopération en matière pénale doit s'appuyer sur un traité dès lors que des mesures coercitives sont envisagées (article 552n, alinéa 1, du CPP)<sup>345</sup>, ce qui est logique.

---

341 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 1 E.II.2.

342 Concernant l'affaire *Venezia*, voir Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 E.II. ; DeWitt, *47 Catholic University Law Review* 535-589 (1998) avec une traduction anglaise de l'arrêt (p. 591-601) ; voir aussi Dugard/Van den Wyngaert, *92 American Journal of International Law* 197. En réalité, aux Etats-Unis, il est probable qu'une promesse de l'autorité exécutive compétente lierait l'appareil judiciaire sur une question mettant en jeu la vie ou la liberté de l'individu concerné.

343 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 A.

344 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 A., concernant les tables d'écoute.

345 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 4 B.

### 1. *Exposé raisonné de l'argument de fiabilité*

L'exigence d'un traité est née pour la raison suivante : conclure un traité avec un autre Etat implique généralement la confiance dans le système juridique de celui-ci, système dont la fiabilité est évaluée

- au moment de la conclusion du traité,
- par les autorités exécutives chargées de la conclusion du traité,
- sur la base d'une analyse générale et abstraite du système de l'autre Etat.

### 2. *Effet : réduction du contrôle orienté vers l'individu*

L'exigence d'un traité a pour effet de restreindre les pouvoirs du judiciaire au profit du législatif et de l'exécutif : les arguments spécifiques à la protection des intérêts de l'individu sont rejetés, dans la mesure où l'intégrité de l'autre Etat a été vérifiée à un niveau abstrait et général. Cette approche peut être qualifiée de paternaliste dans la mesure où seul l'«Etat-père» a le pouvoir de protéger les intérêts de l'individu.

Du point de vue de l'individu, cette approche soulève des problèmes. Le moins grave tient à la possibilité d'un changement de situation depuis la conclusion du traité : un problème qui pourrait - au moins en théorie - être surmonté au niveau du droit international en recourant au principe *clausula rebus sic stantibus* [un contrat doit s'appliquer compte tenu de la situation qui existait lors de sa conclusion]<sup>346</sup>. Toutefois, un individu a-t-il la capacité de soulever cette question devant le tribunal ? Même à supposer que ce soit le cas, est-il réaliste de penser que les juges accepteront l'argument et refuseront réellement l'extradition ? Il semble plausible qu'une telle décision serait réservée aux cas les plus graves.

Le fait que (seul) l'exécutif évalue le système (judiciaire) de l'autre Etat soulève des questions encore plus ardues. Lorsqu'un traité d'extradition a été conclu avec un pays donné pour des raisons économiques, il est possible que l'évaluation s'en ressente. D'aucuns font valoir que, dans tous les Etats, le Parlement doit approuver chaque traité. C'est exact, mais le seul choix laissé au législateur est de dire «oui» ou «non» au traité. En outre, la décision du Parlement doit reposer sur des considérations générales et abstraites.

En somme et en général, l'individu semble avoir très peu de possibilités d'influer sur la décision en arguant de ses problèmes concrets et individuels. Bien que quelques circuits fédéraux américains permettent au défendeur d'invoquer certaines dispositions d'un traité d'extradition (comme la règle de spécialité), cette pratique est loin d'être systématique et rarement observée dans les autres Etats requérant un traité. On touche ici au cœur du problème inhérent à l'exigence d'un traité, cette règle semblant exclure le contrôle individuel et concret de l'affaire. En gros, elle s'appuie sur le raisonnement suivant : l'autorité exécutive chargée de conclure le traité ayant approuvé le système judiciaire de l'autre Etat, il n'y a aucune raison de vérifier de nouveau ce système dans le cadre d'un cas concret. L'individu étant entravé, les tribunaux le sont aussi. La ligne de partage passe entre l'exécutif d'une part et l'individu et les tribunaux d'autre part. Il en résulte une distinction que l'on peut qualifier de séparation bi ou tridimensionnelle : il n'appartient pas à l'individu (et/ou aux tribunaux) de contrôler la fiabilité de l'autre Etat, la seule autorité habilitée à gérer les relations extérieures étant l'exécutif. C'est précisément cette concentration sur les relations extérieures avec

---

346 Voir l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

l'autre Etat et l'exclusion des moyens soulevés par l'individu qui permet de conférer un caractère bidimensionnel à «l'argument de la fiabilité».

Cependant, l'argument de la fiabilité semble s'effacer dans une certaine mesure dans les circonstances suivantes<sup>347</sup>. La CEDH peut en effet constituer un obstacle à la coopération, même sur la base de cet argument, en présence d'un déni de justice flagrant ou d'autres violations des droits de l'homme. En mentionnant l'arrêt *Soering*, Swart souligne que l'argument de la fiabilité est devenu une présomption réfutable : on présume que les droits individuels du fugitif ne seront pas violés, tant et aussi longtemps que l'on ne dispose pas d'indications concrètes allant dans le sens contraire<sup>348</sup>. En Finlande, ainsi que dans d'autres Etats, la même présomption s'applique : si l'Etat requérant est partie à la CEDH «on présume qu'une enquête approfondie est superflue»<sup>349</sup>.

## II. *Restriction de la portée du contrôle judiciaire*

En matière d'extradition particulièrement, les tribunaux de certains pays ne sont pas autorisés à trancher certaines questions de fond. La somme de toutes nos analyses révèle que, dans ce domaine, ce n'est pas la construction de la règle de non-enquête qui est en cause (point 1.) mais également d'autres points importants (points 2. et suivants). Ces questions relèvent de toute une série de lois et de systèmes de droit mais découlent du même problème juridique.

Un contre-exemple important devrait être mentionné : en Suisse, seul le tribunal compétent, à savoir le Tribunal fédéral, et non l'autorité chargée de délivrer l'autorisation, peut déterminer si l'acte incriminé revêt un caractère politique (article 55, paragraphe 2, de la LEIMP [CH]). Ceci, afin d'éviter de soumettre un organe exécutif aux pressions inhérentes à l'évaluation des institutions ou de la conduite d'un autre Etat<sup>350</sup>.

### 1. *La règle de non-enquête*

La règle de non-enquête soustrait certaines questions au contrôle des tribunaux. Aux Etats-Unis, elle a été élaborée comme ligne de partage entre l'exécutif et le judiciaire. Elle est étroitement liée à la théorie américaine des actes de gouvernement<sup>351</sup>. Dans la liste des indices préparée par la Cour suprême pour déterminer les questions non juridictionnelles figure notamment<sup>352</sup> : «le manque de normes judiciairement découvrables et gérables permettant de la [l'affaire] gérer.». Ce critère est de toute évidence hors de propos en matière de protection des droits de l'homme.

347 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 E.IV.

348 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 E.IV.

349 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 11 B.

350 Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale* (1999), p. 302, ann. 388.

351 Voir Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law* (1998), p. 79, qui mentionne l'arrêt *Baker v. Carr* 369 U.S. 186, 7 L. Ed. 2d 663, 82 S.Ct. 691 (1962) cité par la Cour d'appel du premier circuit dans son arrêt *United States v. Lui Kin Hong* 110 F.3d 103 (1997).

352 Les autres critères sont non pertinents : «une obligation constitutionnelle textuellement démontrable visant la coordination par un service politique ; ou l'impossibilité de décider sans la définition préalable de la politique à suivre (sans que cette dernière puisse être infléchie par les tribunaux en vertu de leur marge d'appréciation) ; ou l'impossibilité pour un tribunal de résoudre la question de manière indépendante sans témoigner un manque de respect envers les services du gouvernement chargés de la coordination ; ou un besoin inhabituel d'adhésion inconditionnelle à une décision politique déjà prise ; ou le risque de provoquer l'embarras en raison de l'adoption par divers services de positions divergentes sur une même question.»

Pour comprendre cette position américaine, il convient de tenir compte de l'application du principe des poids et contrepoids tel que nous l'avons mentionné ci-dessus à propos de l'exigence d'un traité et du pouvoir illimité du Président des Etats-Unis qui est «le seul organe à l'étranger»<sup>353</sup>.

La logique de la règle de non-enquête a été parfaitement résumée dans une décision de la Cour d'appel du 1<sup>er</sup> circuit fédéral<sup>354</sup> visant l'une des (rares) exceptions à cette règle aux Etats-Unis, à savoir l'article 3 du Traité supplémentaire conclu entre ce pays et le Royaume-Uni.

La Cour a estimé que l'article 3 «exige des juges qu'ils refusent l'extradition si l'accusé établit que la demande a été en fait formulée en vue de le juger ou de le punir en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, ou bien prouve qu'une fois remis il serait victime de préjugés ou bien restreint dans ses déplacements, du fait de l'un de ces facteurs. [...] Ces stipulations ne sauraient être écartées comme une série d'erreurs de scribe, bien au contraire : le Congrès entendait autoriser l'enquête sur les attributs du système judiciaire d'un pays, dans la mesure où ledit système s'appliquerait à un individu donné. En outre, le Congrès savait à l'évidence que sa clause allait à l'encontre d'une vieille pratique interdisant l'enquête judiciaire en matière d'extradition. [...] Pourtant, la défense basée sur l'article 3(a), bien que saluée par les personnes résistant à une extradition comme une brise rafraîchissante, n'a pas la force d'un ouragan ; sa simple invocation ne suffit pas à balayer toutes les notions de bonne-entente internationale et de déférence à l'égard de la souveraineté de la nation requérante. [...] La règle de non-enquête a été élaborée sur l'hypothèse qu'un traité d'extradition, de par son existence même, constitue une acceptation générale du système juridique d'un autre Etat.»

La règle de non-enquête est étroitement liée à l'exigence d'un traité<sup>355</sup>. Elle se fonde sur les principes de bonne-entente internationale [*international comity*] et de la souveraineté de l'Etat requérant et consacre l'acceptation générale du système juridique de ce dernier. Aujourd'hui, cependant, les droits de l'homme ne sont plus considérés comme un domaine relevant de la souveraineté.

La conséquence de cette approche est de conférer un énorme pouvoir discrétionnaire à l'exécutif aux Etats-Unis<sup>356</sup> : «Les tribunaux estiment que l'enquête judiciaire doit se limiter à vérifier :

- si un traité valide existe ;
- si l'infraction alléguée entraîne l'extradition en vertu de ce traité ;
- si les preuves produites en faveur de l'extradition sont suffisantes pour remplir la condition de motif raisonnable. Le fait pour le magistrat de répondre par l'affirmative à ces questions équivaut à une «certification» du statut extraditable du fugitif.

---

353 *United States v. Curtiss-Wright Export*, cité par Bentley dans *27 Vanderbilt Journal of Transnational Law* 413, notes de bas de page 388 et 389 (1994) mentionné par Verdugo.

354 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 E.IV., V.

355 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 E.IV.

356 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 C.I. (où les références sont indiquées).



Le contrôle en *habeas corpus* est circonscrit à la question de savoir :

- si le juge de première instance était compétent au niveau de la procédure ;
- si le juge de première instance était compétent au niveau du fugitif ;
- si l'infraction alléguée entraînait l'extradition en vertu du traité ;
- si les éléments de preuve étaient réputés constituer des motifs raisonnables et suffisants de croire que le fugitif concerné avait commis l'infraction passible d'extradition. Lorsque le recours en *habeas corpus* est refusé, le secrétaire d'Etat est la seule autorité à peser les conséquences de l'extradition - sous l'angle des facteurs politiques, des droits de l'homme ou du droit humanitaire - et à se prononcer définitivement sur l'extradition.».

Les motifs de refus humanitaires, en particulier, sont réservés à l'exécutif ; ils sont en effet considérés comme «ne se prêtant pas à un contrôle judiciaire»<sup>357</sup> : une approche qui contraste avec celle observée par les pays d'Europe continentale et qui est contestée par des commentateurs aux Etats-Unis mêmes.

Aux Pays-Bas, la règle de non-enquête sert à justifier la stricte application des dispositions d'un traité d'extradition et le contrôle du respect des conditions imposées par cet instrument. La règle crée par conséquent une présomption réfutable : les autorités néerlandaises peuvent supposer que le traité est respecté tant que des indices manifestes du contraire ne sont pas exposés<sup>358</sup>.

La règle de non-enquête ne semble poser un problème (constitutionnel ?)<sup>359</sup> qu'aux Etats-Unis. Les autres pays l'ignorent ou sont même parfois contraints d'enquêter<sup>360</sup> sur la situation factuelle et juridique régnant dans l'Etat requérant.

## 2. *Restrictions aux Pays-Bas*

Le rapport néerlandais souligne<sup>361</sup> que l'interdiction pour les tribunaux de se prononcer sur les points qui suivent constitue un vestige du siècle dernier :

- clause de persécution ;
- clauses d'humanité<sup>362</sup> ;
- fiabilité de l'assurance de ne pas exécuter la peine de mort<sup>363</sup>.

---

357 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 E.IV., V.

358 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 1 E.IV.

359 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre 7 E.IV., V.

360 Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 C.VI.4.

361 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 A.

362 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.V. Voir aussi les articles 11 et 13 de la Loi sud-africaine n° 67 de 1962 sur l'extradition, amendée par la Loi n° 77 de 1996, *Statutes of the Republic of South Africa - Criminal Law and Procedure, Issue 31 - Supplementary*.

363 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.II. ; concernant l'approche inverse adoptée en Allemagne, voir Lagodny/Schomburg, rapport de l'Allemagne, chapitre 7 E.II.

Cependant, les tribunaux néerlandais sont supposés procéder à ces contrôles dans le cadre de la vérification de la garantie d'un procès équitable dans l'Etat requérant<sup>364</sup>.

Dans ce contexte, l'autorité chargée de délivrer l'autorisation (le ministère de la Justice) détermine si l'individu doit craindre d'être persécuté en raison de ses opinions, de sa race, etc.<sup>365</sup>. La décision du ministère peut toutefois être contrôlée par un tribunal civil qui exerce en l'occurrence *de facto* la fonction d'un tribunal administratif<sup>366</sup>.

Une tendance similaire a été signalée en France : traditionnellement, la chambre d'accusation se faisait un devoir de déférer les questions d'interprétation d'une clause de traité ou de convention au ministère des Affaires étrangères. De nos jours, cette pratique n'est plus observée et la chambre tranche seule ces questions, tout en veillant à l'harmonie des interprétations données. L'idée dans son ensemble paraît être un vestige d'une approche bidimensionnelle<sup>367</sup>.

### 3. *Clauses discrétionnaires*

Un autre problème tient à la question de savoir qui doit décider de l'application des clauses conventionnelles conférant à l'Etat requis un pouvoir discrétionnaire en matière d'invocation d'obstacles à l'extradition ? Parmi les exemples les plus fréquents, citons l'article 6 de la CEEEx (l'Etat requis «aura la faculté de» refuser l'extradition de ses ressortissants). Aux Pays-Bas, c'est l'exécutif qui décide en dernier ressort des modalités d'application de ces clauses : le tribunal se contente de donner un avis<sup>368</sup>. De ce point de vue, le système néerlandais est comparable au système français. En Allemagne, par contre, du moins en ce qui concerne les clauses relatives à la peine de mort (article 11) de la Convention européenne d'extradition., la Haute Cour fédérale a précisé que les assurances fournies par l'Etat requérant doivent être intégralement vérifiées par le tribunal<sup>369</sup>. Aux Etats-Unis, «le pouvoir d'appréciation discrétionnaire des autorités administratives est compris comme étant quasi absolu»<sup>370</sup> concernant l'interprétation des clauses discrétionnaires. En Finlande, la situation semble être similaire<sup>371</sup>.

### 4. *Résumé*

Les conditions de fond que les tribunaux ne sont pas autorisés à examiner sont laissées au pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation. La question que l'on est en droit de se poser consiste donc à savoir si les tribunaux peuvent contrôler la décision de ladite autorité. En l'absence d'un tel contrôle, celle-ci dispose d'un pouvoir totalement discrétionnaire.

Globalement, aux Etats-Unis, des secteurs importants échappent à tout contrôle judiciaire : une situation que d'aucuns attribuent à l'impossibilité - pour des raisons historiques - de

364 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.III.

365 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 C.IV.

366 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 A. ; voir, à titre d'exception, Parisi, rapport de l'Italie, chapitre 7 B.VII *bis*.

367 Haas, *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland* (2000), p. 112.

368 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.II.

369 Swart, rapport des Pays-Bas, chapitre 7 E.II.

370 Blakesley, rapport des Etats-Unis, chapitre A.

371 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 7 A.

soumettre les décisions ministérielles à un tel contrôle. Personnellement, je répugne à accorder une part trop importante à l'histoire dans ce type d'explications, sans doute en raison d'un scepticisme forgé à l'école des constitutionnalistes allemands. Compte tenu des critiques adressées par Swart au système néerlandais et par les auteurs d'autres rapports à leurs ordres juridiques respectifs, j'ai tendance à conclure que la sensibilité à ces problèmes n'est pas un phénomène propre à une vue purement nationale.

Ces vestiges archaïques sont l'héritage d'une époque - antérieure au début du XIX<sup>e</sup> siècle - au cours de laquelle les tribunaux n'intervenaient à aucun titre dans la procédure d'extradition. Aujourd'hui, il existe d'ailleurs encore des domaines dans lesquels les tribunaux n'ont pas le droit d'intervenir. Cette approche clairement bidimensionnelle devrait être abolie.

### *III. Logique de la procédure d'autorisation*

Nous pourrions également renverser l'argument de l'exigence d'un traité : en présence d'un traité supposant l'approbation - à un niveau général et abstrait - de la fiabilité politique et autre de l'Etat tiers - par l'autorité investie du pouvoir de conclure des traités (à savoir l'exécutif), il est inutile de prévoir une procédure d'autorisation visant des cas individuels et concrets.

## **F. Responsabilité initiale et transfert de responsabilité de l'Etat requérant à l'Etat requis et réciproquement**

Plus généralement, la question de l'approche «tridimensionnelle» devient plus apparente dès lors que l'on examine la répartition générale des responsabilités des deux Etats coopérants. L'analyse de la portée de la protection assurée par les droits fondamentaux révèle que celle-ci peut s'avérer lacunaire dès lors qu'une des parties est trop restrictive.

Le domaine de l'indemnisation fournit un bon exemple de modèle de responsabilité partagée. On distingue deux approches diamétralement opposées : en Finlande, la Cour suprême imposa en 1991 aux autorités nationales le versement d'une indemnité. L'affaire concernait un certain A qui avait été placé en détention en Finlande pendant 48 jours en vue de son extradition en Norvège. Une fois extradé, A fut acquitté par le tribunal norvégien. La loi d'indemnisation finlandaise pertinente était applicable dans la mesure où l'incarcération, bien que motivée par une demande formulée par les autorités norvégiennes, avait eu lieu en Finlande et sous la juridiction finlandaise<sup>372</sup>. L'approche pratiquée par l'Allemagne et les Etats-Unis est différente, dans la mesure où elle attribue l'essentiel des responsabilités à l'Etat requérant.

## **G. Conclusions**

Les conclusions suivantes ne sont pas censées résumer les points déjà condensés dans l'aperçu comparatif ou dans les rapports nationaux mais plutôt les objectifs et l'approche de la présente étude.

Le point de départ de cette recherche fut d'identifier les domaines de la coopération où les normes communes aux affaires domestiques (et qui sont considérées comme importantes pour et par les appareils de justice internes) ne sont pas appliquées en cas de coopération internationale et d'examiner les raisons de cette différence. Le présent résumé des chapitres

372 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 11 A.

qui précèdent révèle une grande variété de questions interdépendantes qu'il convient de relever et d'étudier pour pouvoir avancer des justifications. En d'autres termes, nous avons soulevé toute une série de questions qui n'avaient pas encore été posées et qui permettent d'expliquer l'évolution enregistrée dans ce domaine.

De sorte que le projet semble à nos yeux s'être mué en un exercice d'affinement, de déroutement et de restructuration des questions «principales» : Quelles sont les principales différenciations dont il convient de tenir compte lorsqu'on traite de ces questions au niveau national ?

1. L'un des problèmes clés se révéla concerner la portée et l'applicabilité des droits fondamentaux, non seulement en tant qu'obstacles à l'extradition ou à la coopération en général, mais également en tant que facteurs influençant certains aspects de la procédure. Si les droits fondamentaux sont interprétés restrictivement comme ayant une portée ne dépassant pas le cadre des frontières, cette approche pose d'emblée des problèmes tels que ceux soulevés dans les affaires *Soering* (peine de mort) ou *Alvarez-Machain* (enlèvement). Mais à supposer qu'un ordre juridique ne reconnaisse (ou n'autorise) pas une solution aussi radicale, ce qu'il est convenu d'appeler l'approche «interdiction des exportations» remplit le même objet : réduire l'extraterritorialité des droits fondamentaux de manière plus souple.

2. Un autre problème clé se révéla être l'existence d'une véritable procédure d'autorisation gérée par l'exécutif et soulevant à son tour des séries supplémentaires de questions :

a) La nécessité de distinguer entre les questions relevant de l'exécutif et celles relevant du judiciaire : Qui doit décider : l'exécutif ou le judiciaire ? Ce problème se pose aux Etats-Unis où certaines questions échappent totalement à la compétence des tribunaux et aux Pays-Bas où certaines questions sont du ressort exclusif des tribunaux civils (les tribunaux pénaux étant empêchés d'intervenir en la matière).

b) La question des normes procédurales : les normes administratives applicables à la procédure d'autorisation influencent-elles les normes de procédure pénale ou inversement ? Ainsi, les garanties de la présomption sérieuse ou de l'applicabilité des droits associées au procès équitable ne sont pas confinées, dans les ordres juridiques d'Europe continentale, à la procédure pénale et sont également respectées dans le cadre de la procédure administrative. En revanche, ces protections ne sont parfois disponibles aux Etats-Unis que dans le cadre d'une procédure pénale. L'un des résultats les plus frappants tient peut-être à la nature totalement opposée des réponses apportées à ce problème dans les divers Etats : en Europe continentale, l'approche administrative prévaut alors qu'aux Etats-Unis l'approche pénaliste domine et explique l'exigence d'une présomption sérieuse (qui semble superflue du point de vue des systèmes juridiques européens).

Par contre, aux Etats-Unis, l'individu a droit à une audience à part entière accompagnée de nombreuses garanties ; ces dernières, cependant, ne changent pas le fait que l'éventail des questions pouvant être soulevées devant le tribunal - surtout dans le domaine de la protection des droits de l'homme - reste extrêmement limité.

3. Concernant les relations entre l'Etat requérant et l'Etat requis, force est de constater que la souveraineté joue encore un rôle majeur. Ce constat est évident en matière d'indemnisation : seule la Finlande accepte de tenir compte des actes de l'Etat requérant pour décider de

l'opportunité de verser des indemnités<sup>373</sup>. En outre, l'exigence d'une présomption sérieuse prouve que les Etats nourrissent une grande méfiance à l'égard de l'ordre juridique des autres pays, de sorte qu'ils s'estiment tenus d'assumer seuls leurs propres responsabilités.

4. Cependant, le principe de «reconnaissance mutuelle», très prisé dans le contexte de la CE/UE<sup>374</sup>, mérite une analyse critique : une reconnaissance automatique viderait immédiatement de leur substance la quasi-totalité des droits individuels érigeant une protection nationale contre le transfert illégitime de personnes ou de preuves.

5. Le projet révèle que la coopération internationale en matière pénale est loin d'avoir intégré l'individu comme un sujet à part entière jouissant de ses propres droits matériels et surtout procéduraux.

---

373 Tallgren, rapport de la Finlande, chapitre 11 A.

374 Voir la proposition de décision-cadre de la Commission de l'UE sur le mandat d'arrêt européen (COM [2001] 522, 19 septembre ; JOCE 2001 C 332 E/305).

## ABREVIATIONS

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts/Décisions de la Cour constitutionnelle fédérale
BVwVfG	Bundesverwaltungsverfahrensgesetz/Loi fédérale sur la procédure administrative
CAAS	Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990 ; voir le Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne ( <i>JOCE</i> C 340, 10 novembre 1997, p. 93)
CE	Communautés européennes
CEDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (STE n° 5)
CEEJMP	Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (STE n° 30)
CEEx	Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (STE n° 24)
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
CrEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
HCrR	Haute Cour régionale/Oberlandesgericht
ILA	International Law Association
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LAEI [DE]	Loi allemande sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale/Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Allemagne)
LECMP [AT]	Loi sur l'extradition et d'autres formes de coopération en matière pénale/Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz (Autriche)
LEIMP [CH]	Loi fédérale sur l'entraide en matière pénale/Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen du 20 mars 1981 (Suisse)
LF/GG	Loi fondamentale/Grundgesetz (Allemagne)
OLAF	Office européen de lutte antifraude
RIDP	Revue internationale de Droit pénal
SIS	Système d'Information Schengen
TEJ	Traité d'entraide judiciaire
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UE	Union européenne
UE-EJP	Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du TUE, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, <i>JOCE</i> C 197/3, 12 juillet 2000, p. 3
V/W	Vogler/Wilkitzki, «Kommentar zum Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen».

## BIBLIOGRAPHIE

Bannermann, Bruce, «Australia: The Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights», in *International Cooperation in Criminal Proceedings*. 65 RIDP, p. 129-150, 146/7 (1994).

Bentley, Eric, «Toward an International Fourth Amendment: Rethinking Searches and Seizures Abroad After *Verdugo Urquidez*», in *27 Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 329-417 (1994).

Biehler, Anke/Kniebühler, Roland/Lelieur-Fischer, Juliette/Stein, Sibyl (éd.) «Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union», Fribourg 2003.

Blakesley, Christopher L., «The Autumn of the Patriarch: The Pinochet Extradition Debacle & Beyond», in *91 Journal of Criminal Law & Criminology*, p. 1-97 (2000).

Blakesley, Christopher L./Firmage, Edwin/Scott, Richard F. Scott/Williams, Sharon A., «The International Legal System: Cases Materials», 5<sup>e</sup> édition, New York 2001.

Breitenmoser, Stephan, «Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen im Schnittpunkt zwischen Völker- und Landesrecht», Bâle 1995 (manuscript).

Currie, Robert J., «Human Rights and International Mutual Legal Assistance: Resolving the Tension», in *11 Criminal Law Forum*, p. 1-181, 177-181 (2000).

DeWitt, Mark E., «Extradition Enigma: Italy and Human Rights V. America and the Death Penalty», in *47 Catholic University Law Review*, p. 535-589 (1998).

Dugard, John/Van den Wyngaert, Christine, «Reconciling Extradition with Human Rights», in *92 American Journal of International Law*, p. 187-212 (1998).

General Report, in «The International Law Association. Report of the Sixty-Eighth Conference, Taipei, Taiwan, Republic of China», Londres 1998, p. 132-154.

Gilbert, Geoff, «Transnational Fugitive Offenders in International Law - Extradition and Other Mechanisms», La Haye, 1998.

Haas, Gregor, «Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland», Berlin 2000.

Lagodny, Otto, «Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland», Fribourg 1987.

- «Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte», Tübingen 1996.
- «Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen? Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz», Berlin 2001, à télécharger sous : <http://www.sbg.ac.at/ssk/home.htm>.

«Extradition without a granting procedure: The concept of ‘surrender’», in *Blekxtoon, Rob, Handbook on the European Arrest Warrant*, Asser Press, 2005, p. 39-45

Lagodny, Otto/Reisner, Sigrun, «Extradition Treaties and ‘Emergency Brake’-Judgments - A Comparative European Survey», in *3 Finnish Yearbook of International Law* p. 237-297 (1992) ; 65 RIDP 543-596 (1994).

Lemontey, Jacques, «Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive», Paris 1966.

McCann, James D., «United States v. Jamieson: The Role of the Canadian Charter in Canadian Extradition Law», in *30 Cornell International Law Journal*, p. 139-171 (1997).

Nagel, Karl-Friedrich, «Beweisaufnahme im Ausland. Rechtsgrundlagen und Praxis der internationalen Rechtshilfe für deutsche Strafverfahren», Fribourg 1988.

Plachta, Michał, «Extradition and the Principle aut dedere aut judicare in the New Polish Legislation», in *6 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, p. 94-105 (1998).

Popp, Peter, «Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen», Bâle *et al.* 2001

Ravaud, C., «Legal cooperation in criminal matters and the rights of the defence - Case-Law of the European Commission and Court of Human Rights», 20 février 1998, Conseil de l'Europe Document PC-OC/INF 19.

Ruegenberg, Guido, «Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren», Cologne 2001.

Schmidt-Brandt, Jan-Peter, «Zu den long-arm statutes im ‘Jurisdiktions-Recht’ der Vereinigten Staaten von Amerika und zu ihrer Bedeutung für wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten», p. 1157 in *Europäische Hochschulschriften - Reihe II*, Francfort-sur-le-Main *et al.* 1991.

Schomburg, Wolfgang/Lagodny, Otto, «Internationale Rechtshilfe in Strafsachen», 3<sup>e</sup> édition, Munich 1998.

Schutte, Julien, «General Report: The Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings», in *65 RIDP*, p. 83-123 (1992).

Schwaighofer, Klaus, «Auslieferung und internationales Strafrecht - Eine systematische Darstellung des ARHG», Vienne 1988.

Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar, «Europarecht», 5<sup>e</sup> édition, Neuwied 1996.

Swart, Bert, «De rechten van de mens in het uitleveringsrecht (Human rights in extradition law)», in *85 Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, p. 87-149, Deventer 1982.

- «Human Rights and the Abolition of Traditional Principles», in *Albin Eser/Otto Lagodny* (ed.), «Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law», Fribourg 1992, p. 505-534



- «The Choice of the Forum. 23. Strafverteidigertag vom 12.-14», März 2000 in Bremen - 50 Jahre Grundgesetz - kritische Würdigung, europäische Bezüge in der Strafgerichtsbarkeit», p. 91-97 (2000).

Thomas, Herbert, «Vom nationalen zum internationalen ne bis in idem - Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung. Eine rechtsvergleichende Erörterung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Bundesrepublik Deutschland, Englands, Schottlands und der USA sowie Art», in *54 SDÜ*, Baden-Baden 2002 (en cours d'impression).

Traeskman, Per Ole, «Finland: The Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings», in *65 RIDP*, p. 251-287 (1994).

Van den Wyngaert, Christine, «The Political Offence Exception to Extradition. The Delicate Problem of Balancing the Rights of the Individual and the International Public Order», Deventer 1980.

- «Belgium: The Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Matters», in *65 RIDP*, p. 187-199 (1992).

Vander Beken, Tom, «Forumkeuze in het internationaal strafrecht - Verdeling van misdrijven met aanknopingspunten in meerdere staten. (The Choice of the Forum in International Law - Division of Crimes with Links in Several States)», Anvers, 1999.

Vogler, Theo/Wilkitzki, Peter, «Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG). Kommentar», in *Heinrich Grützner/Paul-Günter Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, Heidelberg 1997.

Zimmermann, Robert, «La coopération judiciaire internationale en matière pénale», Berne 1999.

## Annexe I

**Questionnaire du projet**

L'individu en tant que sujet de la coopération internationale en matière pénale

Source :

Eser, Albin/Lagodny, Otto/Blakesley, Christopher L. (éd.), *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters, A Comparative Study*, Baden-Baden, 2002. p. 1 et suivantes.

**Remarques préliminaires**

Le questionnaire a été élaboré pendant deux ateliers internationaux tenus respectivement en 1995 et 1997 (voir l'introduction). La version définitive est reproduite ci-dessous dans le cadre de la présentation des premiers résultats du projet. Elle soulève des problèmes classiques dans le domaine du droit pénal interne mais qui sont encore rarement évoqués sous l'angle de la coopération internationale en matière pénale, comme le prouvent les réponses correspondantes figurant dans les rapports nationaux (partie 2).

Afin de ne pas déranger le lecteur, les remarques et autres références à des documents «ad hoc» présentés lors des séminaires ont été supprimés, sans pour autant toucher au texte du questionnaire lui-même.

**1. Structure du questionnaire.**

Le questionnaire est réparti sur plusieurs chapitres :

- Chapitre 1 : Sources du droit
- Chapitre 2 : Coopération purement administrative de {votre pays} en qualité d'Etat requis
- Chapitre 3 : Coopération purement administrative de {votre pays} en qualité d'Etat requérant
- Chapitre 4 : Coopération pénale de {votre pays} en qualité d'Etat requis
- Chapitre 5 : Coopération pénale de {votre pays} en qualité d'Etat requérant
- Chapitre 6 : Choix de l'Etat de for
- Chapitre 7 : Extradition depuis {votre pays}
- Chapitre 8 : Extradition vers {votre pays}
- Chapitre 9 : Exécution transfrontière, dans {votre pays}, des peines prononcées à l'étranger
- Chapitre 10 : Exécution transfrontière, à l'étranger, des peines prononcées dans {votre pays}
- Chapitre 11 : Résumé

Une différence a été établie entre chaque pays en qualité d'Etat requis et d'Etat requérant. Les chapitres 2, 4 et 7 concernent le pays en tant qu'Etat requis. Les chapitres 3, 5 et 8 concernent le pays en tant qu'Etat requérant. Les chapitres 9 et 10 requièrent une différenciation terminologique supplémentaire, dans la mesure où chaque Etat peut être requérant ou requis dans les situations évoquées.

Les chapitres 2, 4, 7 et 9 comportent des subdivisions correspondant aux thèmes abordés dans le cadre des ateliers :

- A. Procédure d'autorisation
- B. Contrôle judiciaire préalable ou postérieur
- C. Conditions/obstacles/limitations associés à certains aspects de la protection des droits de l'homme

## 2. Questions principales/subsidiaries

Il est essentiel de respecter la distinction entre les questions principales et subsidiaires.

L'intitulé des questions principales est précédé du symbole «(©)».

- a) Chaque question principale devait obligatoirement faire l'objet d'une réponse aussi détaillée que possible, les mentions du type «hors de propos» étant cependant admises.
- b) Les questions subsidiaires étaient laissées à la discrétion des autorités nationales. La «réponse minimale» absolue consistait à laisser ce point vide dans le rapport, voir à omettre carrément le paragraphe correspondant dans la numérotation (c'est-à-dire à passer directement du point 1 au point 5, par exemple, pour indiquer l'absence de réponse pertinente concernant les points 2, 3 et 4).

## Questionnaire original

### Chapitre 1 : Sources du droit

Dans ces chapitres, vous devez principalement donner les informations nécessaires à la compréhension de vos observations relatives à la position juridique de l'individu concerné dans les chapitres suivants. Les problèmes spécifiques ne doivent être abordés que dans la mesure où leur mention est indispensable du point de vue de l'ordre juridique interne de votre pays. Il convient cependant d'insérer, comme dans toutes les parties informatives de votre rapport, des notes de bas de page permettant au lecteur d'étudier de plus près ces questions. Dans les subdivisions suivantes, vous pouvez suivre l'ordre des chapitres.

#### A. Droit constitutionnel

Fournissez des informations concernant plus spécialement :

- le caractère général et la portée des garanties constitutionnelles ;
- le contrôle constitutionnel des traités internationaux.

#### B. Législation

Fournissez uniquement les informations nécessaires dans le cadre du projet.

#### C. Droit international

Dans cette partie, indiquez uniquement le statut du droit international dans votre pays, en vous abstenant d'analyser les problèmes (sauf si cela vous apparaît indispensable pour répondre à la question).

Les informations devraient plus spécialement porter sur :

- la validité du droit international et notamment les conditions dans lesquelles ce droit est valable dans votre pays ; cet exercice peut éventuellement requérir une réponse à la question relative au caractère moniste, dualiste ou hybride de votre système.
- (©) l'applicabilité du droit international, à savoir dans quelles conditions ce droit est applicable (en précisant notamment si votre système juridique distingue ou pas entre les traités exécutoires et non exécutoires). Il convient d'accorder une attention particulière à la question de savoir si les traités régissant l'extradition ou d'autres formes de coopération peuvent entrer en vigueur à la suite d'un simple décret du gouvernement ou bien s'ils nécessitent une loi de ratification votée par le Parlement.

*I. Conventions internationales (multilatérales)*

*II. Traités et accords internationaux (bilatéraux)*

*III. Règles générales du droit international*

Si votre ordre juridique interne l'exige, vous pouvez distinguer entre le droit international coutumier et conventionnel, ainsi qu'entre la coutume et les principes généraux de *jus cogens*.

D. Droit supranational

Pour autant qu'ils concernent directement votre pays, vous pouvez donner ici des informations sur les problèmes spécifiques aux Communautés européennes et à l'Union européenne, à Europol, à l'OEA, à l'ALENA, etc.

E. (©) Relation/Hiérarchie entre A et D.

Cette partie devrait porter sur des questions particulièrement importantes sous l'angle de la position juridique de l'individu :

1. Observe-t-on dans votre ordre juridique interne une tendance à privilégier le rôle du droit international relatif aux droits de l'homme et des droits nationaux fondamentaux dans le domaine de la coopération internationale ?
2. Comment s'organise, dans votre ordre juridique interne, la relation entre les conventions relatives aux droits de l'homme et les conventions/traités relatifs à la coopération internationale ? Plus spécialement : (©) Les conventions relatives aux droits de l'homme ont-elles toujours (ou jamais) prééminence ? Pourquoi ? Est-il possible que la hiérarchie de ces instruments dépende de principes généraux tels que *lex posterior/lex specialis* ?
3. Concernant les relations entre les droits nationaux fondamentaux et les obligations conventionnelles, en quoi les premiers font-ils obstacle à la coopération internationale ? (©) Le contrôle (national ou international) du respect des droits de l'homme est-il interdit au nom de l'argument de fiabilité (qui proscrie tout contrôle de ce type en présence d'un traité d'extradition) ? Le cas échéant, cet argument est-il remis en question dernièrement ? (©) Observe-t-on, dans votre ordre juridique interne, des tendances - telles que le mouvement de pensée allemand favorable à la levée de l'interdiction des exportations vers certains pays - en faveur d'une réduction de l'application des droits nationaux

fondamentaux ? Des informations du même ordre peuvent être trouvées à propos de la règle de non-enquête, même s'il convient de ne pas mélanger les deux sujets.

(©) L'application des droits nationaux fondamentaux à l'extradition ou à d'autres formes de coopération peut soulever un problème de hiérarchie des normes en présence d'un traité ne reconnaissant pas l'exception associée à la protection nationale des droits de l'homme. Ce problème se pose-t-il dans votre pays ? Si oui, comment est-il résolu ?

4. Pour autant que ce sujet concerne directement votre pays : Disposez-vous de règles ou de pratiques permettant de hiérarchiser les traités/conventions couvrant le même sujet, par exemple la Convention européenne sur l'extradition, ses Protocoles additionnels, les traités bilatéraux facilitant l'application de ladite convention et la CAAS ?

## **Chapitre 2 : Coopération purement administrative de {votre pays} en qualité d'Etat requis / Coopération des organes non judiciaires de {votre pays} en qualité d'Etat requis**

Lors des ateliers, nous avons vu que la police participe à la procédure pénale soit de par sa fonction, soit en tant qu'organe assumant plusieurs tâches (approche fonctionnelle), soit par le biais de ses services spécialisés : un service participant aux procédures pénales et l'autre assumant les tâches purement administratives (approche organisationnelle). Le chapitre 2 traite de la police soit en tant qu'autorité purement administrative (c'est-à-dire n'assumant aucune tâche de poursuite ou d'enquête et se contentant d'assurer un rôle de protection), soit sous l'angle de ses organes remplissant exclusivement une fonction administrative.

Choisissez l'intitulé correspondant au type d'intégration de la police dans votre système juridique (approche fonctionnelle ou organisationnelle). En présence d'un système hybride, signalez cette particularité.

En raison du manque de place, veuillez choisir des exemples de domaines de coopération administrative. Nos discussions tenues en octobre ont prouvé que la coopération dans le domaine fiscal constituait un bon exemple. Vous pouvez, bien entendu, mentionner aussi d'autres exemples tels que la coopération internationale dans le contrôle des banques privées.

### **A. (©) Aperçu de la procédure**

Au début de ce chapitre, expliquez comment la police est intégrée à la procédure (approche fonctionnelle/organisationnelle). Il est important de fournir au lecteur étranger suffisamment d'informations pour comprendre la nature et le fonctionnement du système. Illustrez si possible vos propos à l'aide d'un schéma ou d'un graphique.

Expliquez la relation entre la procédure d'autorisation et le contrôle judiciaire préalable ou postérieur, en illustrant aussi de préférence vos propos à l'aide d'un schéma ou d'un graphique faisant apparaître les différentes phases.

D'après nos discussions, le questionnaire diffère sur ce point - ainsi que dans les chapitres 4, 7 et 9 - entre la procédure d'autorisation (administrative) et le contrôle judiciaire préalable ou postérieur.

Comme indiqué lors des séminaires, le terme «**procédure d'autorisation**» désigne le processus de prise de décision du ou des ministres compétents ou de leur délégué.

Le terme «**contrôle judiciaire préalable**» désigne la décision - éventuellement obligatoire - d'un tribunal rendue *avant* la décision administrative définitive (parfois appelée «décision de clôture») relative à l'acceptation ou au rejet de la demande. Ce type de contrôle est fréquent dans les procédures d'extradition.

Le terme «**contrôle judiciaire postérieur**» désigne la situation dans laquelle la décision du tribunal intervient uniquement *après* l'adoption d'une décision provisoire ou définitive relative à l'autorisation de la demande et - comme en Suisse - seulement à la demande de l'intéressé.

(©) L'une des hypothèses soulevées lors des ateliers tenait à ce que le contrôle judiciaire est mieux structuré dans le cadre d'une coopération purement administrative que dans celui d'une coopération en matière pénale/entre organes judiciaires. Exprimez votre point de vue sur ce sujet.

(©) Si votre pays prévoit «un contrôle judiciaire préalable» (au sens conféré à ce terme ci-dessus), répondez à la question suivante : Qui décide lorsque les dispositions conventionnelles confèrent une marge d'appréciation à l'autorité compétente (par exemple, «[...] peut être refusée [...]») ? Le tribunal et/ou l'autorité chargé de délivrer l'autorisation ? Cette question ressort des relations entre la procédure d'autorisation et le contrôle judiciaire préalable/postérieur.

(©) Ici, évoquez aussi - s'il y a lieu - la possibilité d'appliquer la loi de l'Etat requérant si cela s'avère nécessaire sous l'angle de sa procédure, à savoir si l'intéressé dispose dans ce pays du droit de refuser de témoigner dans certaines situations limitativement énumérées. Observe-t-on, dans votre pays, une tendance générale à «ouvrir» la législation et la procédure à l'application de la loi de l'Etat requérant en acceptant certains motifs de refus de témoigner propres au dit Etat et inconnus dans votre système juridique ?

## B. Procédure d'autorisation

Il est probable que votre système ne dispose d'aucune règle procédurale spécifique à la procédure d'autorisation. Supprimez par conséquent, le cas échéant, les intitulés ne contenant pas de question principale (©) sans modifier cependant la numérotation.

### I. *Droit de consulter un avocat*

### II. (©) *Droit de consulter l'ensemble du dossier*

Voir ci-dessous le chapitre 4 B.III. et C.IV.

### III. *Droit d'être entendu ou de soumettre des exposés écrits*

### IV. *Droits relatifs aux preuves*

Par exemple,

- communication du contenu des preuves,
- droit de l'intéressé de produire des preuves,
- respect des règles en matière de qualité et de fardeau de la preuve (y compris la présomption d'innocence).

Concernant la communication du contenu des preuves, voir ci-dessus le point II.

Notez que votre réponse doit englober la procédure d'autorisation, c'est-à-dire préciser si l'autorité chargée de délivrer l'autorisation (et non le tribunal dont les compétences en la matière sont abordées au point C.) entend ou doit entendre la preuve. Une brève synthèse des dispositions pertinentes éventuelles relatives à la procédure d'autorisation dans votre pays est suffisante.

*V. (©) Droit de demander l'insertion de conditions ou de limitations dans la décision d'autorisation*

Fournissez des informations sur la pratique revenant à imposer, dans les affaires d'extradition, des conditions telles que le principe de spécialité ou d'autres règles visant à garantir le respect de conditions/obstacles/limitations. Par exemple, certains systèmes interdisent que les résultats transmis à l'Etat requérant soient utilisés dans le cadre d'une procédure pénale.

(©) L'individu objet de la demande dispose-t-il d'un droit subjectif à exiger des autorités de votre pays qu'elles imposent des conditions à l'Etat requérant ? (Notez que la question «L'intéressé ou des tiers ont-ils le droit d'exiger le respect de la condition ou l'exercice de ce droit dépend-t-il de la formulation d'une protestation par l'Etat requis ?» est traitée dans le cas de figure inverse - celui où votre pays est l'Etat requérant - dans le chapitre 3 B.II.)

Les tiers pâtissant des conditions ont-ils des droits ?

Le cas échéant, en quoi lesdits droits consistent-ils et comment sont-ils appliqués ?

*VI. (©) Droit de demander à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation de rendre sa décision dans un délai raisonnable*

(©) Existe-t-il un droit à une décision rapide de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation ? Par exemple, votre système juridique prévoit-il un moyen d'éviter qu'une demande d'information relative à une grande société mette des mois à aboutir? Indiquez si des dispositions comparables régissent l'assistance administrative.

*VII. (©) Droit d'être informé de la décision de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation*

*VIII. (©) Droit d'être indemnisé*

(©) L'indemnisation en cas d'erreur peut être importante dans le domaine de l'assistance administrative. De même, le droit de corriger les données est fondamental. Votre ordre juridique interne aborde-t-il ces questions ? Dans quels termes ?

*IX. Réformes envisagées*

Indiquez ici - comme dans les autres parties - si des réformes sont en cours de discussion.

## **C. Contrôle judiciaire préalable/postérieur, y compris le droit d'accès à un tribunal**

### *I. (©) Aperçu*

Votre pays prévoit peut-être **une possibilité générale d'imposer le contrôle judiciaire** des actes administratifs comme c'est le cas en Allemagne (article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale). Votre pays prévoit peut-être aussi un tel contrôle uniquement pour certains actes administratifs et distingue éventuellement entre le contrôle effectué par un tribunal et par une instance administrative supérieure.

Il serait peut-être utile d'évoquer la distinction entre le contrôle judiciaire de l'exécution (ce qui a été fait dans votre pays) et de l'aboutissement de la demande (la transmission à l'Etat requérant des résultats produits par l'exécution de sa demande, à savoir la communication d'informations).

(©) Votre pays prévoit-il un contrôle judiciaire préalable ? Le cas échéant, **l'individu concerné est-il partie** à cette procédure ?

Si votre pays dispose d'un **système totalement ou partiellement accusatoire** : Cette particularité améliore-t-elle la position juridique de l'intéressé dans la procédure d'extradition ? Si oui, en quoi ?

Concernant la possibilité d'**appliquer la législation de l'Etat requérant**, voir ci-dessus le début du chapitre 2 A.

### *II. Droit/obligation de consulter un avocat*

### *III. (©) Droit de consulter l'ensemble du dossier*

Voir ci-dessous le chapitre 4 B.III. et C.IV. Quelle est l'étendue de ce droit ?

### *IV. Droit d'être entendu par un tribunal et/ou de soumettre des exposés écrits*

### *V. Preuves*

Dans la mesure où les questions relatives aux preuves sont pertinentes concernant votre système, répondez aux questions correspondantes. Dans le présent chapitre, un bref aperçu devrait suffire. Veuillez cependant à comparer la procédure visée aux autres, par exemple l'assistance en matière pénale ou les procédures administratives purement nationales. Indiquez aussi, le cas échéant, les points sur lesquels la preuve est entendue.

### *VI. Droit de faire imposer des conditions ou des limitations par le tribunal*

Concernant les conditions imposées par l'autorité chargée de délivrer l'autorisation, voir ci-dessus le point B.VI. Ici, la question porte uniquement sur le fait de savoir si le tribunal lui-même peut contraindre l'autorité à fixer des conditions.

### *VII. Droit de demander au tribunal de rendre sa décision dans un délai raisonnable*

### *VIII. Droit d'être informé de la décision du tribunal*



*IX. Droit de faire appel*

*X. Réformes envisagées*

**D.(©) Conditions/obstacles/limitations associés à certains aspects de la protection des droits de l'homme**

Les conditions/obstacles/limitations à la coopération «purement» administrative sont difficiles à évaluer globalement. Par conséquent, dans cette partie, décidez librement de la structure de votre réponse. Je suggère de reprendre l'ordre suivi dans les chapitres 4 D. et 7 E.I., à savoir commencer par les conditions visant spécifiquement la protection des droits de l'homme et ayant une incidence directe sur les procédures pénales.

(©) En tout état de cause, évoquez ici le problème du droit de ne pas s'auto-incriminer et le principe de spécialité. Ledit droit peut s'avérer important lorsque la procédure administrative risque de déboucher sur une procédure pénale, par exemple dans le cadre d'une affaire fiscale lorsqu'une personne est contrainte - dans le cadre d'une procédure administrative - de donner des informations sur ses revenus, informations qui pourront être ensuite utilisées dans le cadre d'une procédure pénale. Il est parfois abusif ou inadmissible de fournir de telles informations à un Etat tiers sans s'assurer que celui-ci les utilisera uniquement dans le cadre d'une procédure administrative. Évoquez par conséquent la question du principe de spécialité au sens où les résultats de coopération administrative ne peuvent pas être utilisés dans d'autres procédures (notamment pénales).

Autres exemples : confidentialité dans le cadre de la coopération fiscale ; préservation du droit de propriété en cas de gel ou de confiscation des produits du crime ; secret bancaire ; secret professionnel. Évoquez aussi la question de la renonciation au respect des exigences.

**Chapitre 3 : Coopération purement administrative de {votre pays} en qualité d'Etat requérant / Coopération avec les organes non judiciaires de {votre pays} en qualité d'Etat requérant**

Choisissez l'intitulé correspondant au type d'intégration de la police dans votre système juridique (approche fonctionnelle ou organisationnelle).

**A. Contrôle judiciaire de la demande émanant de {votre pays} dans {votre pays}**

Cette partie vise le cas de figure où une demande «part» de votre pays. Indiquez :

- Qui décide de faire une demande (un juge et/ou l'autorité chargée de délivrer l'autorisation).
- Si l'individu concerné a la possibilité légale d'influer sur cette décision et notamment le droit d'arrêter une demande.

## **B. Contrôle judiciaire de la légalité de l'exécution de la demande dans {votre pays}**

Cette partie concerne les points posant problème dans l'Etat requis.

### *I. Procédure dans l'Etat requis*

Le fait que les règles de procédure dans l'Etat requis n'aient pas été observées a-t-il une incidence sur les résultats de la demande ?

### *II. (©) Respect {dans votre pays} des conditions/limitations imposées par l'Etat requis*

(©) L'individu a-t-il la possibilité de contraindre les autorités de votre pays à respecter les conditions imposées par l'Etat requis ? Le cas échéant, comment doit-il procéder ? L'intéressé peut-il soulever un point devant le tribunal et imposer le respect des conditions ?

### *III. Droit d'être indemnisé*

Des questions d'indemnisation au titre de dommages subis peuvent surgir dans ce contexte, par exemple lorsqu'une demande a des effets préjudiciables sur les relations d'affaires de l'intéressé (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale).

## **C. (©) Utilisation des résultats d'une demande dans le cadre d'une procédure pénale**

(©) L'utilisation, dans le cadre d'une procédure pénale, des résultats d'une demande obtenus au moyen d'une action administrative peut faire l'objet de conditions ou limitations édictées par l'Etat requis (*supra* B.II.). Exposez les règles nationales interdisant ou empêchant pareille utilisation même en l'absence de telles conditions, par exemple les règles relatives à la protection des données.

## **Chapitre 4 : Coopération en matière pénale de {votre pays} en qualité d'Etat requis / Coopération des organes judiciaires de {votre pays} en qualité d'Etat requis avec un Etat étranger**

Choisissez l'intitulé correspondant au type d'intégration de la police dans votre système juridique (approche fonctionnelle ou organisationnelle).

### **A. (©) Aperçu de la procédure**

Expliquez la **relation** entre la procédure d'autorisation et le contrôle judiciaire préalable/postérieur, de préférence en illustrant vos propos à l'aide d'un schéma.

(©) Si votre pays prévoit «un contrôle judiciaire préalable» (au sens conféré à ce terme ci-dessus), répondez à la question suivante : Qui décide lorsque les dispositions conventionnelles confèrent une marge d'appréciation à l'autorité compétente (par exemple, «[...] peut être refusée [...]») ? Le tribunal et/ou l'autorité chargée de délivrer l'autorisation ?

Cette question ressort des relations entre la procédure d'autorisation et le contrôle judiciaire préalable/postérieur.

Concernant la possibilité **d'appliquer la loi de l'Etat requérant**, voir ci-dessus le début du chapitre 2 A.

## **B. Procédure d'autorisation**

Il est probable que votre pays ne dispose d'aucune règle procédurale spéciale relative à la procédure d'autorisation. Effacez par conséquent les intitulés - non pertinents dans votre système - ne correspondant pas à une question principale (©), en prenant soin de conserver la numérotation originale.

### *I. (©) Droit d'être informé de la nature et du motif de l'accusation ainsi que de l'immunité d'auto-incrimination*

Voir ci-dessous le point C.

### *II. (©) Droit/obligation de consulter un avocat*

### *III. (©) Droit de consulter l'ensemble du dossier*

Nous avons déjà évoqué la différence entre la procédure de divulgation (*disclosure*) propre à la *common law* et les divers droits - tels que l'*Akteneinsichtsrecht* - reconnus par les systèmes continentaux. Indiquez comment ces mécanismes fonctionnent et sont utilisés dans votre pays, par exemple la manière dont l'individu concerné peut obtenir des informations sur l'état réel de la procédure soit en consultant directement le dossier, soit par divulgation de sa teneur. A quel stade jouit-il de ce droit ? Certains dossiers ou certaines informations sont-ils exclus ? Le cas échéant : (©) Pour quelles raisons ? Ce point est plus particulièrement pertinent concernant les dossiers de la procédure d'autorisation, à savoir les documents détenus par le ministère. Est-il possible d'en obtenir une copie ?

### *IV. Droit d'être entendu ou de soumettre des exposés écrits*

Expliquez exactement la portée de ce droit.

### *V. Preuves*

Notez que ce point porte sur la procédure d'autorisation, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'autorité compétente (qui n'est pas un tribunal, ce cas de figure étant couvert dans le point C) a le droit ou le devoir d'entendre la preuve. Le cas échéant, suivez les subdivisions ou dressez un bref aperçu de la situation concernant :

- la teneur des preuves,
- le droit de l'intéressé de produire des preuves,
- le respect des règles en matière de qualité et de fardeau de la preuve (y compris la présomption d'innocence ; autrement dit : Qui a la charge de la preuve et quel est le degré de persuasion exigé ?).

### *VI. (©) Droit de demander l'insertion de conditions ou de limitations dans la décision d'autorisation*

Fournissez des informations sur la pratique revenant à imposer, dans les affaires d'extradition, des conditions telles que le principe de spécialité ou d'autres règles visant à garantir le respect de conditions/obstacles/limitations. Expliquez comment cette pratique s'organise.

À supposer que l'individu concerné jouisse du droit subjectif d'exiger des autorités de votre pays qu'elles imposent des conditions à l'Etat requérant, l'intéressé peut-il insister sur l'insertion des conditions ? (Notez que la question «L'intéressé ou des tiers ont-ils le droit

d'exiger le respect de la condition ou l'exercice de ce droit dépend-t-il de la formulation d'une protestation par l'Etat requis ?» est traitée dans le cas de figure inverse (celui où votre pays est l'Etat requérant) dans le chapitre 5 II.).

(©) Les tiers pâtissant des conditions ont-ils des droits ? Le cas échéant, en quoi lesdits droits consistent-ils et comment sont-ils appliqués ?

VII. (©) *Droit de demander à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation de rendre sa décision dans un délai raisonnable*

(©) Existe-t-il un droit à une décision rapide de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation ? Par exemple, votre système juridique prévoit-il un moyen d'empêcher qu'une demande de perquisition d'un local commercial ou d'une habitation privée mette des mois à aboutir ?

VIII.(©) *Droit d'être informé de la décision de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation*

(©) L'individu concerné a-t-il le droit d'être informé de la décision définitive d'autorisation ? Dans le cas contraire, certaines voix se font-elles entendre dans votre pays en faveur de la reconnaissance de ce droit ?

IX. (©) *Droit d'être indemnisé*

Le droit d'être indemnisé peut jouer un certain rôle, par exemple lorsqu'il apparaît qu'une demande a été formulée alors que son caractère superflu était évident dès le début de la procédure et qu'elle a eu des effets préjudiciables sur l'individu concerné (notamment parce que son domicile a été perquisitionné ou ses biens saisis).

X. *Réformes envisagées*

## C. Contrôle judiciaire préalable/postérieur, y compris le droit d'accès à un tribunal

I. (©) *Aperçu*

(©) Existe-t-il une **possibilité générale** pour l'individu concerné de déclencher **un contrôle et une procédure judiciaires** ou cette faculté est-elle circonscrite aux cas où l'exécution de la demande requiert un acte particulièrement intrusif : recherche et saisie, enregistrement visuel ou sonore, radiographie, etc. ? (©) La nécessité d'un contrôle judiciaire dépend normalement de l'ampleur de ce contrôle au stade de la procédure d'autorisation, c'est-à-dire *avant* la décision d'autorisation (contrôle préalable).

Analysez la distinction entre le contrôle judiciaire de l'exécution (ce qui a été fait dans votre pays) et de l'aboutissement de la demande (la transmission à l'Etat requérant des résultats produits par l'exécution de sa demande, à savoir la communication d'informations).

Si votre pays prévoit un contrôle judiciaire préalable : (©) **L'individu concerné est-il partie** à cette procédure ?

Si votre pays est partie à la **Convention européenne des droits de l'homme** : Accordez une attention particulière à la question de savoir si les articles 5 et 6 sont considérés comme applicables à la procédure.

Si votre pays dispose d'un **système totalement ou partiellement accusatoire** : (©) Cette particularité améliore-t-elle la position juridique de l'intéressé dans la procédure d'extradition ? Si oui, en quoi ?

Concernant la possibilité d'**appliquer la législation de l'Etat requérant**, voir ci-dessus le début du chapitre 2 A.

*II. (©) Droit d'être informé de la nature et du motif de l'accusation ainsi que de l'immunité d'auto-incrimination*

(©) Le droit de ne pas s'incriminer peut jouer un rôle dans ce chapitre, s'agissant de l'interrogatoire d'un suspect ou d'un témoin qui pourrait être impliqué dans le crime sous-tendant la demande, à savoir que l'intéressé peut avoir le droit de garder le silence. La question se pose donc en ces termes : Le suspect/témoin a-t-il la possibilité ou le droit de garder le silence ? Doit-il être informé par des fonctionnaires de la nature et des motifs de l'accusation portée contre lui et de son droit de garder le silence ? Fournissez des informations sur ce point et sur des points connexes soit ici (dans le cadre de la section relative au contrôle judiciaire préalable/postérieur), soit ci-dessus dans la section B. I. (consacrée à la procédure d'autorisation).

*III. (©) Droit/obligation de consulter un avocat*

(©) Le droit de consulter un avocat est-il garanti ? Le cas échéant : Quels sont les critères délimitant l'obligation de consulter ? Cette obligation s'applique-t-elle aux cas où l'intéressé concerné s'apprête à renoncer à l'application des conditions ? (Concernant la possibilité de renoncement, voir ci-dessous le point D.X.).

*IV. (©) Droit de consulter l'ensemble du dossier*

Pour plus de détails, voir ci-dessus le chapitre 4 B.III. Cette question peut - aussi ou uniquement - être soulevée selon le niveau du contrôle judiciaire préalable/postérieur exercé.

*V. (©) Droit d'être entendu par un tribunal et d'être partie à l'action en justice/procédure judiciaire*

Le terme «Action en justice/procédure judiciaire» signifie que c'est un juge (et non un policier ou le procureur) qui doit interroger le témoin pour exécuter la demande.

(©) L'individu concerné a-t-il la possibilité de participer à l'interrogatoire d'un témoin directement ou par l'intermédiaire de son avocat et de poser des questions (un droit dont l'exercice suppose l'autorisation de venir dans votre pays au départ de l'Etat requérant) ? Ce droit peut-il se fonder sur l'exigence de confrontation posée par l'article 6.3.d de la CEDH ou le cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis. Peut-on parler de débats ou d'une pratique en ce sens dans votre pays ? Remarque : Cette question ne porte pas sur la situation prévalant après le transfert des résultats (procès-verbal) de l'interrogatoire à l'Etat requérant. Dans ce dernier cas, en effet, la «contestation» du témoignage par l'accusé redevient une «simple» question de procédure pénale interne.

## VI. Preuves

Cette partie concerne l'audition par un tribunal des preuves relatives à la recevabilité<sup>375</sup> de l'exécution de la demande (et non, par exemple, de l'interrogatoire d'un témoin/de l'accusé à la demande de l'autre Etat). Exemple : L'interrogatoire d'un témoin peut être déclaré irrecevable dans la mesure où l'accusé est confronté dans l'Etat requérant à un traitement discriminatoire ou risque la peine de mort. Dans un tel cas, le tribunal devra entendre les preuves relatives au traitement discriminatoire.

### 1. Aperçu

Comparez ce mécanisme avec l'administration des preuves dans le cadre des autres procédures judiciaires (c'est-à-dire les procédures pénales ou administratives purement nationales).

### 2. Teneur des preuves

Conditions/obstacles/limitations en matière de coopération internationale ; question de la culpabilité.

### 3. (©) Droit de l'individu de produire des preuves

Y compris la recevabilité des preuves (plus spécialement dans les affaires touchant aux droits de l'homme, voir ci-dessous le chapitre 7 C.VI.).

### 4. (©) Règles en matière de qualité et de fardeau de la preuve (y compris la présomption d'innocence).

Voir ci-dessous le chapitre 7 C.VI.

## VII. (©) Droit de faire imposer des conditions ou des limitations par le tribunal

Voir ci-dessus le point B.VI. (procédure d'autorisation).

## VIII. (©) Droit de demander au tribunal de rendre sa décision dans un délai raisonnable

Décrivez ici la situation concernant la procédure devant le tribunal (contrôle judiciaire préalable ou postérieur) et non la procédure d'autorisation qui est traitée ci-dessus au point B.VII.

## IX. (©) Droit d'être informé de la décision du tribunal

Indiquez les règles précisant éventuellement quand et comment l'individu concerné est informé.

## X. (©) Droit de faire appel

(©) Votre pays reconnaît-il le droit pour l'individu concerné d'interjeter appel ? Dans le cas contraire : D'autres parties ont-elles le droit de former un recours suspensif ? Le cas échéant : Quelle est la justification de cette différenciation ?

---

375 Les termes "recevabilité" et "recevable" (en allemand: "Zulässigkeit"/"zulässig") auxquelles je songe dans ce contexte sont la source de malentendus aux Etats-Unis où ils revêtent une signification particulière visant le caractère admissible de preuves dans le cadre d'un procès. Le qualificatif "irrecevable" (au sens de "unzulässig" en droit allemand) couvre toutes les situations où une action publique ou privée est considérée comme non permise ; par exemple, une demande de perquisition ou d'assignation peut être considérée comme irrecevable par un tribunal.

(©) L'individu dispose-t-il de la possibilité de former un recours non suspensif ? Dans le cas contraire : D'autres parties ont-elles le droit de former un recours non suspensif ? Le cas échéant : Quelle est la justification de cette différenciation ?

## XI. *Réformes envisagées*

### **D. Conditions/obstacles/limitations associés à certains aspects de la protection des droits de l'homme**

Dans ce chapitre, comme dans les autres, j'ai effacé les exceptions visant les délits politiques, fiscaux et militaires, ainsi que la réciprocité, afin de ne pas surcharger le questionnaire (dans la mesure où les projets de rapport ont révélé que ces conditions n'ont généralement pas grand-chose à voir avec les droits de l'homme). Cependant, n'hésitez pas à aborder ces questions si vous estimez que, dans votre ordre juridique interne, elles relèvent une certaine importance sous l'angle de la protection des droits de l'homme. Si c'était le cas, je suggère de traiter ce point à la fin de la présente section D.

#### *I. (©) Clauses générales de protection des droits de l'homme visant la situation dans l'Etat requérant*

(©) Votre pays dispose-t-il de clauses explicites en matière de droits de l'homme ? Quelle est leur teneur ? Existe-t-il une pratique pertinente ? Si votre droit interne ne prévoit que des clauses d'ordre public : Précisez si lesdites clauses sont invoquées de manière à inclure des dispositions de protection des droits de l'homme.

#### *II. (©) Clauses relatives au droit pénal de l'Etat requérant*

(©) L'un des exemples les plus pertinents est la peine de mort. Il semble qu'elle ne puisse pas être invoquée comme un obstacle à l'entraide judiciaire. Un Etat opposé à ce châtimeur doit donc aider malgré tout un Etat qui risque d'exécuter la peine. Quelle est l'état de la législation dans votre pays ?

#### *III. (©) Clauses relatives à la procédure pénale de l'Etat requérant*

#### *IV. (©) Clause de discrimination*

Dans certains pays, le risque imminent de discrimination à motif politique, ethnique, etc. constitue un obstacle à l'entraide judiciaire. (©) Quel est l'état de la législation pertinente dans votre pays et est-elle effectivement appliquée ? Concernant la question de la preuve, voir ci-dessus le point C.VI.

#### *V. (©) Clauses d'humanité (y compris le principe de proportionnalité)*

(©) Certains pays prévoient la possibilité d'invoquer une clause d'humanité spéciale ou des clauses générales de proportionnalité pour refuser une demande. Quel est l'état de la législation pertinente dans votre pays ? Quels sont les critères réels d'application de ces clauses ? Quel est l'impact réel desdites clauses ?

#### *VI. Compétence concurrente*

#### *VII. Double incrimination*

### *VIII. (©) Principe de légalité*

(©) Le principe de légalité soulève des questions essentielles sous l'angle de ce chapitre :

- a) La question principale générale est la suivante : Dans quelle mesure, les autorités de votre pays ont-elles besoin d'un fondement juridique pour se livrer à l'entraide judiciaire ? Quelle est la part d'entraide «informelle» autorisée ? Exemple : La communication spontanée d'informations doit-elle se fonder sur des dispositions explicites alors même qu'elle n'est pas expressément interdite par la loi ? Le cas échéant : En quoi doit consister ledit fondement juridique ?
- b) Est-il nécessaire d'invoquer des dispositions explicites pour justifier certaines mesures d'investigation telles que les enquêtes discrètes ? En outre : Une autorisation judiciaire préalable est-elle requise ?
- c) Concernant la pratique du «plateau d'argent» : Un Etat peut-il requérir l'aide de votre pays dans le but de mener des investigations interdites par son droit interne ? Le cas échéant : Quel est le fondement juridique de cette pratique ? Est-elle punie ou sanctionnée ?

### *IX. (©) Spécialité (c'est-à-dire confidentialité/droit au respect de la vie privée/protection des données)*

(©) La «spécialité» dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale peut revêtir différentes formes que nous avons évoquées lors du second atelier. La confidentialité ne vise pas les relations entre les deux Etats concernés d'une part et l'individu d'autre part, mais plutôt le respect du droit de l'intéressé à la confidentialité (concernant par exemple des secrets commerciaux) qui risque d'être violé dans le cadre des procédures nationales. Votre pays dispose peut-être de règles qui autorisent uniquement la transgression de la confidentialité à certaines fins (comme une enquête criminelle par exemple). Si c'est le cas, la question se pose de savoir si les informations transmises à l'Etat requérant dans le cadre d'une enquête criminelle peuvent aussi être utilisées dans le cadre d'une procédure non pénale. Le «respect» de la confidentialité implique alors pour l'Etat requérant l'obligation de n'utiliser les informations que dans le but spécifique indiqué. Quelles mesures permettent de garantir l'observation de ce principe ?

(©) Les mêmes mécanismes s'appliquent souvent à la protection des données en général et à la transmission des casiers judiciaires en particulier. Exemples : Un procureur peut-il transmettre la copie intégrale d'un dossier contenant des extraits de casier judiciaire alors que la transmission de tout ou partie d'un casier judiciaire est interdite par l'autorité compétente (le sommier de la police) ? Quelle est la situation concernant la transmission des données stockées dans les banques de données ADN ?

### *X. (©) Droit de l'individu de renoncer à l'application des conditions*

(©) L'individu peut-il renoncer à l'application des conditions - telles que la double incrimination et la spécialité ou l'interdiction de tout traitement discriminatoire - ou cette faculté est-elle réservée au seul Etat requis (en l'occurrence votre pays) ?

### *XI. (©) Réformes envisagées*

(©) Observe-t-on une «constitutionnalisation» des conditions dans votre pays ? Ou/et : Les conditions/obstacles/limitations nationales et internationales forment-ils un tout sous l'angle de votre ordre juridique ?



Observe-t-on des tendances à l'abolition des conditions classiques telles que l'exception pour délit politique, fiscal ou militaire ? Le cas échéant : Ces conditions sont-elles amenées à être remplacées par d'autres ?

### **Chapitre 5 : Coopération en matière pénale de {votre pays} en qualité d'Etat requérant / Coopération des organes non judiciaires de {votre pays} en qualité d'Etat requérant**

#### **A. (©) Contrôle judiciaire de la demande émanant de {votre pays} dans {votre pays}**

Comme dans le chapitre 3, cette section concerne la situation d'une demande «partant» de votre pays. Indiquez qui décide de faire une demande : un juge et/ou l'autorité chargée de délivrer l'autorisation ?

(©) Dans la cadre de ce chapitre 5, votre rapport devrait plus particulièrement évoquer les situations suivantes :

- Le défendeur<sup>376</sup> a-t-il le droit de contraindre (au besoin sur la base d'une décision judiciaire) les autorités de votre Etat à déposer une demande<sup>377</sup> afin d'obtenir des preuves à décharge ?
- Le défendeur ou un tiers a-t-il le droit d'empêcher le dépôt d'une demande au motif qu'elle n'a pas été requise par une décision du juge ou que son exécution porterait gravement atteinte à ses intérêts juridiques ?

#### **B. Contrôle judiciaire de la légalité de l'exécution de la demande dans {votre pays}**

Cette section concerne les questions inhérentes à des problèmes qui se posent dans l'Etat requis.

##### *I. (©) Procédure dans l'Etat requis*

(©) Le fait que les règles de procédure dans l'Etat requis aient été observées joue-t-il un rôle dans l'utilisation des résultats d'une demande ?

(©) Devrait-on édicter une règle d'irrecevabilité transnationale ? Le cas échéant : Quelle devrait en être la teneur ? Quand et comment devrait-on l'appliquer ?

##### *II. (©) Respect des conditions/limitations de l'Etat requis dans {votre pays}*

(©) L'individu concerné a-t-il la possibilité de contraindre (en s'adressant à un tribunal) les autorités de votre Etat à respecter les conditions imposées par l'Etat requis ?

##### *III. (©) Droit à être indemnisé*

Des questions d'indemnisation peuvent surgir dans ce contexte, notamment lorsque la demande, bien que d'emblée mal fondée, a malgré tout été exécutée ce qui a eu des effets préjudiciables sur les relations d'affaires d'une des sociétés concernées.

---

376 Dans le contexte du chapitre 5, ce terme désigne l'accusé dans une procédure pénale se déroulant dans votre pays.

377 Vous n'êtes pas tenu de répondre à la question de savoir si le défendeur peut adresser lui-même une demande à un autre Etat, dans la mesure où l'analyse de la pratique observée par les Etats révèle qu'une telle initiative est impossible.

## Chapitre 6 : Choix de l'Etat de for

Nous avons vu, lors de nos discussions, que la question du droit de choisir l'Etat de for commence à revêtir, du moins en Europe, une importance décisive surtout dans le cadre d'Europol.

### A. (©) Ne Bis in Idem international dans {votre pays}

(©) Votre pays reconnaît-il une règle nationale explicite consacrant le principe du *ne bis idem* international (tel qu'il est consacré notamment par l'article 54 de la CAAS), ou bien vos règles nationales pertinentes en la matière s'appliquent-elles directement aux décisions émanant d'un autre Etat ?

Dans le cas contraire : Votre pays a-t-il résolu le problème inhérent à la coexistence de deux sanctions possibles ? Le cas échéant : Comment ? (par exemple en déduisant la partie de la peine déjà purgée à l'étranger).

### B. (©) Transfert des procédures pénales depuis {votre pays}

(©) Votre pays reconnaît-il la possibilité de transférer les procédures pénales ? Le cas échéant : Évoquez ici, comme dans le chapitre 4, la procédure d'autorisation, le contrôle judiciaire préalable/postérieur, ainsi que les conditions/obstacles/limitations. Concentrez-vous sur la question suivante : Les critères de recherche d'un Etat de for peuvent-ils être définis dans une loi relative au transfert des procédures ? Le transfert vers un autre Etat bloque-t-il ou interdit-il la procédure dans votre pays ?

### C. Transfert des procédures pénales vers {votre pays}

Si votre pays reconnaît la possibilité de transférer les procédures pénales, répondez ici aux questions mentionnées ci-dessus dans le chapitre 5.

### D. (©) Moyens abusifs de choisir l'Etat de for

(©) Votre pays, en tant qu'Etat requis, reconnaît-il des règles explicites en matière de priorité des procédures d'extradition visant une expulsion/déportation ? L'expulsion ou la déportation servent-elles parfois d'extradition déguisée lorsqu'une véritable extradition s'avère impossible ou difficile ?

Le fait que l'intéressé ait gagné votre territoire à la suite d'une supercherie ou d'un enlèvement (commis par votre Etat ou un Etat tiers) interdit-il de lancer des poursuites contre lui dans votre pays ? Ne rentrez dans les détails que si c'est le cas (dans la mesure où la tendance générale qui prévaut en faveur de la non-interdiction repose sur des arguments bien connus).

(©) Certains débats sont-ils consacrés dans votre pays à la manière de faciliter la procédure d'extradition afin d'instaurer une meilleure protection contre les abus ?

## Chapitre 7 : Extradition depuis {votre pays}

### A. (©) Aperçu de la procédure

Expliquez la **relation** entre la procédure d'autorisation et le contrôle judiciaire préalable/postérieur<sup>378</sup> en illustrant si possible vos propos à l'aide d'un schéma.

---

378 Concernant cette différenciation, voir les explications dans le chapitre 2 A ci-dessus.

(©) Si votre pays prévoit «un contrôle judiciaire préalable» (au sens conféré à ce terme ci-dessus), répondez à la question suivante : Qui décide lorsque les dispositions conventionnelles confèrent une marge d'appréciation à l'autorité compétente (par exemple, «[...] peut être refusée [...]») ? Le tribunal et/ou l'autorité chargée de délivrer l'autorisation ? Cette question ressort des relations entre la procédure d'autorisation et le contrôle judiciaire préalable/postérieur.

Concernant la possibilité d'**appliquer la législation de l'Etat requérant**, voir ci-dessus le début du chapitre 2 A.

## **B. Procédure d'autorisation**

Il est probable que votre pays ne dispose d'aucune règle procédurale spéciale relative à la procédure d'autorisation. Effacez par conséquent les intitulés - non pertinents dans votre système - ne correspondant pas à des questions principales (©), en prenant soin de conserver la numérotation originale.

### *I. (©) Droit/obligation de consulter un avocat*

(©) Le droit de consulter un avocat est-il garanti ? Le cas échéant : Quels sont les critères délimitant l'obligation de consulter ? Cette obligation s'applique-t-elle aux cas où l'intéressé concerné s'apprête à renoncer à l'application des conditions ?

### *II. (©) Droit de consulter ou de se voir divulguer l'ensemble du dossier*

Pour plus de détails, voir ci-dessus le chapitre 4 B.III. et C.IV.

### *III. Droit d'être entendu et de soumettre des exposés écrits*

Concernant le droit d'être entendu, voir ci-dessous le point C.VI.

### *IV. Preuves*

Notez que ce point porte sur la procédure d'autorisation, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'autorité compétente (qui n'est pas un tribunal, ce cas de figure étant couvert dans le point C) a le droit ou le devoir d'entendre la preuve. Le cas échéant, suivez les subdivisions ou dressez un bref aperçu de la situation concernant :

- la teneur des preuves,
- le droit de l'intéressé de produire des preuves,
- le respect des règles en matière de qualité et de fardeau de la preuve (y compris la présomption d'innocence).

### *V. (©) Droit de demander l'insertion de conditions ou de limitations dans la décision d'autorisation*

Voir les explications du chapitre 4 B.VI.

### *VI. (©) Droit de demander à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation de rendre sa décision dans un délai raisonnable*

Concernant les pays prévoyant un contrôle judiciaire préalable dans les affaires d'extradition, voir le chapitre 4 B.VII.

(©) Dans les affaires d'extradition, toute détention superflue risque de s'avérer préjudiciable. D'où l'importance décisive de la «vérification précoce» effectuée par l'autorité chargée de délivrer l'autorisation afin de déceler les demandes manifestement mal fondées (incohérentes,

douteuses, etc.) qui ne méritent même pas d'être soumises aux tribunaux. De même, il convient de préciser si l'organisme impliqué exige un minimum de preuves concrètes de la nécessité de l'extradition avant de procéder à la moindre arrestation.

*VII. (©) Droit d'être informé de la décision de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation*

(©) L'individu concerné a-t-il le droit d'être informé de la décision définitive d'autorisation (en plus de la décision judiciaire) ? Dans le cas contraire, certaines voix se font-elles entendre dans votre pays en faveur de la reconnaissance de ce droit ?

*VIII. Réformes envisagées*

Concernant le droit d'être indemnisé, voir ci-dessous le point D III.

**C. Contrôle judiciaire préalable/postérieur, y compris le droit d'accès à un tribunal**

*I. Aperçu*

(©) Si votre pays prévoit un contrôle judiciaire préalable : L'individu concerné est-il partie à la procédure judiciaire ? Que signifie exactement la formule «être partie» ? Quels sont les droits attachés à la qualité de partie ? Un individu peut-il déclencher une procédure judiciaire ?

Si votre pays est partie à la CEDH, indiquez en particulier si les articles 5 et 6 de cet instrument sont considérés comme applicables à la procédure. Dans le cas contraire : La procédure est-elle malgré tout influencée par la Convention et sa jurisprudence ?

(©) Si votre pays dispose d'un système totalement ou partiellement accusatoire : Cette particularité améliore-t-elle la position juridique de l'intéressé dans la procédure d'extradition ? Si oui, en quoi ?

Concernant la possibilité d'appliquer la législation de l'Etat requérant, voir ci-dessus le début du chapitre 2 A.

*II. (©) Droit d'être informé de la nature et du motif de l'accusation ainsi que de l'immunité d'auto-incrimination*

Dans les procédures d'extradition, l'individu doit être considéré comme un défendeur jouissant du droit de garder le silence. C'est pourquoi, il convient de répondre aux mêmes questions que celles soulevées par l'interrogatoire d'un accusé. Voir ci-dessus le chapitre 4 B.II. et C.II.

Indiquez les règles explicites pertinentes.

*III. Droit/obligation de consulter un avocat*

(©) Le droit de consulter un avocat est-il garanti ? Le cas échéant : Quels sont les critères délimitant l'obligation de consulter ? Cette obligation s'applique-t-elle aux cas où l'individu concerné s'apprête à renoncer à l'application des conditions ? (Concernant la possibilité de renoncement, voir ci-dessous le point E.X.)

*IV. (©) Droit de consulter ou de se voir divulguer l'ensemble du dossier*

Voir ci-dessus le chapitre 4 B.III. et C.IV.

*V. (©) Droit à une audience du tribunal en présence du défendeur*

(©) En l'absence d'un tel droit : Votre pays reconnaît-il le droit de l'individu d'assister à l'audience du tribunal lorsque la tenue de ladite audience est laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge ? Si cette liberté d'appréciation est totale : Le défendeur a-t-il au moins le droit de soumettre des exposés écrits ?

*VI. Preuves*

*1. Aperçu*

Comparez ce mécanisme avec l'administration des preuves dans le cadre des autres procédures judiciaires (c'est-à-dire les procédures pénales ou administratives purement nationales).

*2. (©) Teneur des preuves*

(©) Conditions/obstacles/limitations en matière de coopération internationale ; question de la culpabilité. La preuve de la culpabilité est-elle considérée comme une exigence constitutionnelle ?

*3. (©) Droit de l'individu de produire des preuves*

Y compris la recevabilité des preuves. (©) Plus spécialement dans les affaires touchant aux droits de l'homme : L'individu peut-il citer des informations fournies par des ONG à titre de preuve ?

*4. (©) Règles en matière de qualité et de fardeau de la preuve (y compris la présomption d'innocence)*

Cette section ne vise pas uniquement la question de la culpabilité. Est-elle également pertinente concernant les conditions/obstacles/limitations relatives à l'extradition. Par exemple, l'individu a-t-il perdu la nationalité de l'Etat requis ?

(©) Quelles sont les règles générales en la matière ? Par exemple : Qui a la charge de la preuve ? Quel est le degré de persuasion exigé ?

(©) Plus spécialement : Quelles sont les règles en matière de qualité et de fardeau de la preuve dans les affaires touchant aux droits de l'homme ?

*VII. (©) Droit de demander l'imposition de conditions ou de limitations par le tribunal*

*VIII. (©) Droit de demander au tribunal de rendre sa décision dans un délai raisonnable*

(©) La législation de votre pays prévoit-elle des délais précis comme c'est le cas aux Pays-Bas ou en Allemagne (dans le cadre de la «garantie d'un procès rapide») ?

*IX. Droit d'être informé de la décision du tribunal*

Existe-t-il dans votre pays des règles explicites en la matière comme c'est le cas aux Pays-Bas ?

*X. (©) Droit de faire appel*

(©) Votre pays reconnaît-il le droit pour l'individu concerné d'interjeter appel ? Dans le cas contraire : D'autres parties ont-elles le droit de former un recours suspensif ? Le cas échéant : Quelle est la justification de cette différenciation ?

(©) L'individu dispose-t-il de la possibilité de former un recours non suspensif ? Dans le cas contraire : D'autres parties ont-elles le droit de former un recours non suspensif ? Le cas échéant : Quelle est la justification de cette différenciation ?

## *XI. Réformes envisagées*

Voir ci-dessus le chapitre 6 D.

### **D. Détention**

#### *I. (©) Détention obligatoire*

(©) La détention est-elle obligatoire ou le juge peut-il placer l'individu en liberté surveillée (voir l'article 9, paragraphe 3, du Pacte des Nations Unies) ? Dans le dernier cas : Les juges usent-ils fréquemment de cette faculté ?

#### *II. (©) Caractéristiques particulières de la procédure de détention*

Dans quelle mesure la procédure de mise en détention d'un individu en vue de son extradition échappe-t-elle aux garanties constitutionnelles visant le placement en détention dans le cadre d'une procédure pénale ordinaire (c'est-à-dire dépourvue de toute dimension internationale) ?

#### *III. (©) Droit d'être indemnisé*

(©) Quels sont les critères d'indemnisation lorsque l'extradition est finalement refusée ? En l'absence de toute indemnisation : Quelles sont les raisons invoquées pour interdire l'indemnisation ?

### **E. Conditions/obstacles/limitations associés à certains aspects de la protection des droits de l'homme**

Comme dans le chapitre 4 D., j'ai supprimé les intitulés correspondant : aux infractions entraînant l'extradition, au principe de légalité, à l'exception visant les délits politiques, fiscaux et militaires, ainsi qu'à la réciprocité. Répondez comme indiqué ci-dessus au point 4 D.

#### *I. (©) Clauses générales de protection des droits de l'homme visant la situation dans l'Etat requis*

Voir ci-dessus le chapitre 4 D.I.

#### *II. (©) Clauses relatives au droit pénal de l'Etat requis*

L'un des exemples les plus pertinents est la peine de mort dans l'Etat requérant. Indiquez également des affaires où la perspective d'une peine excessive a empêché l'extradition.

#### *III. (©) Clauses relatives à la procédure pénale de l'Etat requérant*

Parmi les exemples les plus pertinents figurent le jugement par défaut et la torture. Décrivez la pratique observée notamment à propos de dispositions telles que l'article 3 du Deuxième protocole additionnel à la CEE sur les jugements par défaut ou la jurisprudence relative à d'autres clauses pertinentes.

#### *IV. Clause de discrimination*

Décrivez la pratique pertinente.

#### *V. (©) Clauses d'humanité (y compris le principe de proportionnalité)*

(©) Certains pays prévoient la possibilité d'invoquer une clause d'humanité spéciale ou des clauses générales de proportionnalité pour refuser une demande. Quel est l'état de la

législation pertinente dans votre pays ? Quels sont les critères réels d'application de ces clauses ?

*VI. Compétence concurrente*

Si votre pays est partie à la CAAS : indiquez si l'article 54 de cet instrument est considéré comme un obstacle à l'extradition. Exemple : le défendeur a déjà été jugé définitivement dans un Etat Schengen et un troisième Etat Schengen réclame son extradition à votre pays.

*VII. Non-extradition des ressortissants nationaux*

Si ce principe est observé dans votre pays : indiquez si des propositions sont débattues afin d'abolir cette exception et quelle serait la portée d'une telle abolition.

*VIII. (©) Double incrimination*

(©) La double incrimination dans les affaires d'extradition est-elle considérée comme une exigence constitutionnelle sous l'angle de la règle *nulla poena sine lege* [il n'y a pas de peine sans loi] ?

(©) Observe-t-on une tendance à réduire l'incidence de la double incrimination ?

(©) Votre pays distingue-t-il entre la double incrimination *in abstracto* et *in concreto* ?

(©) La démente du défendeur est-elle vérifiée dans le cadre de la procédure d'extradition ?

*IX. Spécialité*

*X. (©) Droit de l'individu de renoncer à l'application des conditions*

Voir ci-dessus le chapitre 4 D.X.

*XI. (©) Réformes envisagées*

(©) Observe-t-on une «constitutionnalisation» des conditions dans votre pays ? Ou/et : Les conditions/obstacles/limitations nationales et internationales forment-elles un tout sous l'angle de votre ordre juridique ?

Observe-t-on des tendances à l'abolition des conditions classiques telles que l'exception pour délit politique, fiscal ou militaire ? Comment se traduisent-elles ? Par exemple : Ces conditions servent-elles à assurer la protection «masquée» des droits de l'homme et sont-elles utilisées aux mêmes fins dans d'autres domaines ?

**Chapitre 8 : Extradition vers {votre pays}**

**A. (©) Contrôle judiciaire de la demande émanant de {votre pays} dans {votre pays}**

L'individu peut-il arrêter une demande, par exemple lorsque les conditions de détention dans l'Etat requis mettraient sa vie en danger ?

**B. Contrôle judiciaire de la légalité de l'exécution de la demande dans {votre pays}**

*I. (©) Procédure dans l'Etat requis*

Si vous avez déjà traité ce sujet dans le cadre du chapitre 6 D., insérez un renvoi.

*II. (©) Respect des conditions/limitations de l'Etat requis dans {votre pays}*

(©) L'individu concerné a-t-il la possibilité de contraindre les autorités de votre Etat à respecter les conditions imposées par l'Etat requis ? Le cas échéant : Comment peut-il procéder ? Peut-il notamment soulever la question devant un tribunal et obtenir le respect forcé desdites conditions ?

*III. (©) Droit à être indemnisé*

(©) Exemple : la demande de votre pays était mal fondée dès le début de la procédure. Le défendeur peut-il obtenir de votre pays une indemnisation au titre de sa détention (en vue d'une extradition) dans l'Etat requis ?

**Chapitre 9 : Exécution transfrontière, dans {votre pays}, des peines prononcées à l'étranger**

**A. Aperçu**

Décrivez brièvement les possibilités et les procédures visant :

- I. Les peines de prison ferme*
- II. La saisie et la confiscation des produits*
  - 1. Le dépistage et le gel des produits*
  - 2. Les droits des tiers*
  - 3. Le partage des biens saisis*

*III. Procédure*

Remarque : la procédure concerne soit une personne condamnée à l'étranger, soit des biens situés dans votre pays et sur lesquels un individu a certains droits (de propriété, etc.).

**B. Procédure d'autorisation**

Aucune question principale n'ayant été identifiée dans ce domaine dans le cadre des ateliers, contentez-vous de dresser un bref aperçu.

**C. Contrôle judiciaire préalable/postérieur, y compris le droit d'accès à un tribunal**

Aucune question principale n'ayant été identifiée dans ce domaine dans le cadre des ateliers, contentez-vous de dresser un bref aperçu.

**D. Conditions/obstacles/limitations associés à certains aspects de la protection des droits de l'homme**

*I. Clauses générales de protection des droits de l'homme visant la situation dans l'Etat requérant*

*II. Clauses relatives au droit pénal de l'Etat requérant*

Décrivez ces clauses.

*III. (©) Clauses relatives à la procédure pénale de l'Etat requérant*

(©) Le fait que la décision judiciaire se fonde sur une procédure contraire aux normes en matière de protection des droits de l'homme constitue-t-il un obstacle à l'exécution de ladite décision ?

(©) Votre droit national permet-il de refuser la confiscation en raison de ses modalités (celles-ci étant contraires à votre droit) ?



(©) Votre droit interne distingue-t-il entre l'exécution des confiscations dans le cadre d'une procédure pénale et dans celui d'une procédure civile ordinaire ?

*IV. Clause de discrimination*

*V. Clauses d'humanité (y compris le principe de proportionnalité)*

*VI. Conflit d'intérêts entre les victimes et des tiers*

Par exemple, dans les affaires de confiscation. Quels sont les droits éventuellement reconnus aux victimes et aux tiers ? En l'absence de tels droits : La situation est-elle sur le point de changer ?

*VII. (©) Double incrimination*

(©) Expliquez la fonction de la condition de double incrimination dans le cadre de l'exécution des décisions judiciaires étrangères dans votre pays.

*VIII. (©) Consentement/Droit de l'individu de renoncer à l'application des conditions*

(©) La règle du consentement préalable de la personne condamnée s'impose-t-elle ? Le cas échéant : Quelles conditions seront de toute façon respectées quel que soit le consentement de l'intéressé ?

*IX. Réformes envisagées*

## **Chapitre 10 : Exécution transfrontière, dans un Etat étranger, des peines prononcées par {votre pays}**

*I. (©) Droit d'être informé de l'exécution transfrontière*

(©) Par les deux Etats (celui ayant prononcé la peine et celui chargé de la faire exécuter) ou au moins par l'un d'entre eux. Ce droit est-il respecté en pratique ?

*II. (©) Droit de déclencher l'exécution transfrontière*

(©) L'individu a-t-il le droit de lancer le processus de formulation par votre pays d'une demande ou au moins d'exiger l'utilisation par vos autorités compétentes de leur marge d'appréciation (telle qu'elle est soumise au contrôle des tribunaux) ?

*III. (©) Consentement préalable de la personne condamnée comme condition à l'exécution transfrontière*

Voir ci-dessus le chapitre 9 VIII.

*IV. Influence de votre pays en matière d'amnistie, de grâce, de libération et de libération conditionnelle à l'issue du transfert de l'exécution*

## **Chapitre 11 : Résumé**

### **A. Observations générales**

Résumez ici vos propres observations visant la situation juridique de l'individu dans toutes les circonstances évoquées dans le rapport.

**B. (©) Responsabilité initiale et transfert de la responsabilité entre l'Etat requérant et l'Etat requis et réciproquement**

(©) Présentez et résumez ici les exemples que vous avez cités pour illustrer le problème du transfert (réel ou potentiel) de la responsabilité d'un Etat à l'autre. Ledit transfert est possible dans la mesure où il n'existe qu'une seule procédure nationale dont la responsabilité incombe uniquement à l'Etat concerné. Compte tenu du risque de voir apparaître plusieurs responsabilités concurrentes - une situation dont l'individu pourrait faire les frais - il convient d'étudier de près la question de la légitimité du transfert de responsabilité en répondant aux questions suivantes :

Qui assume la responsabilité initiale ?

Si cette responsabilité est transférée à un autre Etat : Ce transfert est-il légitime ?

Des exemples peuvent notamment être empruntés :

- au recours à l'entraide administrative dans les affaires où l'entraide pénale est interdite ou bien à l'utilisation des preuves obtenues dans le cadre d'une procédure pénale engagée contre une personne A dans une procédure pénale engagée contre une personne B (sans que cette utilisation n'ait fait l'objet d'une demande supplémentaire) ;
- au recours éventuel à la pratique du «plateau d'argent» (voir ci-dessus le chapitre 4 D.VIII.) ;
- à la différenciation entre les Etats requérants qui sont tenus par des instruments internationaux - tels que la CEDH et ses mécanismes de contrôle - et les autres ;
- à l'article 96 de la CAAS qui transfère la responsabilité de la recevabilité *prima facie* de la détention à l'Etat ayant transmis les informations au SIS ;
- à la législation relative à la détention en vue d'une extradition (la détention obligatoire semble provoquer le transfert de la responsabilité à l'Etat requérant) ;
- à la législation relative à l'indemnisation ;
- à la réticence à adopter une règle d'irrecevabilité transnationale.

**C. (©) Règle du refus d'enquêter sur la situation des droits de l'homme dans l'Etat requérant**

(©) Les tendances observées dans votre pays sont-elles favorables ou hostiles au respect de la règle du refus d'enquêter sur la situation des droits de l'homme dans l'Etat requérant ? Des pressions sont-elles exercées en faveur d'un contrôle plus tatillon ou, à l'inverse, plus souple de cette situation ? Pour quelles raisons ?