

COMMENTAIRE ROMAND

Roth-Moreillon (éditeurs)

Code pénal I

ART. 110 CP



Helbing Lichtenhahn

² Das Gericht bestimmt die Sanktionen so, dass sie insgesamt für den Täter nicht schwerer wiegen als diejenigen nach dem Recht des Begehungsortes.

³ Der Täter wird, unter Vorbehalt eines krassen Verstosses gegen die Grundsätze der Bundesverfassung und der EMRK, in der Schweiz wegen der Tat nicht mehr verfolgt, wenn:

- a. ein ausländisches Gericht ihn endgültig freigesprochen hat;
- b. die Sanktion, zu der er im Ausland verurteilt wurde, vollzogen, erlassen oder verjährt ist.

⁴ Ist der Täter wegen der Tat im Ausland verurteilt worden und wurde die Strafe im Ausland nur teilweise vollzogen, so rechnet ihm das Gericht den vollzogenen Teil auf die auszusprechende Strafe an. Das Gericht entscheidet, ob eine im Ausland angeordnete, dort aber nur teilweise vollzogene Massnahme fortzusetzen oder auf die in der Schweiz ausgesprochene Strafe anzurechnen ist.

Reati commessi all'estero e perseguiti in conformità di un obbligo internazionale

¹ Il presente Codice si applica a chiunque commette all'estero un crimine o un delitto che la Svizzera si è impegnata a reprimere in virtù di un accordo internazionale se:

- a. l'atto è punibile anche nel luogo in cui è stato commesso o questo luogo non soggiace ad alcuna giurisdizione penale, e
- b. l'autore si trova in Svizzera e non è estradato all'estero.

² Il giudice fissa le sanzioni in modo da non farle risultare complessivamente più severe di quelle previste dalla legge del luogo in cui l'atto è stato commesso.

³ Fatta salva una crassa violazione dei principi della Costituzione federale e della CEDU, l'autore non è più perseguito in Svizzera per il medesimo fatto se:

- a. è stato assolto con sentenza definitiva da un tribunale estero;
- b. la sanzione inflittagli all'estero è stata eseguita o condonata oppure è caduta in prescrizione.

⁴ Se, per il medesimo fatto, l'autore è stato condannato all'estero e vi ha scontato solo parzialmente la pena, il giudice computa la pena scontata all'estero in quella da pronunciare. Il giudice decide se una misura ordinata all'estero, ma all'estero solo parzialmente eseguita, debba essere continuata o computata nella pena inflitta in Svizzera.

Plan	N
I. Remarques introductives	1
A. Aspects historiques	1
B. Les modalités de la compétence extraterritoriale conventionnelle	5
C. Le choix du législateur	9
II. Les conditions d'application de CP 6	11
A. Un accord international (CP 6 I)	11
B. Le principe de la double incrimination (CP 6 I [a])	21
C. La présence de l'auteur sur le territoire suisse (CP 6 I [b])	24
D. La non-extradition de l'auteur (CP 6 I [b] <i>in fine</i>)	31
III. La prise en compte du droit étranger plus favorable (CP 6 II)	34
IV. Le principe <i>ne bis in idem</i> et l'imputation	35

Bibliographie

- BASTIENI C./WISE E., *Aut dedere aut judicare: The Duty to Extradite and Prosecute in International Law*, Dordrecht 1995; BIGAY J., *Extraditer ou punir*, RDPC (numéro spécial « Extradition et terrorisme ») 1980 113 ss; BOMMER, F., *Zur Strafverfolgungspflicht der Schweiz bei Kriegsverbrechen im Ausland*, RJB 2005 417 (cit. BOMMER, RJB 2005); CASSANI U., *Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3-7 StGB)*, RPS 1996 237; CASSANI U./ROTH R., *Le juge suisse au service de la « communauté des peuples » ?*, in *Mélanges Trechsel*, Zurich/Bâle/Genève 2002, 449 ss; COLOMBINI J.-L., *La prise en considération du droit étranger (pénal et extra-pénal) dans le jugement pénal*, thèse Lausanne 1983; DE WATTEVILLE E., *La piraterie aérienne. Etude de droit international et de droit suisse*, thèse Lausanne 1978; ECKER, A., *Das Schweizerische Internationale Strafrecht vor und nach der Revision des*

Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, RPS 2006 295 ss; EMMANUELLI C., Etude de moyens de prévention et de sanction en cas d'action illicite contre l'aviation civile internationale, RGDIP 1973 577 ss; FRAYSSE-DURESNE G., La Convention européenne pour la répression du terrorisme, RGDIP 1978 969 ss; GUILLAUME G., Terrorisme et droit international, RCADI 1989 311 ss (cité: GUILLAUME, RCADI 1989); GUILLAUME G., La Convention de La Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, AFDI 1970 35 ss (cité: GUILLAUME, AFDI 1970); HENZELIN M., Le principe de l'universalité en droit pénal international, Bâle/Genève/Munich/Bruxelles 2000 (cité: HENZELIN, Universalité); HENZELIN M., La compétence universelle et l'application du droit international pénal en matière de conflits armés. La situation en Suisse, in Burgorgue-Larsen L. (éd.), La répression internationale du génocide rwandais, Bruxelles 2003, 155 ss (cité: HENZELIN, Compétence); HENZELIN M., La compétence pénale universelle: une question non résolue par l'arrêt Yerodia, RGDIP 2002 819 ss (cité: HENZELIN, RGDIP 2002); INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Session de Cracovie, Genève 2005, Dix-septième Commission, Résolution sur la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (cité: IDI, Résolution); KAMMINGA M. T./ZIA-ZARIFI S. (éd.), Liability of Multinational Corporations under International Law, La Haye 2000; KRESS C., Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit International, JICJ 2006 561 ss (cité: KRESS, Jurisdiction); LABAYE H., Livrer ou poursuivre sont la litane du droit pénal international, AFDI 1989 719 ss; LAMBERT J., Terrorism and Hostages in International Law: A Commentary on the Hostages Convention 1979, Cambridge 1990; LAVALLE R., The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, ZaöRV 2000 491 ss; MAIERHÖFER C., *Aut dedere – aut judicare*. Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung, Berlin 2006; MANKIEWICZ R. II, La Convention de Montréal (1971) pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, AFDI 1971 855 ss; Mc WHINNEY E., Illegal Diversion of Aircraft and International Law, RCADI 1973 261 ss; MONTAZ D., La Convention sur la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, AFDI 1988 589 ss; MOREILLON L. (éd.), Aspects pénaux des Accords bilatéraux Suisse-Union Européenne, Bâle/Bruxelles 2008; PLANT G., The Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, ICLQ 1990 27 ss; POPP P., Grundzüge der internationalen Rechtslehre in Strafsachen, Bâle/Genève (et al.) 2001; POULANTZAS N., The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft – 16 December 1970, NILR 1971 25 ss; RICHARD P., La Convention de Tokyo, thèse Lausanne 1971; ROTH R., Territorialité et extraterritorialité en droit pénal international, RPS 1994 1 (cité: ROTH, RPS 1994); ROTH R., Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion, RPS 1997 345 ss (cité: ROTH, RPS 1997); SCHUTTE J., Extradition for Drug Offences: New Developments Under the 1988 U.N. Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, RIDP 1991 135 ss; SEGER P., Neue Tendenzen im Bereich internationaler Unternehmensverantwortung, RSDIE 2005 459 ss; SHUBBER S., The Destruction of Aircraft in Flight over Scotland and Niger: the Questions of Jurisdiction and Extradition under International Law, BYIL 1995 239 ss (cité: SHUBBER, BYIL 1995); SHUBBER S., The International Convention against the Taking of Hostages, BYIL 1981 205 ss (cité: SHUBBER, BYIL 1981); SHUBBER S., Jurisdiction over Crimes on Board Aircraft, La Haye 1973 (cité: SHUBBER, Jurisdiction); SHUBBER S., Aircraft Hijacking under the Hague Convention 1970 – A New Regime? ICLQ 1973 687 ss (cité: SHUBBER, ICLQ 1973); STERN B., L'extraterritorialité revisitée, AFDI 1992 239 ss; VALLÉE C., La Convention européenne pour la répression du terrorisme, AFDI 1976 756 ss; WITTEN S. M., The International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, AJIL 1998 774 ss; WOOD M., The Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, ICLQ 1974 791 ss; ZIMMERMANN R., La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2^e éd., Berne 2004.

Jurisprudence internationale:

CIJ, affaire Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), affaire en cours; CIJ, affaire Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, Rec. 2002 3; CIJ, affaire Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires) (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie [Serbie et Monténégro]), arrêt du 11 juillet 1996, Rec. 1996 595; CIJ, affaire Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires) (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie [Serbie et Monténégro]), ordonnance du 13 septembre 1993, Rec. 1993 325; CPII, affaire Lotus, arrêt du 7 septembre 1927, Série A n° 10, 4.

Arrêts du Tribunal fédéral cités:

Sur aCP: TF, 63.82/2002, SJ 2002 I 565; ATF 117 IV 369, JdT 1993 IV 127, SJ 1991 137; ATF 116 IV 244, JdT 1992 IV 95, SJ 1991 137; ATF 108 IV 147, JdT 1984 IV 2.

En matière d'entraide:

ATF 126 II 212, JdT 2004 IV 105; TF, 1A.30/2001; ATF 118 Ib 448; ATF 117 Ib 64, JdT 1993 IV 63; ATF 116 Ib 89, JdT 1992 IV 159; ATF 113 Ib 175, JdT 1989 IV 157; ATF 112 Ib 212, JdT 1987 IV 82.

I. Remarques introductives

A. Aspects historiques

Depuis des siècles, les Etats se reconnaissent le droit de poursuivre et de juger les pirates capturés en haute mer. En effet, les pirates agissent hors de toute compétence territoriale, leurs navires n'arbovent aucune couleur nationale et ils ont le plus souvent perdu toute attache avec un Etat¹. Les pirates sont considérés comme des « hors la loi » au sens strict du terme, à savoir qu'ils ne tombent pas sous la protection de la loi de quelque Etat. Les brigands de grand chemin furent également poursuivis et jugés, durant le haut Moyen-Age, par toute puissance qui parvenait à les capturer, ceci nonobstant le lieu de commission de leurs infractions, leur nationalité d'origine et celle de leurs victimes.

Entre-deux guerres, les Etats ont admis que certaines infractions, dont la fabrication de fausse monnaie², le trafic de stupéfiants³ ou la circulation et le trafic des publications obscènes⁴ devaient être réprimées, y compris lorsqu'elles sont commises hors des frontières de l'Etat directement concerné. La Suisse a introduit cette compétence par une modification de certaines dispositions de la partie spéciale du Code pénal (CP 240 III, 245 I) ou par l'incorporation de dispositions pénales dans des lois fédérales (LStup 19 IV).

Lors des travaux préparatoires de la Convention de 1948 sur le génocide⁵, les Etats ont débattu de l'opportunité d'admettre la compétence universelle pour cette infraction. Quelques Etats se sont exprimés en faveur de la compétence universelle, mais la majorité a préféré favoriser la compétence territoriale, alternativement la compétence d'une Cour pénale internationale.

Les premières Conventions qui prévoient une vraie compétence universelle sont les quatre Conventions de Genève de 1949⁶. Les Etats entendaient surtout par là obliger les Etats en guerre à poursuivre tous les criminels de guerre d'un conflit, tant leurs propres nationaux que ceux des autres Etats en guerre, où qu'ils se trouvent. En quelque sorte, il s'agissait principalement d'admettre une compétence universelle « restreinte » aux Etats parties à un conflit.

B. Les modalités de la compétence extraterritoriale conventionnelle

De nombreuses conventions internationales intègrent une forme ou une autre de compétence universelle⁷. La plupart de ces conventions prévoient une obligation *aut dedere aut prosequi*, à savoir une obligation d'extrader, alternativement une obligation de poursuivre, dans certains cas décrits. Ce type de convention donne un choix binaire à chaque Etat: si une demande d'extradition est formulée, l'Etat requis peut accepter ou refuser l'extradition. Mais dans ce dernier cas il doit déférer l'affaire à ses autorités de poursuite. Si aucune

1 Actuellement, la piraterie maritime est régie par toute une série de conventions internationales, dont la dernière en date est la Convention des Nations Unies de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer (A/CONF.62/122 et Corr. 1-11) (pour la piraterie, voir les articles 100 ss de cette Convention).

2 Convention internationale du 20 avril 1929 pour la répression du faux monnayage, RS 0.311.51.

3 Convention internationale du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, RS 0.812.121.6.

4 Convention internationale du 12 septembre 1923 pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes, RS 0.311.42.

5 Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, RS 0.311.11.

6 Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, RS 0.518.12; Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, RS 0.518.23; Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, RS 0.518.42; Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, RS 0.518.51.

7 IDI, Résolution n° 2.

demande d'extradition n'est formulée, l'Etat doit également poursuivre l'auteur⁸. Ce n'est qu'au cas où l'Etat extradite l'auteur qu'il dégage toute sa responsabilité conventionnelle. Ces conventions ont été, pour la plupart, adoptées dans le cadre des Nations Unies, en relation avec la lutte contre le terrorisme, la criminalité organisée ou la protection des droits de l'homme. La convention-type en est la Convention de La Haye de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs⁹ qui a servi de modèle à toute une série de conventions ultérieures.

- 6 D'autres conventions, telles celles adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe, prévoient d'accorder l'extradition à un Etat plus compétent, plutôt que poursuivre dans l'Etat de capture (*primo dedere, secundo prosequi*)¹⁰. Dans ce cas de figure, l'Etat où se trouve le suspect doit d'abord vérifier avec l'Etat principalement concerné s'il ne veut pas demander l'extradition. Le jugement dans l'Etat de capture n'intervient dès lors qu'à titre subsidiaire, à défaut d'extradition. Lorsque l'extradition est demandée, l'Etat a en principe l'obligation de l'octroyer, pour autant que la requête soit faite par un Etat partie à la convention de référence. Il faut dire que les Etats membres du Conseil de l'Europe n'ont en principe que peu de raison de se méfier des autres Etats parties, et donc de raison de refuser l'extradition. Plusieurs conventions, dont la Convention européenne des droits de l'homme, octroient des droits importants aux justiciables, y compris le droit de recourir devant la Cour européenne des droits de l'homme. La convention-type *primo dedere, secundo prosequi* est la Convention européenne de 1977 pour la répression du terrorisme¹¹.
- 7 Enfin, les quatre Conventions de Genève de 1949 prévoient une priorité de la poursuite sur la remise ou l'extradition de l'auteur (*primo prosequi, secundo dedere*)¹². Cette obligation a pour conséquence que les Etats parties à ces Conventions doivent rechercher si des auteurs potentiels de crimes de guerre se trouvent dans leur sphère de puissance, comme par exemple en cas d'occupation d'un Etat étranger ou de mission militaire à l'étranger, et ouvrir des procédures à leur encontre. Cette obligation de poursuivre est valable même si ces Etats ne sont pas, ou pas encore, en mesure d'extrader, notamment du fait d'un conflit armé en cours. Les protagonistes à un conflit suspendent généralement l'application de tous les traités entre eux. Or, de nombreux Etats, dont les pays anglo-saxons, prévoient normalement que l'extradition ne peut être octroyée que s'il existe un traité en vigueur entre l'Etat requérant et l'Etat requis. Il est également peu probable qu'un Etat demande l'extradition d'une personne à un Etat contre lequel il est en guerre. Ces considérations ne doivent cependant pas empêcher le cours de la justice. Les Conventions de Genève prévoient précisément que les Etats ne doivent pas attendre une demande d'extradition improbable de criminels de guerre: ils doivent les poursuivre dans tous les cas. Cette obligation a aussi pour conséquence que si un Etat a une suspicion qu'un criminel de guerre pourrait venir prochainement sur son territoire, il doit enquêter alors même qu'aucune demande d'extradition ne peut déjà être formulée. Il ne peut exciper de l'absence supposée de cette personne sur son territoire pour nier sa compétence *a priori*.
- 8 Ces modèles conventionnels, largement dominants en droit pénal international, ne couvrent pas l'entier du champ juridique, puisque certains crimes (et partant la compétence des Etats pour les juger) ne sont pas prévus par une convention internationale. Ainsi, pour ne parler que des plus importants, les crimes d'agression et les crimes contre l'humanité ne font pas l'objet d'une convention internationale, hors les statuts de Tribunaux pénaux internationaux ou de la Cour pénale internationale. De même, les crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit interne ne sont pas expressément visés par les quatre

8 ZIMMERMANN, N 504.

9 RS 0.748.710.2; FF 1971 322; RO 1971 1507.

10 ZIMMERMANN, N 505.

11 RS 0.3534.3; FF 1982 1; RO 1983 1040.

12 ZIMMERMANN, N 505. Voir les articles 49 II Convention I (RS 0.518.12), 50 II Convention II (RS 0.518.23), 129 II Convention III (RS 0.518.42), 146 II Convention IV (RS 0.518.51).

Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels. Enfin, le crime de terrorisme n'est appréhendé par aucune convention internationale de portée générale, mais seulement par des conventions qui couvrent certaines de ses manifestations (statut particulier des personnes visées, méthodes utilisées telles que prises d'otages, attentats au moyen d'explosifs, détournements d'avions, etc.). Ces infractions ne sont dès lors pas couvertes par CP 6 mais, éventuellement, par CP 7 II (b).

C. Le choix du législateur

CP 6 reprend presque intégralement CP a6^{bis}, disposition qui avait été adoptée pour faire suite à la ratification par la Suisse de la Convention européenne pour la répression du terrorisme¹³. Comme aCP 6^{bis}, CP 6 prévoit l'obligation pour la Suisse d'appliquer le Code pénal aux auteurs qu'elle s'est engagée à poursuivre en vertu d'un accord international. 9

CP 6 est une norme générale de renvoi (*Blankettnorm*) qui facilite surtout l'incorporation du droit international dans le droit national¹⁴. Avec cette disposition, le législateur n'a plus à modifier le droit pénal applicable au fur et à mesure de l'adoption d'instruments internationaux, comme il l'a fait avec CP 185 V, 240 III et 245 (1) IV en relation avec la prise d'otages, la fabrication de fausse monnaie et la fabrication de timbres officiels. 10

II. Les conditions d'application de CP 6

A. Un accord international (CP 6 I)

CP 6 prévoit les cas de poursuite pénale prévue par un accord international, terme préféré par le législateur à celui de traité international, qui figurait à aCP 6. Ce terme comprend évidemment les conventions internationales publiées au Recueil systématique, mais il peut aussi couvrir les cas d'accords bilatéraux, y compris *ad hoc*, entre l'Exécutif suisse et un Etat étranger, ou avec diverses instances internationales, notamment onusiennes, sur la base de Cst. 184. 11

Les conventions principalement visées par CP 6 sont celles de type « *aut dedere aut prosequi* » ou « *primo dedere secundo prosequi* » qui ont été adoptées initialement dans le cadre onusien ou européen de la lutte contre le terrorisme. C'est à l'occasion de la ratification de la Convention européenne de 1977 pour la répression du terrorisme que le législateur suisse a décidé d'introduire une norme générale sur la compétence universelle et aCP 6^{bis} a été largement inspiré du modèle *primo dedere secundo prosequi*¹⁵. 12

Les Conventions qui sont visées par CP 6 et auxquelles la Suisse est partie sont les suivantes¹⁶: 12

- La Convention internationale du 12 septembre 1923 pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes¹⁷;
- La Convention internationale de 1929 pour la répression du faux monnayage¹⁸;
- La Convention de 1936 pour la répression du trafic illicite de drogues nuisibles¹⁹;

¹³ RS 0.3534.3; FF 1982 1; RO 1983 1040; ATF 117 IV 369, 373, IdT 1993 IV 127, SJ 1991 137.

¹⁴ Message du 24 mars 1982 concernant la Convention européenne pour la répression du terrorisme et la modification du code pénal suisse, FF 1982 6.

¹⁵ Message, FF 1982 6.

¹⁶ Etat au 31.12.2007. Nous n'incluons volontairement pas dans cette liste la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (RS 0.311.11), du fait que cette Convention ne prévoit pas de compétence extraterritoriale, hormis la compétence d'une Cour criminelle internationale (voir article VI).

¹⁷ RS 0.311.42; FF 1924 1103; RO 12 9.

¹⁸ RS 0.311.51; FF 1948 241; RO 1949 1174.

¹⁹ RS 0.812.121.6; FF 1952 561; RO 1953 187.

- Les quatre Conventions de Genève de 1949 relatives respectivement à l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées de campagne (I)²⁰, l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (II)²¹, le traitement des prisonniers de guerre (III)²², la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV)²³, sous réserve de l'application de CPM;
- La Convention supplémentaire de Genève de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues²⁴;
- La Convention unique de 1961 telle que modifiée par le Protocole du 25 mars 1972 portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961²⁵;
- La Convention de Tokyo de 1963 relative aux infractions et certains autres actes commis à bord des aéronefs²⁶;
- La Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²⁷;
- La Convention de La Haye de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs²⁸;
- La Convention de Vienne de 1971 sur les substances psychotropes²⁹;
- La Convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile³⁰;
- La Convention des Nations Unies de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique (Convention de New York)³¹;
- La Convention européenne de 1977 pour la répression du terrorisme³²;
- La Convention de Vienne de 1979 sur la protection physique des matières nucléaires³³;
- La Convention des Nations Unies de 1979 contre la prise d'otages³⁴;
- La Convention des Nations Unies de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants³⁵;
- La Convention de Rome de 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime³⁶;
- Le Protocole de 1988 pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile³⁷;
- La Convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes³⁸;
- La Convention européenne de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime³⁹;

20 RS 0.518.12; FF 1949 1121; RO 1951 184.

21 RS 0.518.23; FF 1949 1121; RO 1951 209.

22 RS 0.518.42; FF 1949 1121; RO 1951 230.

23 RS 0.518.51; FF 1949 1121; RO 1951 302.

24 RS 0.311.371; FF 1963 1516; RO 1965 137.

25 RS 0.812.121.0; FF 1968 784; RO 1970 802.

26 RS 0.748.710.1; FF 1970 33; RO 1971 315.

27 RS 0.104; FF 1992 265; RO 1994 1164.

28 RS 0.748.710.2; FF 1971 322; RO 1971 1507.

29 RS 0.812.121.02; FF 1994 1249; RO 1996 1752.

30 RS 0.748.710.3; FF 1976 1292; RO 1978 461.

31 RS 0.351.5; FF 1984 689; RO 1985 439.

32 RS 0.3534.3; FF 1982 1; RO 1983 1040.

33 RS 0.732.031; FF 1985 353; RO 1987 505.

34 RS 0.351.4; FF 1984 629; RO 1985 478.

35 RS 0.106; FF 1988 881; RO 1989 150.

36 RS 0.747.71; FF 1992 1533; RO 1993 1909.

37 RS 0.748.710.31; FF 1989 418; RO 1990 1935.

38 RS 0.812.121.03; FF 1996 557; RO 2006 531.

39 RS 0.311.53; FF 1992 8; RO 1993 2386.

- La Convention de 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé⁴⁰;
- La Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif⁴¹;
- La Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales⁴²;
- La Convention pénale européenne de 1999 sur la corruption⁴³, ainsi que son Protocole additionnel de 2003⁴⁴;
- La Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme⁴⁵;
- La Convention des Nations Unies de 2000 contre la criminalité transnationale organisée⁴⁶, ainsi que son Protocole additionnel de 2000 visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants⁴⁷.

CP 6 ne fait référence qu'au modèle de compétence et de poursuite obligatoires prévu par les conventions auxquelles la Suisse est partie (portée des termes « engagée à poursuivre » et « en vertu d'un accord international »)⁴⁸. La plupart de ces Conventions prévoient des obligations d'établir leur compétence législative dans certains cas et une liberté d'étendre leur compétence législative dans d'autres cas⁴⁹. Peu prévoient une obligation concrète de poursuivre⁵⁰. Dans les faits, les cas de compétence et de poursuite obligatoires qui ne sont pas prévus par CP 3-5 et 7 sont assez rares. En effet, le plus souvent, les conventions internationales prévoient la compétence territoriale obligatoire ou la compétence obligatoire selon la personnalité active (voir p. ex. l'article 4 I de la Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales). Un cas d'application de compétence obligatoire « extraordinaire » est celui de l'article 4 de la Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, qui prévoit que la compétence est donnée :

- (a) [...];
- (b) si l'aéronef à bord duquel l'infraction est commise atterrit sur le territoire d'un Etat partie avec l'auteur présumé de l'infraction se trouvant encore à bord;
- (c) si l'infraction est commise à bord d'un aéronef donné en location sans équipage à une personne qui a le siège principal de son exploitation ou, à défaut, sa résidence permanente dans ledit Etat.

Un autre cas de compétence extraterritoriale obligatoire « extraordinaire » est celui de l'article 3 I (c) de la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, qui prévoit la compétence obligatoire d'une Etat lorsque l'infraction est commise contre une personne au bénéfice d'une protection internationale, qui jouit de ce statut en vertu même des fonctions qu'elle exerce au nom dudit Etat.

Le modèle de poursuite obligatoire a pour effet que les Etats doivent exercer l'action pénale, à savoir engager l'autorité de poursuite, selon les modèles nationaux (*prosequi*). Les

40 RS 0.351.5; FF 1984 629; RO 1985 438.

41 RS 0.353.21; FF 2002 5014; RO 2004 2521.

42 RS 0.311.21; FF 1999 5045; RO 2003 4243.

43 RS 0.311.55; FF 2004 6549; RO 2006 2375.

44 RS 0.311.551; FF 2004 6549; RO 2006 2393.

45 RS 0.353.22; FF 2002 5014; RO 2004 2535.

46 RS 0.311.54; FF 2005 6269; RO 2006 5861.

47 RS 0.311.542; FF 2005 6269; RO 2006 5917.

48 BSK Strafrecht I-POPF/LEVANTE, Art. 6 N 5; HENZELIN, Universalité, N 1171.

49 Modèle de la clause de la Convention de Tokyo d'établissement obligatoire de compétence et modèle de la clause de Tokyo de liberté juridictionnelle (HENZELIN, Universalité, N 933).

50 Modèle de la clause de La Haye de compétence obligatoire (HENZELIN, Universalité, N 951). Voir également BSK Strafrecht I-POPF/LEVANTE, Art. 6 N 5.

Etats qui connaissent le classement en opportunité ne peuvent pas exercer cette prérogative. A l'inverse, les Etats n'ont pas forcément l'obligation de renvoyer l'auteur en jugement si le droit national ne le permet pas (différence entre les impératifs «*prosequi*» et «*judicare*»), et encore moins de le punir (différence entre «*prosequi*» et «*punire*») ⁵¹. En résumé, et pour reprendre la formule consacrée par la Convention de 1979 contre la prise d'otages, les autorités pénales «prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de nature grave conformément aux lois de cet Etat» ⁵². L'exécution de cette obligation par l'Etat d'arrestation peut évidemment porter à controverse. On peut en effet imaginer que, dans certains cas, l'Etat astreint à cette obligation ne soit pas enclin à la respecter. Une telle situation peut parfois donner lieu à des contentieux de droit international public ⁵³, lesquels sont résolus par les instruments propres à ce domaine du droit ⁵⁴.

- 17 Une question d'importance qui se pose est celle de savoir si CP 6 peut s'appliquer lorsque la Suisse est partie à une convention qui l'oblige à poursuivre une infraction, alors que certains des Etats concernés par l'infraction (Etat territorial, national de l'auteur, de la victime, etc.) ne sont pas parties à la convention. Selon le Conseil fédéral, le champ d'application de CP 6 se limite «aux actes commis dans la juridiction d'Etats avec lesquels nous (la Suisse) sommes liés par un instrument international». Reste à savoir ce que le Conseil fédéral entendait par «dans la juridiction d'Etats» ⁵⁵. Il va sans dire que lorsque l'Etat du lieu de commission de l'infraction est partie à la convention, la Suisse devra assurer la poursuite, pour autant bien sûr que l'extradition ne soit pas requise ou accordée. A l'inverse, lorsque seul l'Etat national de l'auteur ou de la victime est partie à la même convention que la Suisse, il est plus difficile d'affirmer que la Suisse doive poursuivre l'auteur sur la base de la convention.
- 18 Lorsqu'une convention internationale prévoit un cas de compétence extraterritoriale obligatoire qui peut aussi tomber sous CP 7, CP 6 est applicable exclusivement, du fait de la nature subsidiaire de CP 7 (voir CP 7 N 3). A l'inverse, lorsqu'un cas de compétence obligatoire, prévu conventionnellement, peut également tomber sous CP 3-5, la priorité des normes est plus discutable. POPP/LEVANTE considèrent que CP 6 est subsidiaire à CP 3, sans autre justification ⁵⁶. Or, la nature moniste du droit suisse et le principe de la primauté du droit international, y compris du droit conventionnel, sur le droit suisse, (Cst. 5 IV) ⁵⁷ veulent qu'une norme obligatoire prévue par une convention internationale applicable à la Suisse, et à laquelle CP 6 renvoie, s'applique prioritairement à CP 3-7. Les conditions restrictives prévues par CP 6 II-IV ne sont dès lors applicables que si la convention internationale de référence l'autorise ⁵⁸. A l'inverse, si la convention internationale de référence est silencieuse sur le respect des conditions de CP 6 II-IV, ou qu'elle autorise ces conditions restrictives, et que le cas peut également tomber sous CP 3-5, alors il faut partir du principe que CP 3-5 s'appliquent en priorité sur CP 6. Dans ce cas, en effet, il ne s'agit que de déterminer la hiérarchie interne des normes de compétence. Ce raisonnement est également valable pour les cas où le CP prévoit des principes de compétence dans sa partie spéciale, comme à CP 185 (5), 240 III, 245 (1) III, 260^{bis} III, 260^{ter} (3) III, 264 II, LStup 19 (4). En résumé, lorsque ces dispositions prévues par la partie spéciale contredisent une

51 ZIMMERMANN, N 506.

52 HENZELIN, Universalité, N 983.

53 Tel fut le cas, entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni d'un côté et la Libye d'un autre côté dans l'affaire dite de Lockerbie. Pour un résumé de cette affaire, voir ZIMMERMANN, N 506-1; voir également SCHUBBER, RYIL 1993.

54 A noter que certaines conventions de compétence/d'extradition, prévoient expressément la possibilité que les différends interétatiques soient portés devant la Cour internationale de Justice (ZIMMERMANN, N 110).

55 Message, FF 1982 12.

56 BSK Strafrecht I-POPP/LEVANTE, Art. 6 N 12.

57 ZIMMERMANN, N 105 s.

58 *Contra*: BSK Strafrecht I-POPP/LEVANTE, Art. 6 N 13.

disposition obligatoire prévue par une convention internationale, cette dernière est applicable. Par contre, si ces dispositions de droit suisse ne contredisent pas une convention internationale mais contredisent CP 6 II-IV, elles s'appliquent en tant que *lex specialis* de CP 6, sous réserve des conditions posées par CP 6 II-IV⁵⁹.

Les cas où ces conventions prévoient une liberté de poursuivre selon certains principes de compétence sont, la plupart du temps, ceux de la personnalité active, passive, du pavillon ou de la protection, ou encore de la compétence universelle. Or, ces cas sont couverts par CP 5 (cas de la protection), CP 7 (cas de la personnalité active, passive et autres cas de compétence extraterritoriale) ainsi que par d'autres dispositions éparses dans d'autres lois nationales (p. ex. LStup 19 (4); LNM 15 et 134 s.⁶⁰; LA 96 s.⁶¹).

Depuis l'adoption de CP 102, une entreprise peut être auteur d'une infraction pénale et la Suisse être compétente pour la poursuivre sur la base de CP 6 I (b). Cependant, les conventions internationales ne prévoient généralement pas d'obligation pour les Etats de poursuivre des personnes morales, sous réserve de certaines conventions, telles la Convention de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (article 2), la Convention de 1999 pour la répression du financement du terrorisme (article 5) ou la Convention de 2000 contre la criminalité transnationale organisée (article 10). Dans ces cas, la Suisse doit poursuivre les entreprises sur la base de CP 6. D'autres conventions, telles la Convention unique de 1961 sur les stupéfiants ou la Convention européenne de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, prévoient l'obligation pour l'Etat de for de procéder à la saisie et à la confiscation du produit des infractions, sans aucune réserve par rapport à la personne (physique ou morale) de l'auteur⁶². Dans ces cas, seule une lecture des travaux préparatoires peut permettre de déterminer si les Etats signataires entendaient s'obliger d'admettre leur compétence obligatoire également par rapport à des entreprises.

B. Le principe de la double incrimination (CP 6 I (a))

CP 6 I (a) prévoit que l'acte doit aussi être réprimé à l'étranger, ce qui revient à poser le principe de la double incrimination avec l'Etat de commission. La pratique du Tribunal fédéral est de ne pas s'assurer de l'identité complète des normes pénales applicables: ce qui importe, c'est que l'état de fait corresponde aux éléments constitutifs objectifs d'une infraction tant en Suisse qu'au lieu de commission, à l'exclusion des conditions particulières en matière de culpabilité ou de répression⁶³.

Le respect du principe de la double incrimination devrait poser un certain nombre de problèmes lorsque la compétence des autorités suisses est donnée pour des actes commis à l'étranger par des entreprises. En matière de responsabilité pénale des entreprises, il faut non seulement se demander si l'acte est punissable au sens du Code pénal, partie spéciale, ou de toute autre disposition pénale applicable dans l'Etat de commission, mais également si l'Etat de commission prévoit la responsabilité pénale des personnes morales (réciprocité d'incrimination)⁶⁴. S'agissant de l'application de CP 6, la solution devrait en principe être

59 ATF 116 IV 244, c. 2; JcT 1992 IV 95; SJ 1991 137; BSK Strafrecht I-Popp/LEVANTE, Art. 6 N 13.

60 Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse, RS 747.30; FF 1952 257; RO 1955 1395.

61 Loi fédérale sur l'aviation, RS 748.0, nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 24 juin 1977, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1978; FF 1976 1267; RO 1977 2110, 2115.

62 Voir notamment l'art. 18 (motif de refus) § 4 de la Convention de 1990 qui ne prévoit pas d'exception à la confiscation lorsque la décision de confiscation porte sur des biens propriété d'une personne morale.

63 TF, 1A30/2001, c. 4a); ATF 112 Ib 212, c. 4a); ATF 113 Ib 175, c. 7a); ATF 116 Ib 89, c. 3c)bb); ATF 118 Ib 448, c. 3a). En matière d'entraide, voir MOREILLON, 117 ss; Popp, 133 ss; ZIMMERMANN, 392 ss. Voir, en matière d'entraide, ATF 116 Ib 89, c. 3c)aa); ATF 117 Ib 64, c. 5c).

64 Roth, RPS 1997, 376.

- 37 CP 5 l'emporte sur CP 7, dont l'alinéa premier énonce le caractère subsidiaire. Cependant, CP 7 I (b) permet au juge de requérir l'extradition de l'auteur, afin de le poursuivre en Suisse, possibilité qui n'est pas prévue à CP 5. Lorsque le juge doit obtenir l'extradition de l'auteur, les conditions plus restrictives découlant de CP 7 s'appliquent donc.
- 38 Si une convention internationale devait à l'avenir soumettre une infraction visée à CP 5 au principe de l'universalité en prévoyant une obligation de poursuivre, CP 6 serait subsidiaire à CP 5. Il ne saurait, en effet, être question de privilégier l'auteur en le faisant bénéficier de la condition de double incrimination et de la *lex mitior* du fait que l'infraction qu'il a commise est jugée plus sévèrement par la communauté internationale.

V. Application dans le temps

- 39 CP 5 gouverne les infractions commises après l'entrée en vigueur de la partie générale révisée. Le principe de non-rétroactivité, appliqué par le TF à la compétence universelle en vertu de aCP 6^{bis}³⁹, est d'une importance d'autant plus capitale dans le cas de CP 5 que celui-ci ne tient pas compte du droit en vigueur au lieu où l'infraction est commise.

Art. 6

Crimes ou délits
commis à
l'étranger, pour-
suivis en vertu
d'un accord in-
ternational

¹ Le présent code est applicable à quiconque commet à l'étranger un crime ou un délit que la Suisse s'est engagée à poursuivre en vertu d'un accord international:

- a. si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis ou que le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale et
et
b. si l'auteur se trouve en Suisse et qu'il n'est pas extradé.

² Le juge fixe les sanctions de sorte que l'auteur ne soit pas traité plus sévèrement qu'il ne l'aurait été en vertu du droit applicable au lieu de commission de l'acte.

³ Sous réserve d'une violation grave des principes fondamentaux du droit constitutionnel et de la CEDH, l'auteur ne peut plus être poursuivi en Suisse pour le même acte:

- a. s'il a été acquitté à l'étranger par un jugement définitif;
b. s'il a subi la sanction prononcée contre lui à l'étranger, que celle-ci lui a été remise ou qu'elle est prescrite.

⁴ Si, en raison de cet acte, l'auteur a été condamné à l'étranger et qu'il n'y a subi qu'une partie de la peine prononcée contre lui, le juge impute cette partie sur la peine à prononcer. Il décide si la mesure ordonnée et partiellement exécutée à l'étranger doit être poursuivie ou imputée sur la peine prononcée en Suisse.

Gemäss staatsver-
traglicher Ver-
pflichtung ver-
folgte Ausland-
taten

¹ Wer im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen begeht, zu dessen Verfolgung sich die Schweiz durch ein internationales Übereinkommen verpflichtet hat, ist diesem Gesetz unterworfen, wenn:

- a. die Tat auch am Begehungsort strafbar ist oder der Begehungsort keiner Strafgewalt unterliegt; und
b. der Täter sich in der Schweiz befindet und nicht an das Ausland ausgeliefert wird.

39 ATF 117 IV 369, c. 4g), rés. in IdT 1993 IV 127, critiqué par Trötschel, Kurzkomentar, Art. 6^{bis} CP N 3.

donnée par les conventions internationales elles-mêmes, éclairées par leurs travaux préparatoires.

- 23 Alternativement, CP 6 I (a) 2^e hypothèse prévoit que la compétence de la Suisse est donnée lorsque le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale. Ce cas de figure, historique, est celui des infractions commises en haute mer.

C. La présence de l'auteur sur le territoire suisse (CP 6 I [b])

- 24 CP 6 I (b) prévoit expressément que le droit pénal suisse est applicable pour autant que l'auteur qui a commis un crime ou un délit extraterritorial se trouve sur le territoire suisse. L'aspect volontaire ou involontaire de la présence de l'auteur sur le territoire ne joue aucun rôle⁶⁵.
- 25 La présence en Suisse d'une entreprise doit être déterminée par les critères dégagés par le CO et l'ORC en matière d'incorporation, obligatoire ou facultative. Qu'importe qui est le propriétaire économique de l'entreprise⁶⁶. Lorsqu'une entreprise n'était pas ou n'est pas inscrite au RC en Suisse mais qu'elle aurait dû l'être ou devrait l'être, l'entreprise est poursuivable comme si elle l'avait été ou l'est effectivement. Pour les entreprises qui ne peuvent pas être inscrites au RC, comme les entreprises sans personnalité juridique, c'est le centre de leur activité qui est déterminant. La compétence de la Suisse, sur la base de CP 6 I (b), pour poursuivre une succursale à l'étranger d'une société-mère suisse est difficile à imaginer concrètement. Dans ces cas, la responsabilité directe ou indirecte de l'entreprise-mère est le plus souvent engagée, que ce soit par commission ou par omission, sur la base du principe de la territorialité suisse. La tendance contemporaine en matière de *due diligence* des entreprises transnationales devrait d'ailleurs faire admettre plus facilement, à terme, la responsabilité directe ou indirecte, par commission ou par omission, de sociétés-mères pour les instructions données ou pour le défaut de surveillance de leurs succursales à l'étranger⁶⁷. A l'inverse, on peut admettre une compétence pénale de la Suisse pour des faits dont une entreprise-mère étrangère ou une succursale dans un autre pays serait responsable, pour autant que le groupe ait un établissement stable en Suisse. Cette responsabilité est particulièrement exposée dans le domaine de la corruption à l'étranger. On peut ainsi parfaitement imaginer que la Suisse soit compétente suivant les cas pour connaître d'actes de corruption commis entièrement à l'étranger par une société étrangère, pour autant que le groupe de sociétés dispose d'un établissement stable en Suisse. Une telle compétence pourrait avoir des conséquences concrètes notamment si la Suisse décidait d'imposer une créance compensatrice à la société étrangère sur des avoirs ou créances situés en Suisse.
- 26 CP 6 I (b) ne permet pas que des procédures soient menées à terme en l'absence d'un auteur en Suisse⁶⁸, sous réserve éventuellement des cas de confiscation des instruments ou du produit du crime qui se trouvent en Suisse⁶⁹. A l'inverse, si la poursuite est engagée lorsque l'auteur se trouve en Suisse, le départ ultérieur de Suisse de l'auteur n'éteint pas forcément la compétence de la Suisse. La jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous

65 *Contra*: BSK Strafrecht I-POPP/LEVANTE, Art. 6 N 8, Art. 7 N 7.

66 *Contra*: CASSANI, 243, qui estime que si une structure juridique est interposée devant des actionnaires suisses, la compétence de la Suisse pourrait tout de même être donnée. Cf. également CP 5 N 14.

67 Sur la responsabilité transnationale des entreprises en général, voir KAMMINGA/LIA-ZARBY; SEGER; ainsi que les travaux du Special Representative of the Secretary-General on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, consultables sur le site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, <http://ap.ohchr.org/>.

68 ATF 108 IV 147, c. 3, JdT 1984 IV 145; CASSANI, 240 n. 15.

69 CP 70-71. Voir notamment les conditions posées par la Convention européenne de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, RS 0.311.53.

l'égide d'aCP 5 et 6 excluait toutefois un jugement *in absentia* si l'auteur quitte la Suisse avant son procès proprement dit⁷⁰. Cette jurisprudence mérite d'être remise en question. On peut en effet se demander si les conditions restrictives que le nouveau Code de procédure pénale suisse pose quant aux jugements par défaut⁷¹ ne donnent pas une garantie suffisante en termes de droits de l'homme au sens de l'art. 6 CEDH.

Le système de CP 6 I (b) est conforme à celui prévu par la plupart des conventions internationales qui suivent le modèle de la Convention de La Haye en matière d'obligation de poursuivre, à savoir une clause « *aut dedere aut prosequi* »⁷². Ce système ne peut évidemment s'appliquer que si l'auteur est présent sur le territoire de l'Etat. Quelques conventions ne prévoient cependant pas la présence du suspect sur le territoire de l'Etat comme condition nécessaire à la poursuite (par exemple, les quatre Conventions de Genève de 1949, qui adoptent un modèle « *primo prosequi, secundo dedere* »⁷³). Dans ces cas, CP 6 I (b) pourrait restreindre la compétence de la Suisse de manière incompatible avec le droit international. Cela dit, la compétence de la Suisse pour les crimes de guerre est normalement donnée par CPM 10 (sous réserve que les conditions personnelles de CPM 3 s. soient données) et par CPM 108, et pas par CP 6 I.

Les autorités pénales doivent-elles s'estimer incompétentes, *ab initio*, lorsqu'elles ne disposent pas de preuve ou d'indice que la personne qui fait l'objet de la plainte se trouve en Suisse au moment de la réception de cette dernière? La condition de la présence en Suisse de l'auteur vise-t-elle uniquement la phase de l'instruction, de jugement? L'absence de l'auteur en Suisse interdit-elle à l'Office fédéral de la justice de demander son extradition auprès d'une autorité étrangère? Ces questions se sont avérées importantes pour les pays qui ont eu à connaître de poursuites selon le principe de la compétence universelle, notamment la France, la Belgique ou l'Allemagne, où des parties civiles, souvent soutenues par des Organisations non gouvernementales militantes, se sont trouvées à la pointe du combat contre l'impunité, parfois à l'encontre de l'immobilisme et de l'opportunisme politique des institutions étatiques.

Le système suisse est dominé par le principe de la maxime d'office, selon lequel il incombe à l'Etat d'engager les poursuites pénales et aux autorités pénales d'exercer d'office la justice répressive de l'Etat, sous réserve de certaines infractions relativement mineures dont la poursuite nécessite une plainte. Le principe de la légalité veut également que les autorités de poursuite pénale ouvrent et conduisent une procédure chaque fois qu'elles ont des indices permettant de présumer qu'une infraction a été commise. Si les indices se confirment, elles doivent suspendre ou déférer le cas pour jugement à un tribunal en dressant un acte d'accusation⁷⁴. Il appartient dès lors aux autorités de poursuite – et non pas aux plaignants – d'instruire à titre préliminaire, dans l'intérêt public, la question de savoir si l'auteur potentiel d'un crime ou d'un délit commis par un étranger ou contre un étranger se trouve en Suisse. Dès lors, si des plaignants rendent vraisemblable que l'auteur d'un crime ou d'un délit relevant de la compétence des autorités suisses se trouve sur territoire suisse, ou doit se rendre prochainement en Suisse, les autorités doivent procéder aux investigations d'usage en vue d'une éventuelle arrestation et elles ne peuvent se prévaloir de l'absence de preuve de la présence de l'auteur présumé en Suisse pour décliner toute compétence, et donc toute investigation. Une telle attitude consisterait dans les faits en un véritable déni de justice. A l'inverse, lorsque la présence en Suisse de l'auteur n'est pas établie et que l'auteur n'a que peu de chance de venir prochainement en Suisse, les autorités peuvent éventuellement suspendre ou classer la procédure. Les poursuites peuvent être réactivées si l'auteur vient ultérieurement en Suisse.

70 ATF 108 IV 145, c. 3, JdT 1934 IV 2; cf. CP 5 N 10.

71 Voir les conditions posées par CPP 366 en particulier IV.

72 HENZELIN, Universalité, N 948.

73 HENZELIN, Universalité, N 1113 et 1165. Sur les raisons de ce système, voir *supra* N 7.

74 Voir CPP 7, Message, FF 2006 1106.

- 30 En tous les cas, les autorités suisses de police et d'instruction doivent faire le nécessaire pour conserver les preuves disponibles (audition des victimes et autres témoins, etc.), ceci même s'il s'avère que l'auteur ne se trouve pas en Suisse⁷⁵. Une telle instruction peut notamment permettre une entraide spontanée (EIMP 67a) à destination de l'étranger, ou permettre une entraide ultérieure à la requête d'un Etat étranger, voire un jugement en Suisse⁷⁶ si l'auteur vient à se trouver ultérieurement sur le territoire suisse, étant rappelé que les infractions concernées sont souvent imprescriptibles et sont parfois jugées des décennies après les faits. Il ne serait notamment pas admissible que des victimes suisses ou domiciliées en Suisse aient à attendre – voire à guetter – la venue de l'auteur en Suisse pour pouvoir être entendues et déposer plainte au prétexte que les autorités suisses ne sont pas compétentes faute de présence avérée du suspect sur le territoire suisse.

D. La non-extradition de l'auteur (CP 6 I [b] *in fine*)

- 31 Pour que la Suisse puisse juger un auteur sur la base de CP 6, il faut que l'auteur ne soit pas extradé. Le rapport entre l'extradition et la poursuite (priorité de l'extradition sur la poursuite et vice-versa) est donné par la Convention qui est applicable au cas d'espèce (voir N 5-7). Les raisons pour lesquelles l'extradition n'est pas octroyée peuvent être diverses. Elles sont notamment prévues par l'EIMP (EIMP 2; EIMP 37) ou la Cst. (Cst. 25 II)⁷⁷.
- 32 La Suisse doit-elle poursuivre le prévenu sur la base de CP 6 ou doit-elle attendre qu'un autre Etat fasse une demande d'extradition et n'engager la poursuite que dans les cas où elle refuserait d'y donner suite? La poursuite est-elle subsidiaire à un refus d'extradition (*primo dedere, secundo prosequi*), alternative à l'extradition (*aut dedere, aut prosequi*) ou encore primaire, y compris en cas de défaut total de demande d'extradition (*primo prosequi, secundo dedere*)? La solution dépend évidemment de la convention applicable⁷⁸. Notamment, pour ce qui est des Conventions du modèle de type onusien « *aut dedere aut prosequi* » il faut souvent faire appel aux travaux préparatoires pour dégager une solution. Ainsi, les travaux préparatoires de la Convention de 1979 contre la prise d'otages démontrent que les Etats n'ont pas voulu donner de priorité à l'extradition⁷⁹. A l'inverse, la Convention de 1929 pour la répression du faux-monnayage⁸⁰ ainsi que les conventions adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe prévoient clairement la subsidiarité de la poursuite à l'extradition⁸¹.
- 33 En cas d'extradition, la Suisse ne peut plus continuer la procédure pénale, ni rejuger la personne extradée⁸², y compris lorsque la poursuite est abandonnée dans l'Etat ayant requis l'extradition. Les autorités suisses devraient dès lors obtenir des garanties de l'Etat requérant avant d'octroyer l'extradition, lorsque la demande d'extradition pourrait n'être que de complaisance⁸³.

75 IDI, Résolutions n° 3b (*a contrario*) et n° 5 ainsi que commentaire de KRESS, *Jurisdiction*, 576-579. Voir également l'opinion séparée des Juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans CIJ, affaire Mandat d'arrêt du 11 April 2003 (République démocratique du Congo c/ Belgique), arrêt du 14 février 2002.

76 Cf. toutefois *supra* N 26.

77 BSK *Strafrecht I-PORR/LEVANTE*, Art. 7 N 9.

78 *Contra* : BSK *Strafrecht I-PORR/LEVANTE*, Art. 6 N 5, pour qui il n'existerait qu'un seul modèle « *aut dedere aut iudicare* » applicable à toutes les conventions, et qui prévoit une alternative réelle, mettant sur le même plan les deux alternatives.

79 HENZELIN, *Universalité*, N 933.

80 HENZELIN, *Universalité*, N 901.

81 HENZELIN, *Universalité*, N 1006 ss.

82 La réextradition reste cependant toujours possible à certaines conditions; voir EIMP 38 I (a), MOREILLON, 269.

83 KRESS, *Jurisdiction*, 580.

III. La prise en compte du droit étranger plus favorable (CP 6 II)

Selon CP 6 II, le juge doit faire bénéficier l'auteur de la *lex mitior* entre le droit du lieu de commission de l'infraction et le droit suisse lors de la fixation des sanctions⁸⁴. Dès lors, tant la hauteur maximum de la sanction, que le type de sanction prévus à l'étranger, pour les pays qui connaissent les mêmes distinctions que le droit suisse (peines privatives de liberté, peines pécuniaires, internement, traitement), doivent être pris en compte lors du jugement. Comme le dit le Conseil fédéral, «le tribunal suisse est tenu d'évaluer et de comparer les conséquences globales des sanctions qu'il prononce»⁸⁵. Cette comparaison peut poser des problèmes lorsque la peine ou la sanction prévues à l'étranger – *a priori* plus favorables – sont inconnues du droit suisse: assignation à résidence, travaux d'intérêt public, etc.

34

IV. Le principe *ne bis in idem* et l'imputation

Voir CP 3 N 16 ss.

35

Art. 7

Autres crimes
ou délits
commis à
l'étranger

¹ Le présent code est applicable à quiconque commet un crime ou un délit à l'étranger, sans que soient réalisées les conditions prévues aux art. 4, 5 ou 6:

- a. si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis ou que le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale;
- b. si l'auteur se trouve en Suisse ou qu'il est remis à la Suisse en raison de cet acte et
- c. si, selon le droit suisse, l'acte peut donner lieu à l'extradition, mais que l'auteur n'est pas extradé.

² Lorsque l'auteur n'est pas de nationalité suisse et que le crime ou le délit n'a pas été commis contre un ressortissant suisse, l'al. 1 est applicable uniquement si:

- a. la demande d'extradition a été rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte ou
- b. l'auteur a commis un crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale.

³ Le juge fixe les sanctions de sorte que l'auteur ne soit pas traité plus sévèrement qu'il ne l'aurait été en vertu du droit applicable au lieu de commission de l'acte.

⁴ Sous réserve d'une violation grave des principes fondamentaux du droit constitutionnel et de la CEDH, l'auteur ne peut plus être poursuivi en Suisse pour le même acte:

- a. s'il a été acquitté à l'étranger par un jugement définitif;
- b. s'il a subi la sanction prononcée contre lui à l'étranger, que celle-ci lui a été remise ou qu'elle est prescrite.

⁵ Si, en raison de cet acte, l'auteur a été condamné à l'étranger et qu'il n'y a subi qu'une partie de la peine prononcée contre lui, le juge impute cette partie sur la peine à prononcer. Il décide si la mesure ordonnée et partiellement exécutée à l'étranger doit être poursuivie ou imputée sur la peine prononcée en Suisse.

⁸⁴ Message, FF 1998 1804.

⁸⁵ Message, FF 1998 1804.

Art. 7

Partie I: Crimes et délits

Andere Ausländer

¹ Wer im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen begeht, ohne dass die Voraussetzungen der Artikel 4, 5 oder 6 erfüllt sind, ist diesem Gesetz unterworfen, wenn:

- a. die Tat auch am Begehungsort strafbar ist oder der Begehungsort keiner Strafgewalt unterliegt;
- b. der Täter sich in der Schweiz befindet oder ihr wegen dieser Tat ausgeliefert wird; und
- c. nach schweizerischem Recht die Tat die Auslieferung zulässt, der Täter jedoch nicht ausgeliefert wird.

² Ist der Täter nicht Schweizer und wurde das Verbrechen oder Vergehen nicht gegen einen Schweizer begangen, so ist Absatz 1 nur anwendbar, wenn:

- a. das Auslieferungsbegehren aus einem Grund abgewiesen wurde, der nicht die Art der Tat betrifft; oder
- b. der Täter ein besonders schweres Verbrechen begangen hat, das von der internationalen Rechtsgemeinschaft geächtet wird.

³ Das Gericht bestimmt die Sanktionen so, dass sie insgesamt für den Täter nicht schwerer wiegen als die Sanktionen nach dem Recht des Begehungsortes.

⁴ Der Täter wird, unter Vorbehalt eines krassen Verstosses gegen die Grundsätze der Bundesverfassung und der EMRK, in der Schweiz wegen der Tat nicht mehr verfolgt, wenn:

- a. ein ausländisches Gericht ihn endgültig freigesprochen hat;
- b. die Sanktion, zu der er im Ausland verurteilt wurde, vollzogen, erlassen oder verjährt ist.

⁵ Ist der Täter wegen der Tat im Ausland verurteilt worden und wurde die Strafe im Ausland nur teilweise vollzogen, so rechnet ihm das Gericht den vollzogenen Teil auf die auszusprechende Strafe an. Das Gericht entscheidet, ob eine im Ausland angeordnete, aber dort nur teilweise vollzogene Massnahme fortzusetzen oder auf die in der Schweiz ausgesprochene Strafe anzurechnen ist.

Altri reati commessi all'estero

¹ Il presente Codice si applica a chiunque commette all'estero un crimine o un delitto, senza che siano adempiute le condizioni di cui agli articoli 4, 5 o 6, se:

- a. l'atto è punibile anche nel luogo in cui è stato commesso o questo luogo non soggiace ad alcuna giurisdizione penale;
- b. l'autore si trova in Svizzera o, per questo suo atto, è estradato alla Confederazione, e
- c. secondo il diritto svizzero l'atto consente l'estradizione, ma l'autore non viene estradato.

² Se l'autore non è svizzero e il crimine o il delitto non è stato commesso contro uno svizzero, il capoverso 1 è applicabile soltanto se:

- a. la richiesta di estradizione è stata respinta per un motivo non inerente alla natura dell'atto; oppure
- b. l'autore ha commesso un crimine particolarmente grave proscritto dalla comunità giuridica internazionale.

³ Il giudice fissa le sanzioni in modo da non farle risultare complessivamente più severe di quelle previste dalla legge del luogo in cui l'atto è stato commesso.

⁴ Fatta salva una crassa violazione dei principi della Costituzione federale e dalla CEDU, l'autore non è più perseguito in Svizzera per il medesimo fatto se:

- a. è stato assolto con sentenza definitiva da un tribunale estero;
- b. la sanzione inflittagli all'estero è stata eseguita o condonata oppure è caduta in prescrizione.

⁵ Se, per il medesimo fatto, l'autore è stato condannato all'estero e vi ha scontato solo parzialmente la pena, il giudice computa la pena scontata all'estero in quella da pronunciare. Il giudice decide se una misura ordinata all'estero, ma all'estero solo parzialmente eseguita, debba essere continuata o computata nella pena inflitta in Svizzera.

Plan

	N
I. Description du système	1
II. La compétence extraterritoriale ordinaire (CP 7 I)	4
A. Une compétence selon la personnalité active ou passive étendus	4
B. Le principe de la double incrimination (CP 7 I [a])	6
C. La présence de l'auteur sur le territoire suisse ou la remise de l'auteur à la Suisse (CP 7 I [b])	7
D. Des actes pouvant donner lieu à extradition (CP 7 I [c])	9
E. La non-extradition de l'auteur (CP 7 I [c] <i>in fine</i>)	11
F. Le cas de la confiscation pénale	12
III. La compétence extraterritoriale extraordinaire (CP 7 II)	13
A. La compétence de remplacement, ou de substitution (CP 7 II [a])	15
B. La compétence universelle (CP 7 II [b])	20
IV. La prise en compte du droit étranger plus favorable (CP 7 III)	41
V. Le principe <i>ne bis in idem</i> et l'imputation (CP 7 III-V)	42

Bibliographie

- ASCENSO H., The Spanish Constitutional Tribunal's Decision in Guatemala Generals: Universal Universality is Back, *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) 2006 586 ss; BAKKER C. A. E., Universal Jurisdiction of Spanish Courts over Genocide in Tibet: Can it Work, *JICJ* 2006 595 ss; BASSIOUNI C., Universal Jurisdiction Unrevisited: The International Court of Justice Decision in Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), *Pal. YIL* 2002 27 ss (cité: BASSIOUNI, Universal Jurisdiction); BASSIOUNI C., Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice, *Vir. JIL* 2001 1 ss (cité: JIL 2001); BASSIOUNI C., *Aut dedere aut judicare*: The Duty to Extradite and Prosecute in International Law, Dordrecht/Boston 1995 (cité: BASSIOUNI, *Aut dedere*); BENAVIDES L., The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope, *Am. Mex. DI* 2001 19 ss; BOMMER F., Zur Strafverfolgungspflicht der Schweiz bei Kriegsverbrechen im Ausland, *RJB* 2005 417 (cité: BOMMER, *RJB* 2005); CASSANI U., Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3-7 StGB), *RPS* 1996 237; CASSANI U./ROTH R., Le juge suisse au service de la « communauté des peuples » ?, in *Mélanges Trechsel*, Zurich/Bâle/Genève 2002, 449 ss; COLOMBINI J.-L., La prise en considération du droit étranger (pénal et extra-pénal) dans le jugement pénal, thèse Lausanne 1983; COTTIER M., The Case of Switzerland, in *Kreß C./Lattanzi F.* (éd.), *The Rome Statute and domestic legal orders*, vol. 1, Baden-Baden 2000, 219 ss; COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, *Ann. CDI*, 1996, II, 2^e partie (cité: *Projet de code des crimes*); D'ARGENT P., L'expérience belge de la compétence universelle: beaucoup de bruit pour rien ?, *RGDIP* 2004 597 ss; DAVID E., La compétence universelle en droit belge, *Rev. Dr. ULB* 2004 83 ss; DUTTWILER M., Der « enge Bezug » in Art. 9 Abs. 1^{ter} MSTGB und sein Verhältnis zum Völkerrecht, *Jusletter* 21 März 2005; EICKER, A., Das Schweizerische Internationale Strafrecht vor und nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, *RPS* 2006 295 ss; GUILLAUME G., La compétence universelle – Du code de Justinien à l'affaire Yerodia, in *Guillaume G., La Cour internationale de justice à l'aube du XXI^e siècle. Le regard d'un juge*, Paris 2003, 219 ss (cité: GUILLAUME, *CIJ*); GUILLAUME G., La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles, in *Mélanges Levasseur*, Paris 1992, 23 ss (cité: GUILLAUME, *Mélanges Levasseur*); HENZELIN M., La compétence universelle et l'application du droit international pénal en matière de conflits armés. La situation en Suisse, in *BURGGUUS-LARSEN L.* (éd.), *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles 2003, 155 ss (cité: HENZELIN, *Compétence*); HENZELIN M., La compétence pénale universelle: une question non résolue par l'arrêt *Yerodia*, *RGDIP* 2002 819 ss (cité: HENZELIN, *RGDIP* 2002); HENZELIN M., Le principe de l'universalité en droit pénal international, *Bâle/Genève/Bruxelles* 2000 (cité: HENZELIN, *Universalité*); INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Session de Cracovie, 2005, Dix-septième Commission, Résolution sur la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* (cité: *IDI, Résolution*); KAMMINGA M. T., *Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses*, *HRQ* 2001 940 ss; KAMMINGA M. T./ZIA-ZARIF S. (éd.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, 2000; KOLB R., *The Exercise of Criminal Jurisdiction over International Terrorists*, in *Bianchi A.* (éd.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford (*et al.*) 2004, 227 ss; KRESS C., *Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit International*, *JICJ* 2006 561 ss (cité: KRESS, *Universal Jurisdiction*); KRESS C., *Völkerstrafrecht und Weltrechtsprinzip im Blickfeld des internationalen Gerichts-*

hofs. Zum Votenstreit der Richter des IGH im Haftbefehlsfall (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien), ZStW 2002 818 ss (cité KRESS, ZStW 2002); MACEDO S. (éd.), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Philadelphie 2004; MATERNHÖFER C., *Aut dedere – aut iudicare*. Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung, thèse Doan 2006; Oecd, *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, 21 juin 1976, ILM 1976, 967 ss (cité: OECD Declaration); OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises: Annual Report*, 2001 (cité: OECD, Guidelines); O'KEEFE R., *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, J Int. Crim. J 2004 735 ss; PEYRO LLOPIS A., *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruxelles 2003; PRINCETON PRINCIPLES ON UNIVERSAL JURISDICTION, Princeton University Program in Law and Public Affairs, 2001, reproduit in Bassiouni, *Universal Jurisdiction*, Va JIL 2001 157 ss (cité: PRINCETON PRINCIPLES); POPP P., *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle/Genève (et al.) 2001; RANDALL K., *Universal Jurisdiction under International Law*, Tex. LR 1988 785 ss; REYDAMS L., *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford 2002; ROHT-ARLAZA N., *Universal Jurisdiction: Steps Forward, Step Backwards*, LJIL 2004 375 ss; ROTH R., *Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion*, RPS 1997 345 ss (cité: ROTH, RPS 1997); ROTH R., *Territorialité et extraterritorialité en droit pénal international*, RPS 1994 1 (cité: ROTH, RPS 1994); ROTH R./HENZELIN M., *La répression des violations du droit international humanitaire en Suisse*, in CICR (éd.), *Répression nationale des violations du droit international humanitaire. Rapport de la réunion d'experts*, Genève 1997, 184 ss; ROTH R./JEANNERET Y., *Rapport suisse in Cassese A./Delmas-Marty M. (éd.), Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris 2002, 275 ss; SASSOLI M., *Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international*, RSDIE 2002 151 ss; SCHUTTE J., *Extradition for Drug Offences: New Developments Under the 1988 U.N. Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, RIDP 1991 135 ss; SHUBBER S., *The Destruction of Aircraft in Flight over Scotland and Niger: the Questions of Jurisdiction and Extradition under International Law*, BYBIL 1995 239 ss; SEGER P., *Neue Tendenzen im Bereich internationaler Unternehmensverantwortung*, RSDIE 2005 459 ss; STERN B., *L'extraterritorialité revisitée*, AFDI 1992 239 ss; TAVERNIER P., *Compétence universelle et terrorisme*, in SFDI (éd.), *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales*, Paris 2004, 237 ss (cité: TAVERNIER, Compétence); TAVERNIER P., *L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?*, in Tomuschat Ch./Thouvenin F. (éd.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden 2006, 11 ss (cité: TAVERNIER, Identification); TOMUSCHAT Ch., *Rapport de la 17^e Commission de l'Institut de droit international sur la compétence universelle*, TOMUSCHAT Ch., *Universal Jurisdiction with Respect for the Crimes of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*, Rapport présenté à la 17^e Commission de l'Institut de droit international, in AIDI, 2005, vol. 71-I, 213 ss; VANDERMEERSCH D., *La faisabilité de la règle de la compétence universelle*, in Fronza E./Manacorda S. (éd.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Paris/Milan 2003, 224 ss (cité: VANDERMEERSCH, Faisabilité); VANDERMEERSCH D., *La compétence universelle*, in Cassese A./Delmas-Marty M. (éd.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris 2002, 589 ss (cité: VANDERMEERSCH, Juridictions); VEST H., *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, RPS 2003 45 ss (cité: VEST, RPS 2003); VEST H., *Kriegs- und Menschenrechtsverbrechen – Strafverfolgung «light»?* , PJA 2004 614 ss (cité: VEST, PJA 2004); VEST H., *Zum Universalitätsprinzip bei Völkerrechtsverbrechen. Bemerkungen de lege ferenda*, RPS 2005 313 ss (cité: VEST, RPS 2005); ZAPPALA S., *The German Federal Prosecutor's Decision not to Prosecute a Former Uzbek Minister: Missed Opportunity or Prosecutorial Wisdom?*, JICJ 2006 602 ss; ZIMMERMANN R., *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^e éd., Bern 2004.

Jurisprudence internationale:

CIJ, affaire Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France); CIJ, affaire Mandat d'arrêt du 11 Avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, Rec. 2002 3; CIJ, affaire Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires) (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie [Serbie et Monténégro]), arrêt du 11 juillet 1996, Rec. 1996 595; CIJ, affaire Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires) (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie [Serbie et Monténégro]), ordonnance du 13 Septembre 1993, Recueil 1993 325; CPII, affaire Lotus, arrêt du 7 septembre 1927, Série A n° 10, 4.

Arrêts du Tribunal fédéral cités:

Sur aCP: TF, 6S.82/2002, SJ 2002 I 565; ATF 117 IV 369, JdT 1993 IV 127, SJ 1991 137; ATF 116 IV 244, JdT 1992 IV 95, SJ 1991 137; ATF 108 IV 145, JdT 1984 IV 2.
En matière d'entraide: ATF 126 II 212, JdT 2004 IV 105; TF, 1A.30/2001; ATF 118 Ib 448; ATF 117 Ib 64, JdT 1993 IV 63; ATF 116 Ib 89, JdT 1992 IV 159; ATF 113 Ib 175, JdT 1989 IV 157; ATF 112 Ib 212, JdT 1987 IV 82.

I. Description du système

Les Etats distinguent traditionnellement la compétence extraterritoriale selon que l'infraction est commise à l'étranger 1) contre des intérêts souverains de l'Etat (compétence dite «de la protection»), 2) par des citoyens de l'Etat (compétence dite «de la personnalité active»), 3) contre des citoyens de l'Etat (compétence dite «de la personnalité passive») et 4) une compétence «résiduelle», «universelle», pour les cas prévus par une convention internationale ou par le droit coutumier. L'aCP suivait cette ligne classique¹.

CP 7 est d'une grande complexité. En effet, le législateur a choisi de réunir dans cette disposition tous les cas de compétence extraterritoriale, hors les cas de la compétence de protection, ceux d'atteinte sexuelle sur des mineurs, les infractions commises sous pavillon suisse², ceux tombant sous le coup de CPM et les cas de compétence obligatoire prévus par des conventions internationales. CP 7 I a pour ambition de régler les cas «ordinaires» de compétence extraterritoriale, par opposition aux cas de figures spéciaux prévus à CP 7 II. Mais, dans les faits, CP 7 I vise principalement les cas de la compétence selon la personnalité active et passive, réunis dans une seule disposition. Une compétence «résiduelle» est prévue à CP 7 II, qui recouvre tant une compétence «de représentation» (CP 7 II [a]), lorsque la Suisse est saisie d'une demande d'extradition mais qu'elle ne peut pas y donner suite, qu'une compétence universelle coutumière (CP 7 II [b]):

CP 7 est de nature subsidiaire par rapport à CP 3-6³. CP 7 est également applicable au droit pénal secondaire, par renvoi de CP 333 I ou autres dispositions (p.ex. CPA 6)⁴.

II. La compétence extraterritoriale ordinaire (CP 7 I)

A. Une compétence selon la personnalité active ou passive étendues

Même si le texte de CP 7 I n'est pas explicite, cette disposition vise surtout, *de facto*, les cas prévus anciennement par les dispositions relatives à la compétence de la personnalité active (aCP 6) et de la personnalité passive (aCP 5)⁵. Cette interprétation découle clairement du Message CP 1998⁶ et de la lecture *a contrario* de CP 7 II. Cela dit, le législateur ne fait plus la distinction entre les principes de la personnalité active et passive. La même disposition (CP 7 I) s'applique dorénavant tant dans les cas d'un auteur suisse que dans ceux d'une victime suisse. Selon la jurisprudence applicable à aCP 6 et pour Popp/LEVANTE⁷, la nationalité de l'auteur doit être déterminée au moment du jugement et non de l'acte⁸. Pour les mêmes auteurs, la nationalité de la victime devrait être déterminée au moment de l'acte, et non du jugement⁹. Cette distinction, contraire à l'esprit du nCP qui est de ne plus faire de différence selon les cas de personnalité active ou passive, est confirmée par le texte de CP 7 II, lequel est sans équivoque: usage du temps présent pour l'examen de la nationalité de l'auteur; du passé composé pour l'examen de la nationalité de la victime.

Selon plusieurs auteurs, seules les infractions protégeant des biens individuels pouvaient tomber sous le coup de aCP 5¹⁰. La nouvelle architecture de CP 7 I et II ne justifie plus

1 Voir aCP 3-6^{bis}.

2 Voir à ce propos LA 88 s. (Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948, RS 748, ainsi que LNM 15 et titre VIII (Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953, RS 747.30).

3 ATF 108 IV 145, c. 3, JdT 1984 IV 2; EICKER, 303.

4 BSK Strafrecht I-Popp/LEVANTE, Art. 7 N 1.

5 BSK Strafrecht I-Popp/LEVANTE, Art. 7 N 1; EICKER, 306-8.

6 Message, FF 1999 1304-5. Dans ce sens également, EICKER, 305 s.

7 BSK Strafrecht I-Popp/LEVANTE, Art. 7 N 13.

8 ATF 117 IV 369, c. 6, JdT 1993 IV 127, SJ 1992 446.

9 BSK Strafrecht I-Popp/LEVANTE, CP 7 N 13.

10 CASSANI, 241; BSK Strafrecht I-Popp/LEVANTE, Art. 7 N 14.

cette restriction. En effet, dans les cas où l'auteur n'est pas de nationalité suisse, la Suisse peut être compétente, sur la base de CP 7 II, y compris lorsque la victime est une collectivité publique étrangère, sous réserve de l'ordre public suisse¹¹. Depuis l'adoption de CP 102, une entreprise peut être un auteur au sens de CP 7 I, sans compter sa qualité de victime au sens de cette dernière disposition, sous réserve de l'examen de la double incrimination.

B. Le principe de la double incrimination (CP 7 I [a])

6 Voir CP 6 N 21.

C. La présence de l'auteur sur le territoire suisse ou la remise de l'auteur à la Suisse (CP 7 I [(b)])

- 7 Sur la présence de l'auteur sur le territoire suisse, voir CP 6 N 24 ss. CP 7 I (b) n'est applicable que si les conditions de CP 7 I (c) sont remplies.
- 8 La remise de l'auteur à la Suisse ne crée pas de différence fondamentale par rapport à sa présence initiale sur le territoire suisse. En effet, dans la plupart des cas, un auteur remis à la Suisse se trouve forcément – ou se trouvera tôt ou tard – sur le territoire suisse (une exception pouvant être la remise d'une personne à une mission diplomatique suisse à l'étranger). Le texte français de CP 7 I (b) diffère des textes allemand et italien: le texte français ne prévoit pas que les conditions formelles de l'extradition soient remplies (portée du terme « remise ») alors que les textes allemand et italien prévoient que l'auteur doit bel et bien passer par une procédure d'extradition (*ausgeliefert, estradato*). Certains auteurs considèrent que l'auteur ne peut être poursuivi en Suisse que s'il s'y trouve à titre volontaire ou après extradition¹². Ainsi, il ne pourrait y être poursuivi s'il y est transféré par des moyens tels que l'enlèvement, la tromperie ou autres moyens qui auraient pour but de contourner les règles de l'entraide¹³. Certes, ce point de vue est justifié lorsque des États emploient des moyens illégaux (principe *ex iniuria ius non oritur*, par opposition au principe *male captus bene iudicatus*). A l'inverse, la Suisse peut poursuivre un auteur qui lui a été remis par d'autres moyens légaux, par exemple la simple expulsion ou le refoulement d'un réfugié de l'étranger vers la Suisse.

D. Des actes pouvant donner lieu à extradition (CP 7 I [c])

- 9 CP 7 I (b) est uniquement applicable si l'auteur a commis des crimes ou délits qui peuvent donner lieu à l'extradition selon le droit suisse. Dès lors, et au contraire de aCP 5, sont exclus du champ d'application de CP 7 I (b)-(c) les délits d'importance mineure, à savoir les délits qui sont frappés d'une peine privative de liberté d'un maximum d'1 an, aux termes du droit suisse et du droit de l'Etat requérant (EIMP 35 I [a]). De même, les crimes et délits politiques, militaires ou fiscaux au sens d'EIMP 3 ne peuvent être jugés en Suisse sur la base de CP 7 I (b)-(c). Certains traités internationaux peuvent poser des conditions plus rigoureuses à l'extradition que le droit interne suisse, notamment ceux qui prévoient un catalogue d'infractions qui peuvent faire l'objet d'une extradition. Cependant, le droit suisse s'applique dans tous les cas lorsqu'il est plus favorable (*Günstigkeitsprinzip*)¹⁴. A noter que CP 7 I (b)-(c) ne requiert pas qu'une demande d'extradition ait été ou soit effectivement soumise à la Suisse (au contraire de CP 7 II [a]).

11 Ainsi, il semble difficilement envisageable que la suisse juge un auteur d'une violation de la souveraineté territoriale étrangère (CP 299) commise au service de la Suisse.

12 BSK Strafrecht I-POPP/LEVANTE, Art. 7 N 6; EICKER, 306.

13 BSK Strafrecht I-POPP/LEVANTE, Art. 7 N 6.

14 ZIMMERMANN, N 107.

Une entreprise suisse ne peut donner lieu à une extradition. Cela dit, CP 7 I (c) ne prévoit pas que l'auteur puisse donner lieu à une extradition mais seulement que l'acte, qualifié de crime ou délit, puisse faire l'objet d'une telle mesure. Dès lors, la condition posée par CP 7 I (c) ne change pas, que l'acte soit supposé être commis par une personne naturelle ou par une entreprise. 10

E. La non-extradition de l'auteur (CP 7 I [c] *in fine*)

Voir CP 6 N 31 ss. Le praticien peut cependant difficilement reprendre *mutatis mutandis* tous les raisonnements tirés de CP 6 I (b) puisque, précisément, cette dernière disposition doit être lue en relation avec la convention internationale qu'elle applique. Or, le système de CP 7 I veut qu'aucune convention internationale ne soit applicable au cas d'espèce. Dès lors, le débat de la primauté « générale » de l'extradition sur la poursuite ou inversement prend tout son sens. De fait, CP 7 I ne nécessite pas qu'une demande d'extradition d'un autre Etat soit présentée¹⁵. Ainsi, dans une affaire portant sur LStup 19 (4), mais sur des formulations identiques, le Tribunal fédéral a déclaré que les termes « et qui n'est pas extradé » doivent être compris comme énonçant le simple fait que l'auteur n'est pas extradé¹⁶. Ce fait doit être considéré indépendamment de ses motifs; il peut résulter, par exemple, du silence de l'Etat étranger, qui ignore peut-être que des infractions ont été commises sur son territoire. 11

F. Le cas de la confiscation pénale

Selon le Tribunal fédéral, les Chambres fédérales n'auraient pas envisagé d'admettre une compétence générale (par opposition à une compétence prévue conventionnellement) sur la base de aCP 6^{bis} pour prononcer une confiscation au lieu de situation des avoirs, si l'infraction de base n'est pas de la compétence de la Suisse¹⁷. A l'inverse, toute valeur patrimoniale peut faire l'objet d'une confiscation ou d'une créance compensatrice (CP 7 I) si l'infraction de base tombe sous CP 7 I ou CP 7 II. Lorsque l'auteur est extradé à l'étranger, les objets ou valeurs peuvent être remis aux autorités étrangères sur la base d'EIMP 59. 12

III. La compétence extraterritoriale extraordinaire (CP 7 II)

A la différence de CP 7 I, CP 7 II vise les cas où ni l'auteur ni la victime de l'infraction n'est de nationalité suisse¹⁸. 13

L'application de CP 7 II (a) et (b) peut poser des problèmes lorsque la victime n'est que résidente en Suisse, sans avoir la nationalité suisse, notamment lorsqu'elle est au bénéfice de l'asile politique. En effet, l'article 16 II de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951¹⁹ prévoit que tout réfugié doit jouir, dans l'Etat contractant où il a sa résidence habituelle, du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux²⁰. Il faut dès lors admettre que, lorsque les victimes sont des personnes qui ont un statut de réfugié en Suisse, les autorités suisses sont compétentes au sens de CP 7 I. 14

15 Message, FF 1999 1804, ainsi que ERCKER, 306.

16 ATF 116 IV 244, c. 4a), JdT 1992 IV 95, SJ 1991 137.

17 TF, 6S.82/2002, c. 2d); SJ 2002 I 565, c. 2d), 571.

18 Pour les questions de nationalité et les questions intemporelles d'acquisition ou de perte de la nationalité suisses, voir N 4.

19 RS 0.142.30.

20 Voir à ce sujet l'arrêt n° 104/2006 du 21 juin 2006 de la Cour d'arbitrage belge, 13, lit. B.3.1. selon lequel l'article 16 II de la Convention de 1951 « faisait obstacle au dessaisissement, par les juridictions belges, des plaintes introduites par des personnes ayant la qualité de réfugié reconnu au moment de l'engagement initial de l'action publique, par identité de traitement avec les personnes ayant la nationalité belge à ce moment ».

D'autres traités ou accords internationaux peuvent octroyer à des citoyens étrangers résidant en Suisse les mêmes droits que les citoyens suisses dans le domaine pénal. Dans ces cas, des infractions commises à leur encontre devraient être poursuivies par les autorités suisses de la même manière que s'il s'agissait de citoyens suisses, soit sur la base de CP 7 I.

- 15 CP 7 II permet la poursuite de personnes qui se trouvent en Suisse et qui font l'objet d'une demande d'extradition, lorsque cette demande est refusée (CP 7 II [a]), ou lorsque ces personnes sont soupçonnées d'avoir commis à l'étranger des crimes particulièrement graves proscrits par la communauté internationale, ceci nonobstant toute convention internationale (CP 7 II [b]).

A. La compétence de remplacement, ou de substitution (CP 7 II [a])

- 16 Selon CP 7 II (a), les autorités suisses sont compétentes lorsqu'une demande d'extradition a été remise à la Suisse par un Etat étranger (EIMP 41 ss) et que la Suisse a refusé cette extradition (EIMP 55) pour un motif autre que la nature de l'acte²¹. Cette disposition correspond à une reconnaissance du principe dit de remplacement ou de substitution (*stellvertretende Strafrechtspflege*)²².
- 17 Les autorités suisses ne sont dès lors pas compétentes pour juger l'auteur dont l'extradition est refusée du fait de la nature politique, militaire ou fiscale de l'infraction (EIMP 3)²³ ou lorsque la personne est poursuivie en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité (EIMP 2). Un tel cas de refus peut aussi intervenir lorsque l'infraction n'est pas d'une importance suffisante (EIMP 35 I). A l'inverse, la Suisse est compétente lorsqu'elle refuse l'extradition du fait que la procédure ou le traitement des personnes accusées dans l'Etat requérant (EIMP 2) ne respectent pas les standards reconnus par la Suisse en matière de droits de l'homme. De même, la Suisse est compétente lorsque l'extradition ne peut être accordée du fait que les principes de la spécialité ou de la réciprocité ne sont pas respectés par l'Etat requérant.
- 18 Contrairement à ce que laisse entendre le Conseil fédéral, CP 7 II (a) n'introduit pas une compétence de délégation, ou compétence de représentation pure, ou *stricto sensu* (au contraire de EIMP 85²⁴). Cette disposition autorise dès lors la poursuite de l'auteur en Suisse même si l'Etat requérant l'extradition ne demande pas son jugement à titre subsidiaire à l'extradition²⁵.
- 19 Toute valeur patrimoniale qui se trouve en Suisse peut faire l'objet d'une confiscation si une demande d'extradition est remise à la Suisse et que l'extradition est refusée. C'est là la conséquence de CP 7 II (a) en combinaison avec EIMP 59.

B. La compétence universelle (CP 7 II [b])

1. Considérations générales

- 20 Sur les aspects historiques de la compétence universelle, voir CP 6 N 1-4. La question de savoir dans quelle mesure un Etat peut juger une personne pour une infraction commise à l'étranger par un étranger contre un étranger, alors même que la sécurité de l'Etat n'est

21 Message, FF 1999 1806.

22 BSK Strafrecht I-POMER/LEVANT, Art. 7 N 15. Sur la différence entre principe de remplacement, ou de substitution et principe de délégation, ou de représentation, voir ATF 116 IV 244, c. 3a) et b), JdT 1992 IV 95, SJ 1991 137.

23 Message, FF 1993 1806.

24 Sur le principe de délégation prévu par EIMP 85, voir ZIMMERMANN, N 493 s.

25 CASSANI/ROTTI, 465. Pour ce qui est de LStup 19 (4), voir ATF 116 IV 244, c. 3c), JdT 1992 IV 95, SJ 1991 137.

pas mise en danger²⁶, est une des plus controversées en droit pénal international depuis les années 1990. Cette compétence des Etats est généralement désignée par l'expression «compétence universelle» ou encore «principe de l'universalité».

Certains Etats (notamment la Belgique jusqu'en 2003, l'Espagne actuellement) ont considéré ou considèrent toujours que la coutume internationale a évolué, pour leur permettre – à défaut de les obliger – de poursuivre certains crimes «internationaux» sur la base d'une compétence universelle, cela nonobstant toute convention internationale, voire même parfois en contradiction avec le texte de certaines conventions. 21

2. Le choix du législateur

CP 7 II (b) introduit la seule modification significative du titre premier de aCP. Cette disposition a été remaniée par le Conseil national, sans repasser par l'administration, ce qui crée des problèmes d'interprétation. En effet, la volonté du législateur ne permet pas de circonscrire clairement les crimes qui étaient visés par cette disposition²⁷. CP 7 II (b) prévoit une compétence universelle de la Suisse pour les crimes «particulièrement grave(s) proscri(t)s par la communauté internationale», sans qu'aucune référence soit faite à un lien quelconque avec la Suisse, si ce n'est la présence de l'auteur sur le territoire suisse (CP 7 I (b)). Il faut dès lors déterminer ce qu'il faut entendre par «crime particulièrement grave», par «communauté internationale» et la relation entre ces deux termes («proscrit par»). 22

Tout d'abord, une approche systématique permet d'admettre que CP 7 II (b) introduit une compétence de la Suisse pour les crimes dont la poursuite n'est pas rendue obligatoire par une convention internationale. En effet, les crimes couverts par une telle convention tombent sous CP 6. Par contre, lorsqu'un crime est prévu par une convention internationale mais que la poursuite de ce crime n'est pas rendue obligatoire²⁸, ou lorsque l'Etat du lieu de commission, voire de la nationalité de l'auteur, n'est pas partie à cette Convention, CP 7 peut trouver à s'appliquer. 23

3. Les limites de l'approche normativiste

Certains auteurs ont proposé de suivre la voie normativiste, pour considérer que les crimes prévus par CP 7 II (b) sont les crimes reconnus par la coutume internationale, voire par le *jus cogens*²⁹. Il est vrai que cette démarche trouve une certaine correspondance dans aCPM 109, ainsi que dans la doctrine d'orientation anglo-américaine³⁰. Les crimes d'agression, de génocide, les crimes de guerre commis dans un contexte de guerre interne ou les crimes de torture doivent être considérés comme des actes proscrits par le droit coutumier³¹. 24

Pourtant, tous les crimes reconnus par la coutume internationale n'emportent pas *ipso jure* une compétence universelle coutumière. Ainsi, le crime-type du droit international pénal, reconnu par les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg (TMIN) et de Tokyo (TMIT) est le crime d'agression³², caractérisé par le TMI comme étant «le crime 25

26 Définition «négative de la compétence universelle», telle qu'admise actuellement par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 116 IV 244, c. 3a), IdT 1992 IV 95, SJ 1991 137), ainsi que par la doctrine majoritaire (voir KRESS, *Universal Jurisdiction*, 563 ss, ainsi que IDI, Résolution n° 1).

27 BSK *Strafrecht I-POPE/LEVANTE*, Art. 7 N 16; CASSANI/ROTH, 463 s.

28 Voir CP 6 N 14.

29 CASSANI/ROTH, 467.

30 Voir PRINCETON PRINCIPLES.

31 A noter que la compétence de la Suisse pour les crimes de guerre commis dans des contextes de guerres internes est donnée par CPM 9 et 109.

32 Sur l'interdiction du recours à la force entre les Etats, voir le Traité de 1928 de renonciation à la guerre, RS 0.193.311; voir également les articles 2 § 3 et 33 de la Charte des Nations Unies, RS 0.120.

international suprême, ne différant des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous». Le crime d'agression est défini depuis le 14 décembre 1974 par la Résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations Unies, à laquelle renvoient d'ailleurs les travaux de la commission préparatoire pour la Cour pénale internationale (CPI). Pourtant, on imagine mal un Etat poursuivre, seul, un crime d'agression commis contre un Etat tiers sans que le Conseil de sécurité l'ordonne ou l'autorise. Le lien entre l'universalité du crime et l'universalité de sa répression n'est ainsi pas mécanique.

- 26 Il est aussi difficile d'admettre, du point de vue de la sécurité du droit, de la garantie au juge naturel et du principe d'efficacité, que les tribunaux suisses puissent se déterminer sans autre sur la portée coutumière d'un crime – et *a fortiori* sur leur qualificatif de *jus cogens* – et sur l'universalité de leur répression. Ces questions sont par ailleurs souvent controversées et influencées par la politique internationale. Or la Suisse peut difficilement jouer le rôle de promoteur solitaire du droit international coutumier, alors que la Belgique a renoncé dans une large mesure à le faire depuis 2003.

4. L'approche fonctionnaliste

- 27 L'approche la plus réaliste pour déterminer ce qu'est un crime «particulièrement grave(s) pros crit(s) par la communauté internationale» est probablement celle de suivre les instances internationales autorisées qui s'expriment au nom de la communauté internationale, même si le concept de «communauté internationale» n'est pas défini en droit international. Cela dit, le Conseil de Sécurité, l'Assemblée générale des Nations Unies, le Secrétaire général des Nations Unies sont certainement des instances importantes. Ainsi, les différents Tribunaux internationaux *ad hoc*, tels que le TPIY, le TPIR, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, pour le Timor oriental, pour le Cambodge, ont été constitués – et leurs statuts adoptés – dans le cadre de délibérations de ces instances ou d'accords avec certains de ces organes.
- 28 On peut aussi admettre que la communauté internationale de référence pour la Suisse, dans le domaine du droit pénal international, soit les Etats parties au Statut de la Cour pénale internationale qui se réunissent dans le cadre des Assemblées des Etats Parties. Certes, le Statut de Rome n'est pas une émanation *stricto sensu* des Nations Unies et certains Etats importants, comme les Etats-Unis, la Chine, la Fédération de Russie et l'Inde, ne l'ont pas ratifié. Cependant, en ratifiant le Statut de Rome, la Suisse a choisi d'intégrer la communauté de soutien de la CPI. Il s'agit d'un choix politique sur lequel il ne convient pas de revenir.
- 29 Compte tenu de ce qui précède, il faut entendre par «crime particulièrement grave pros crit par la communauté internationale», tout crime prévu par les statuts des tribunaux internationaux mis sur pied par des instances internationales autorisées ou sur la base d'un accord avec ces instances (principalement le Conseil de Sécurité, mais aussi l'Assemblée générale des Nations Unies ou le Secrétaire général des Nations Unies), ainsi que les crimes prévus par le Statut de la Cour pénale internationale, et dans les conditions prévues par ces Statuts (incluant la responsabilité du supérieur hiérarchique, l'interdiction d'obéir à des ordres illégaux, etc.). Une telle approche a pour mérite de permettre le bon fonctionnement du principe de complémentarité/subsidiarité entre ces instances et les autorités judiciaires suisses et de décharger les tribunaux suisses de déterminer le droit coutumier. Accessoirement, il n'est plus besoin de préciser certaines notions de droit national (par exemple définir ce qu'est un crime particulièrement grave en relation avec CP 9).

5. L'exigence de l'intégration des crimes coutumiers par le législateur

- 30 Les autorités suisses ne peuvent poursuivre, avec l'approche fonctionnaliste, que des crimes qui sont définis *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione loci* par des instruments internationaux, ce qui peut être un peu restrictif. Au cas où les autorités suisses décidaient

de suivre une politique de répression des crimes dits «internationaux», au-delà des Statuts des divers tribunaux pénaux internationaux, jusqu'aux limites du droit coutumier, il faudrait dans ce cas que le législateur suisse ait une position particulièrement claire, tant par rapport au crime que par rapport à l'extension de sa répression. Le législateur a suivi cette démarche en relation avec le crime de génocide (CP 264 II), que la Suisse poursuit sur la base d'une compétence extraterritoriale alors même que la Convention de 1948 prévoit seulement la compétence territoriale, subsidiairement d'un Tribunal international³¹.

On pourrait imaginer que le législateur introduise également les crimes contre l'humanité dans le Code pénal. Ces crimes pourraient alors entrer dans le cadre de CP 7 II (b). Plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies prévoient d'ailleurs que ces crimes doivent donner lieu à une poursuite pénale «où qu'ils aient été commis»³⁴. Certaines autorités, dont sept juges de la Cour internationale de Justice [CIJ] dans des *obiter dicta* du jugement dans l'affaire *Yerodia*³⁵, la Commission du droit international³⁶ et l'Institut de droit international³⁷, se sont également prononcées dans ce sens. Les crimes de guerre commis dans le cadre de conflits internes pourraient également entrer dans cette catégorie de «crimes particulièrement graves proscrits par la communauté internationale» prévus par CP 7 II (b), s'ils ne tombaient pas sous le coup du CPM.

La question est plus controversée s'agissant d'autres crimes, notamment des crimes de torture et des crimes dits de «terrorisme», pour les cas qui ne sont pas couverts par les Conventions internationales auxquelles la Suisse est partie (car, dans ces cas, CP 6 s'applique). Ainsi, un cas de torture commis par un citoyen d'un Etat non partie à la Convention contre la torture, sur le territoire d'un Etat non partie et contre un citoyen d'un Etat non partie, peut-il être de la compétence des autorités suisses sur la base de CP 7 II (b)? Un certain nombre d'autorités se sont exprimées en faveur de la poursuite universelle des crimes de torture. Par exemple, le TPIY a, dans l'affaire *Furundzija*³⁸, affirmé en *obiter dictum*, que l'interdiction universelle de la torture, voire même la nature de *jus cogens* de son interdiction, devait entraîner une poursuite pénale universelle des auteurs d'actes de torture. Le droit pour un Etat d'appliquer sa compétence universelle non conventionnelle à un crime de torture fait l'objet d'un différend devant la CIJ entre la France et la République du Congo³⁹. Pour ce qui est du crime de terrorisme, on signale une Résolution 1606 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptée le 23 juin 2003, laquelle déclare qu'il «(...) incombe au premier lieu aux Etats sur le territoire duquel les violations se sont produites d'engager les poursuites nécessaires et d'intenter un procès à leurs auteurs présumés. S'ils ne le font pas, les Etats tiers ont la responsabilité de le faire. Pour pouvoir s'acquitter de ces responsabilités, ils devraient avoir la possibilité d'exercer une compétence universelle pour tous les crimes internationaux, y compris les crimes terroristes». Cela dit, cette déclaration d'intention bute sur le principal obstacle en relation avec le terrorisme, qui est l'absence d'une définition générale de cette infraction (*nulla jurisdiction sine crimine*).

En résumé, on a de la peine à imaginer que la Suisse puisse poursuivre unilatéralement des infractions sur la base de CP 7 II (b) si ces infractions ne sont pas intégrées expressé-

33 La compétence universelle pour le crime de génocide a été expressément admise en 1996 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires) (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie [Serbie et Monténégro])*, arrêt du 11 juillet 1996, CIJ, Rec. 1996 616 § 31.

34 A/Res. 3074 (XXVIII), 3 décembre 1973, § 1; voir aussi A/Res. 2840 (XXVI) du 18 décembre 1971.

35 Affaire *Mandat d'arrêt* du 11 avril 2000, CIJ, Rec. 2002, op. dis. Oda (implicitement), § 15; op. indiv. KOROMA, § 8-9; op. indiv. HIGGINS, KOOUMANS, BUERGENTHAL, 61-65; op. dis. AL-KHASAWNEH (implicitement), § 7; op. dis. VAN DEN WYNGAERT, § 52-67.

36 CDI, voir article 8 et 9 (§ 7), 28 et 33.

37 IDI, Résolution 3a.

38 TPIY, aff. IT-95-17/1-T, *Furundzija*, 10 décembre 1998, § 153 s.

39 CIJ, affaire *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, en cours.

ment dans le Code pénal (ce qui n'est pas le cas des crimes de torture et de terrorisme). La situation de CP 7 II (b) diffère en effet de celle de CP 6 car, dans ce dernier cas, le défaut d'intégration de certaines infractions peut être suppléé par le fait que des conventions applicables à la Suisse définissent les infractions concernées.

6. La communauté internationale restreinte des Etats parties de conventions internationales

- 34 Des infractions qui sont prévues par des conventions internationales auxquelles la Suisse est partie, mais dont la poursuite n'est pas obligatoire (et dès lors n'est pas appréhendée par CP 6), pourraient entrer dans le cadre de CP 7 II (b). Une telle interprétation peut en effet être admise si l'on considère que la « communauté internationale » appréhendée par CP 7 II (b) est celle des Etats parties aux conventions en question, les « crimes graves » étant précisément ceux décrits et considérés comme tels par les Etats parties aux conventions en question.
- 35 Ainsi, par exemple, la Suisse peut poursuivre sur la base de CP 7 II (b) les apatrides qui ont leur résidence habituelle sur son territoire en cas de prise d'otage (article 5 I [b] de la Convention internationale de 1979 contre la prise d'otages), de financement du terrorisme (article 7 II [d] de la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme), ou en matière de criminalité organisée (article 15 II [b] de la Convention des Nations Unies de 2000 contre la criminalité transnationale organisée), pour autant que le crime ou le délit n'ait pas été commis contre un ressortissant suisse. De même, la Suisse pourrait poursuivre sur la base de CP 7 II (b) toutes les infractions, commises par des non-Suisses contre des non-Suisses, prévues par des conventions qui, selon la formule de la Convention de Tokyo de 1963, « n'écartent aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales » (article 3 III de la Convention de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs; selon la même formule, notamment: article 4 III de la Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs; article 5 III de la Convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile; article 3 III de la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques; article 6 V de la Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif; article 8 III de la Convention de 1979 sur la protection physique des matières nucléaires). Dans tous ces cas, la compétence suisse est donnée sans même qu'une demande d'extradition soit formulée par un Etat tiers (condition posée par CP 7 II [a] mais pas par CP 7 II [b]).
- 36 Reste à savoir si les Etats concernés par l'infraction doivent être Parties à la convention à laquelle il est fait référence⁴⁰. Dans une affaire République du Congo c. France⁴¹, le premier Etat nommé a introduit une instance contre la France devant la Cour internationale de Justice, au motif que la France se serait attribué unilatéralement une compétence universelle en matière pénale. La République du Congo soutient notamment qu'en « s'attribuant une compétence universelle en matière pénale et en s'arrogeant le pouvoir de faire poursuivre et juger le ministre de l'intérieur d'un Etat étranger à raisons de prétendues infractions qu'il aurait commises à l'occasion de l'exercice de ses attributions relatives au maintien de l'ordre public dans son pays », la France aurait violé « le principe selon lequel un Etat ne peut, au mépris de l'égalité souveraine entre tous les Etats membres de l'[ONU] exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre Etat ». Il faut préciser à ce sujet que la France a ratifié la Convention contre la torture, qui prévoit une compétence universelle pour les Etats parties, mais non la République du Congo.

40 Pas clair: ATF 116 IV 244, c. 4a) *in fine*, JdT 1992 IV 95, SJ 1991 137.

41 CIJ, affaire Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France).

7. *Un lien étroit avec la Suisse?*

La question se pose de savoir dans quelle mesure le législateur a voulu introduire à CP 7 II (b) une condition de «lien étroit» entre l'auteur et la Suisse, au même titre que CPM 9 I, au-delà de la simple présence de l'auteur en Suisse prévue à CP 7 I (b). Certains auteurs ont soutenu cette thèse, en faisant notamment référence aux développements récents intervenus en Allemagne⁴². Toutefois, le législateur suisse a manifesté sa volonté en adoptant CP 7 II (b), par opposition à CPM 9 I⁴³. Dès lors, un lien étroit avec la Suisse autre que la présence de l'auteur n'est pas requis. Le critère du «lien étroit» n'est d'ailleurs pas prévu par la Convention de 1948 contre le génocide, ni d'ailleurs par les quatre Conventions de Genève. Cette condition créerait dès lors une contradiction entre le droit suisse et ces instruments de droit international. Cela dit, les autorités suisses doivent garder une certaine liberté d'appréciation pour envoyer un auteur en jugement en Suisse sur la base de CP 7 II (b), notamment si un auteur peut être plus efficacement jugé par d'autres juridictions⁴⁴. La tendance des conventions les plus récentes est d'ailleurs précisément d'ériger en impératif la consultation entre Etats pour déterminer celui qui est le plus à même de poursuivre une infraction (voir article 15 V de la Convention des Nations Unies de 2000 contre la criminalité transnationale organisée). Selon le Tribunal fédéral lui-même, il est conforme au système prévu par le législateur et au but des conventions internationales de ne pas contraindre le juge suisse à accepter sa compétence avant de connaître l'avis de l'Etat étranger sur le territoire duquel les infractions ont été perpétrées. S'il n'est pas possible de l'obtenir dans un délai raisonnable compte tenu des impératifs de la procédure pénale, alors seulement le juge suisse devra reconnaître sa compétence⁴⁵. Une telle exigence permet notamment de limiter les problèmes de jugements cumulatifs, sans compter qu'une procédure qui se conclut par un défaut de preuve à charge doit aboutir à un acquittement, ce qui n'est pas forcément le but recherché, y compris par les partisans de la compétence universelle.

8. *La demande d'extradition d'un auteur qui se trouve à l'étranger*

Certains auteurs⁴⁶ considèrent que la Suisse ne peut pas demander l'extradition d'un auteur qui se trouve à l'étranger pour qu'il soit jugé en Suisse sur la base de CP 7 II (b), au contraire d'auteurs d'infractions commises par des Suisses ou contre des Suisses (CP 7 I). Cette distinction ne découle cependant pas de la loi. Dès lors, si les autorités suisses disposent d'un dossier suffisamment solide à l'encontre de l'auteur d'un crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale (par exemple parce que les preuves ou les victimes se trouvent en Suisse), et que l'opportunité le commande, la Suisse peut demander l'extradition de l'auteur⁴⁷. On peut même envisager des situations où l'opportunité politique commande une telle demande d'extradition, par exemple si le Secrétaire général des Nations Unies ou des Etats interviennent pour que la Suisse poursuive un auteur⁴⁸. Il faut cependant admettre, que ces cas devraient être rares et que la Suisse aura rarement un intérêt pratique à demander l'extradition de personnes qui se trouvent à l'étranger pour les juger sur la base de CP 7 II (b). En tous les cas, un auteur qui se trouve à l'étranger et qui n'est pas remis aux autorités suisses ne pourra pas être jugé par défaut en Suisse.

42 EICKER, 315 s.

43 VEST, RPS 2005, 321, EICKER, 315.

44 IDI, Résolution 3d.

45 ATF 116 IV 244, c. 4b), JdT 1992 IV 95, SJ 1991 137.

46 EICKER, 309-310.

47 IDI Résolution n° 3b et commentaire de KRESS, 576-579.

48 Voir notamment l'affaire Lockerbie, qui a vu les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, d'une part, et la Libye, d'autre part, passer un accord pour faire juger aux Pays-Bas, par un tribunal écossais et selon la loi écossaise les auteurs présumés de l'attentat à la bombe qui avait détruit en vol un avion sur le territoire écossais. Sur cette affaire, voir SHUBERT; LE MONDE, 28 août 1998; 30/31 août 1998; 7 avril 1999.