

État de droit et confiscation internationale : Quels enjeux pour l'État helvétique ?

Sandrine Giroud

- I. Introduction**
- II. La théorie de l'État de droit**
- III. L'État de droit helvétique**
- IV. Exercice appliqué de l'État de droit helvétique :
L'affaire *Duvalier***
- V. État de droit helvétique et confiscation internationale :
Regards croisés**
- VI. Conclusion**

I. Introduction

Simplement dit, l'état de droit est une situation dans laquelle chacun est soumis au respect du droit.

Avant tout un modèle théorique, l'état de droit est devenu depuis quelques décennies un véritable thème politique puisque cette notion est aujourd'hui considérée comme le principal signe distinctif des régimes démocratiques. Ainsi, lorsqu'un État est caractérisé par un état de droit, ce concept se pare alors d'une majuscule. Érigé en véritable dogme, l'État de droit est dorénavant posé comme un postulat ou un axiome dont la validité n'appelle nulle démonstration.¹

En pratique, cependant, l'application des principes sous-tendant la notion d'État de droit, ultimes remparts contre l'utilisation abusive de la puissance publique, n'est pas évidente. L'actualité est en effet

¹ JACQUES CHEVALLIER, *L'État de droit*, 4^e éd., Paris 2003, p. 9.

riche en situations qui mettent à mal le respect de ce concept et montrent sa difficile mise en balance avec d'autres intérêts tels la raison d'État. Les récentes affaires *Tinner*, *UBS* et *Kadhafi* qui ont suscité beaucoup d'émois publics n'en sont que quelques exemples.² Pour leur part, les cas de confiscation internationale, qu'ils soient le résultat d'une requête d'entraide judiciaire de la part d'un État étranger, d'une décision en matière de politique extérieure du Conseil fédéral ou d'une sanction internationale imposée par l'Organisation des Nations Unies (ONU), sont également autant d'affaires dans lesquelles la question du respect de l'État de droit se pose.

Au travers des regards croisés de ses contributeurs, le présent ouvrage a pour but d'examiner les problématiques liées à la confiscation internationale à l'aune des principes de l'État de droit. À titre préliminaire, cette première contribution se propose de cadrer la discussion en analysant d'abord le concept d'État de droit (*infra* II) ainsi que les contours de l'État de droit helvétique (*infra* III), avant d'en appliquer les principes à l'affaire *Duvalier* et au Projet de loi sur la restitution des avoirs illicites (P-LRAI),³ ultime rebondissement de cette affaire (*infra* IV). Cette analyse, loin de marquer un point final au débat, sera l'occasion de passer la plume aux auteurs qui nous ont fait l'honneur de participer à cet ouvrage (*infra* V).

² Dans l'affaire *Tinner*, le Conseil fédéral, confronté à une affaire de livraison soupçonnée de matériel nucléaire à la Libye, a choisi de détruire, en secret, les pièces à conviction y relatives, invoquant des raisons de sécurité publique. Dans l'affaire *UBS*, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), avec l'aval du Conseil fédéral, a transmis au fisc américain les données de 285 clients américains d'UBS, ce en dépit d'une demande d'entraide administrative pendante auprès de l'office compétent qui aurait dû suspendre le transfert de ces données jusqu'à droit connu. Enfin, l'affaire *Kadhafi* a vu la signature d'un premier accord entre la Suisse et la Libye soumettant à une procédure arbitrale l'examen du comportement de la police cantonale genevoise dans le cadre de l'arrestation d'Hannibal Kadhafi, outrepassant ainsi la compétence des tribunaux étatiques genevois.

³ Projet de loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (Loi sur la restitution des avoirs illicites, P-LRAI), FF 2010 3041. Voir Annexes I à IV du présent ouvrage pour le texte intégral.

II. La théorie de l'État de droit

Le concept d'État de droit est conçu progressivement en Allemagne au XIX^e siècle comme un type particulier d'État soumis à un régime de droit : le *Rechtsstaat*. L'exercice de la puissance publique ne peut ainsi se faire que dans les limites du droit et les individus disposent des voies de droit nécessaires contre les abus potentiels.⁴

Ce concept trouve ses racines historiques dans la pensée libérale qui s'est développée en réaction au pouvoir royal absolu avec, en arrière-plan, le but d'ouvrir l'État à la bourgeoisie.⁵ L'idée centrale visait à soumettre le pouvoir exécutif et son administration au respect de la légalité par le biais des principes de la suprématie et de la réserve de la loi, du contrôle judiciaire des actes administratifs et de la responsabilité de l'État.⁶ Au XIX^e siècle, le concept d'État de droit est essentiellement caractérisé par des aspects formels : légalité des actes de l'administration, séparation des pouvoirs et indépendance des tribunaux.⁷ Le *Rechtsstaat* est ainsi davantage un mode d'action, celui d'un État qui, assujéti à des normes juridiques, vise la légalité formelle de ses actes.

Cette conception formelle de l'État de droit a été portée à son paroxysme par Kelsen qui l'a redéfinie en identifiant État de droit et ordre juridique. Le *Rechtsstaat* devient alors un État dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée, chaque norme tirant sa validité de sa conformité aux normes supérieures dont la plus haute est une norme hypothétique fondamentale, dite *Grundnorm*.

L'expérience des régimes totalitaires du XX^e siècle a toutefois montré que l'existence d'un ordre juridique formel n'est pas suffisante pour que l'on puisse parler d'État de droit. Pour reprendre les termes de CHEVALLIER, « l'État de droit ne peut être l'État *de n'importe*

⁴ CHEVALLIER, *op. cit.* (n. 1), p. 14.

⁵ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Les droits fondamentaux, 2^e éd., Berne 2006, p. 469.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

quel droit. »⁸ Ainsi, après la chute des régimes fasciste et national-socialiste, le concept d'État de droit a fait l'objet d'une *réinterprétation* pour prendre une dimension substantielle – ou matérielle –, « renvo[yant] désormais très explicitement à la démocratie libérale et aux droits de l'homme. »⁹ La nouvelle conception de l'État de droit, au-delà de sa dimension formelle, a dès lors requis l'adhésion à un certain nombre de principes et de valeurs. Ceux-ci exigent en particulier, d'une part, la présence de certaines caractéristiques répondant à un impératif de sécurité juridique et, d'autre part, la reconnaissance de droits fondamentaux devant faire l'objet de mécanismes de protection appropriés.¹⁰

La seconde partie du XX^e siècle a vu le concept d'État de droit arriver sur le devant de la scène politique. Ce concept est devenu un standard auquel tout État doit aujourd'hui se référer et son invocation est indissociable tant de la logique démocratique que de la juridicisation des rapports sociaux.¹¹ Parallèlement à sa politisation, l'État de droit, forgé dans les cadres juridiques nationaux pour justifier des avancées en matière de droit constitutionnel, s'est internationalisé dès la fin de la guerre froide. Ce développement a soulevé de nouvelles questions sur la transposition de ce concept en droit international public, sans qu'il soit pour l'heure possible d'y apporter de réponses claires.¹²

En l'absence d'une définition internationalement reconnue, il semble exister un consensus permettant de retenir les principes suivants en tant que composants fondamentaux du concept d'État de droit compris dans son acception actuelle : (1) la primauté de la Constitution,

⁸ CHEVALLIER, *op. cit.* (n. 1), p. 92.

⁹ *Id.*, p. 95.

¹⁰ *Id.*, p. 100 s.

¹¹ JACQUES CHEVALLIER, *Les aspects idéologiques de l'État de droit*, in : Société Française pour le Droit International (édit.), *L'État de droit en droit international*, Paris 2009, p. 69 ss, p. 75.

¹² OLIVIER CORTEN, *Rapport général l'État de droit en droit international : quelle valeur juridique ajoutée ?*, in : Société Française pour le Droit International (édit.), *L'État de droit en droit international*, Paris 2009, p. 11 ss, p. 12.

la hiérarchie des normes et la cohérence du système juridique ; (2) le principe de la légalité ; (3) l'égalité devant la loi ; (4) la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire ; (5) l'indépendance et l'impartialité du judiciaire ; (6) le respect des droits humains fondamentaux ; (7) la sécurité juridique.

III. L'État de droit helvétique

L'État helvétique se veut un État de droit, fédéral, libéral, démocratique et social.¹³ Ces valeurs fondamentales, sans être des normes juridiques en tant que telles, sont des principes directeurs de l'ordre constitutionnel suisse.¹⁴ Notons que le concept d'État de droit ne semble toutefois pas avoir joué de rôle déterminant dans la doctrine constitutionnelle suisse. Absent des Constitutions fédérales de 1848 et de 1874, il n'apparaît dans la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'à partir des années 1960.¹⁵ Il reste que la Suisse est incontestablement marquée par ce concept comme le relève le Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale de 1999 :

« La Confédération n'est pas uniquement une entité puissante qui produit des règles juridiques ; elle est elle-même soumise au respect du droit. Le droit et l'équité sont des préalables à l'action de l'État. Tout acte étatique présuppose une base juridique. Dans un État de droit, le droit constitue lui-même une limite à l'action de l'État. Le fait que l'action de l'État soit soumise au droit se manifeste de deux manières : tout d'abord, au sens formel, les prescriptions en matière de compétence et de procédure doivent évidemment toujours être respectées, et notamment en ce qui concerne la procédure législative. Ensuite, les organes de l'État doivent respecter les impératifs fondamentaux de justice matérielle, tels qu'ils découlent des droits fondamentaux. Ces impératifs fondamentaux s'inscrivent toujours davantage au niveau international (droit international contraignant). La Suisse est incontestablement

¹³ Message du 20 novembre 1996 (MCF nouvelle Constitution fédérale), FF 1997 I 14.

¹⁴ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^e éd., Zurich 2008, N. 168.

¹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* (n. 5), p. 470.

blement en ce sens un État de droit, comme l'attestent du reste de nombreuses dispositions de la constitution fédérale, même s'il faut admettre que le texte de la constitution actuelle [de 1874] ne mentionne pas certaines caractéristiques importantes de l'État de droit (libertés non écrites et garanties de procédure), et si, en outre, l'absence d'une juridiction constitutionnelle spécifique au niveau fédéral se fait toujours plus sentir. »¹⁶

L'article 5 de la Constitution du 18 avril 1999 (Cst.)¹⁷ donne au concept d'État de droit un rang constitutionnel et énumère les principes de l'activité de l'État telle que régie par le droit. Cette disposition établit les principes de légalité (al. 1), d'intérêt public et de proportionnalité (al. 2), de bonne foi (al. 3) et de primauté du droit international (al. 4). D'autres composantes de l'État de droit se trouvent inscrites ailleurs dans la Constitution. Ainsi, le Titre 5 portant sur les autorités fédérales établit le principe de la séparation des pouvoirs. L'article 191c Cst. consacre l'indépendance des autorités judiciaires qui, dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, ne sont soumises qu'à la loi. L'article 29a Cst. quant à lui concrétise la garantie constitutionnelle de l'accès au juge. Comme le relèvent toutefois AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, « [l]a définition de l'État de droit en fonction du respect des seuls principes énumérés à l'art. 5 Cst. est *incomplète*. La garantie des droits fondamentaux, avec tout ce qu'elle comporte comme obligations et comme engagements au plan à la fois institutionnel et normatif, en fait partie intégrante. »¹⁸ Ainsi, l'État de droit formel (*formeller Rechtsstaat*) est complété par l'État de droit substantiel (*materieller Rechtsstaat*).¹⁹

Il est toutefois important de relever que les garanties constitutionnelles précitées ne couvrent pas tous les actes de l'État. En effet, le principe de la légalité, ainsi que le contrôle de son respect par le juge

¹⁶ MCF nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 14 s.

¹⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).

¹⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* (n. 5), p. 472.

¹⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, *op. cit.* (n. 14), N. 174.

souffrent d'une exception, celle des actes de gouvernement.²⁰ Ces actes ont pour point commun qu'ils sont purement politiques, octroyant une marge d'appréciation totale à leur auteur quant à l'opportunité de l'action à entreprendre ou à omettre.²¹ En droit suisse, la notion d'actes de gouvernement reste cependant vague. D'une manière générale, elle couvre les décisions prises en matière de politique étrangère ou dans l'intérêt de la sécurité intérieure ou extérieure du pays.²² Les mesures prises par le Conseil fédéral dans les relations avec l'étranger au titre de l'article 184 al. 3 Cst. entrent notamment dans cette catégorie, dont font également partie les nombreuses décisions en matière de blocage et de confiscation d'avoirs de potentats.²³ Si les actes de gouvernement ne sont en principe pas susceptibles de faire l'objet d'un recours devant les juridictions fédérales et, partant, dérogent aux principes de l'État de droit, ils restent néanmoins soumis au droit international dont le droit d'accès au juge tel qu'il résulte de l'article 6 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).²⁴ En dépit de ces garanties fondamentales, la nature essentiellement politique des actes de gouvernement conduit généralement le juge à reconnaître aux autorités exécutives compétentes un très grand pouvoir d'appréciation en la matière et, par là même, à restreindre sa compétence.²⁵

²⁰ Notons que le système juridique suisse comporte une autre exception au principe de la légalité puisqu'il ne prévoit pas le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge.

²¹ BLAISE KNAPP, *La légalité des actes de gouvernements*, in : Charles-Albert Morand (édit.), *La légalité : un principe à géométrie variable*, p. 57 ss, p. 58.

²² Cette notion découle des compétences imparties au Conseil fédéral en vertu de la Constitution fédérale, mais également des dispositions régissant le recours au Tribunal administratif fédéral et du recours en matière public au Tribunal fédéral. Cf. JÉRÔME CANDRIAN, *La question du recours au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral dans les affaires extérieures*, in : Bernhard Ehrenzeller/Rainer Schweizer (édit.), *Le Tribunal administratif fédéral : Statut et missions*, St-Gall 2008, p. 323 ss, p. 325.

²³ Notamment dans les affaires *Marcos*, *Mobutu* et *Duvalier*.

²⁴ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101).

²⁵ CANDRIAN, *op. cit.* (n. 22), p. 357.

Il s'avère ainsi que, sous réserve du cas des actes de gouvernement, l'État de droit helvétique se fonde largement sur les principes communément admis décrits ci-avant. Toutefois, l'application de ces principes à des cas exceptionnels peut être source de difficultés comme l'illustre l'affaire *Duvalier* et ses conséquences législatives.

IV. Exercice appliqué de l'État de droit helvétique : L'affaire *Duvalier*

Dans l'affaire *Duvalier*, il aura fallu pas moins de cinq décisions du Conseil fédéral, reposant sur le seul article 184 al. 3 Cst. susmentionné, pour maintenir pendant presque 25 ans le blocage des fonds appartenant au clan Duvalier sans pour autant que ceux-ci fassent l'objet d'une confiscation et d'une restitution à Haïti. En outre, insatisfait de la décision du Tribunal fédéral du 12 janvier 2010 qui tranchait définitivement l'affaire en faveur d'une levée du blocage des fonds et leur restitution au clan Duvalier, le Conseil fédéral a tenté de pallier cet état de fait nuisible à l'image de la Suisse et de sa place financière en recourant à nouveau à l'article 184 al. 3 Cst. et en soumettant au Parlement, le 28 avril 2010, un Projet de loi sur la restitution des avoirs illicites (P-LRAI), déjà baptisé *Lex Duvalier*.

Tant les actes du Conseil fédéral et de l'administration fédérale dans cette affaire que la *Lex Duvalier* pose la question du respect des principes de l'État de droit helvétique.

A. L'affaire *Duvalier* et la *Lex Duvalier*

Succédant en 1971 à son père à la tête de l'État haïtien, Jean-Claude Duvalier, mieux connu sous le nom de « Baby Doc », resta au pouvoir jusqu'en 1986. Sous sa présidence, Haïti fut le lieu de nombreux crimes et violations des droits de l'homme : arrestations arbitraires, torture, disparitions forcées, exécutions extrajudiciaires, etc.²⁶ À cela

²⁶ Cf. AMNESTY INTERNATIONAL, *Haïti : Les visages de la Répression*, Paris 1985 ; COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Rapports annuels : 1971-1987* ; PATRICK LEMOINE, *Fort-Dimanche, Fort-La-Mort*, New York 2006.

s'ajoutèrent des détournements massifs de biens publics.²⁷ Afin de recouvrer les avoirs disparus, le nouveau gouvernement haïtien, dès 1986, demanda à la Suisse l'entraide judiciaire. Après avoir identifié plusieurs comptes bancaires de la famille Duvalier dans les cantons de Vaud, Zurich et Genève, le Conseil fédéral transmit l'affaire aux cantons respectifs qui donnèrent l'ordre aux banques de bloquer les fonds. Un montant d'environ 7,5 millions de francs suisses fut ainsi bloqué à titre provisoire en vertu de l'article 18 de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP).²⁸

Durant plus d'une décennie, l'affaire n'avança pas, notamment du fait des graves dysfonctionnements internes que connut Haïti dans les années 1990. En 2002, l'Office fédéral de la justice décida que les garanties reçues de la part d'Haïti n'étaient pas suffisantes pour assurer aux personnes poursuivies le respect des principes de procédure fixés par la CEDH et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques,²⁹ condition posée par la Suisse à l'octroi de l'entraide judiciaire.³⁰ De plus, l'Office fédéral de la justice constata que les infractions alléguées étaient prescrites au sens du droit suisse et décida la levée de la saisie des fonds. Le Conseil fédéral ordonna alors un premier blocage de ces avoirs sur la base de l'article 184 al. 3 Cst. afin de permettre au Département fédéral des affaires étrangères de trouver une solution transactionnelle.³¹ Faute de volonté de la part du clan Duvalier de transiger, le Conseil fédéral décida de prolonger la mesure de blocage par décisions des 3 juin 2005, 1^{er} juin 2007 et 22 août 2007.³² Cette dernière décision fit l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral qui donna lieu à un

²⁷ Rapport de la Banque de la République d'Haïti du 15 janvier 1987.

²⁸ Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP, RS 351.1).

²⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II, RS 0.103.2).

³⁰ Article 2 EIMP.

³¹ Communiqué de presse du DFAE du 14 juin 2002.

³² PIERRE-YVES MORIER, *Is Autonomous Confiscation the Acme of Asset Recovery?*, in : Mark Pieth (édit.), *Recovering Stolen Assets*, Berne 2008, p. 267 ss, p. 267.

arrêt³³ se limitant toutefois à la question de la recevabilité de la cause puisqu'il devint par la suite sans objet consécutivement à la décision du 2 juillet 2008 de l'Office fédéral de la justice de procéder au blocage des fonds dans le cadre d'une nouvelle procédure d'entraide judiciaire déposée par Haïti en mai 2008. Dans le même temps, l'Office fédéral de la justice invita les détenteurs des comptes à prouver, pour la fin septembre 2008, que ces avoirs n'étaient pas d'origine délictueuse, à défaut de quoi les fonds seraient confisqués et restitués à Haïti. Notons qu'en parallèle de cette nouvelle procédure d'entraide, le juge genevois saisi de la procédure d'entraide judiciaire de 1986 la déclara définitivement irrecevable du fait de la prescription des crimes allégués.

Occupé à traiter la nouvelle requête d'entraide d'Haïti, l'Office fédéral de la justice considéra, en date du 11 février 2009, que la preuve de l'origine licite des fonds n'avait pas été faite et ordonna le transfert des fonds au bénéfice d'Haïti. La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral confirma cette décision par arrêt du 12 août 2009.³⁴ Toutefois, le 12 janvier 2010, le Tribunal fédéral annula cette décision.³⁵ En bref, le Tribunal fédéral considéra qu'en l'absence d'un traité entre Haïti et la Suisse, l'entraide judiciaire était régie par le droit suisse prévoyant notamment que l'entraide ne peut pas être accordée lorsque les infractions commises à l'étranger sont prescrites au sens du droit suisse. Or, le clan Duvalier se voyait reprocher la mise sur pied d'une organisation criminelle, infraction se prescrivant en droit suisse par quinze ans. Ces agissements ayant pris fin en 1986, à la chute du régime, l'infraction était ainsi devenue prescrite en 2001. Le Tribunal fédéral releva que cet état de fait avait déjà conduit en 2002 au rejet de la demande de remise des fonds par l'Office fédéral de la justice. La requête déposée en 2008 était par conséquent irrecevable, de sorte que le transfert des fonds à Haïti

³³ ATAF C-7589/2007 du 14 mars 2008 et décision C-7589/2007 du 17 juillet 2008 du TAF.

³⁴ ATPF du 12 août 2009 RR.2009.94.

³⁵ Arrêt 1C.374/2009 du 12 janvier 2010.

n'était pas possible sur la base du droit de l'entraide judiciaire en vigueur.³⁶

Ce même 12 janvier 2010, le Conseil fédéral décida toutefois de maintenir le blocage sur les fonds Duvalier. En parallèle, il accéléra la rédaction d'un Projet de loi sur la restitution des avoirs illicites (P-LRAI), initié en 2009, dans le but annoncé de l'appliquer au cas *Duvalier*. Le P-LRAI vise ainsi à régler les modalités du blocage, de la confiscation et de la restitution des valeurs patrimoniales des potentats, ou de leur entourage, lorsqu'une demande d'entraide ne peut aboutir en raison de la situation défailante de l'État requérant. Ainsi, le 28 avril 2010, le Conseil fédéral annonça soumettre au Parlement le projet de loi pour débat lors de la session d'été 2010 du Conseil des États, avant sa soumission au Conseil national en automne 2010.

En sus de la procédure d'entraide interétatique, il faut encore relever la procédure initiée par deux particuliers visant également les biens de Jean-Claude Duvalier en Suisse.³⁷ Leurs prétentions se fondent sur un jugement américain leur allouant un dédommagement suite, entre autres, aux actes de torture dont ils ont fait l'objet.³⁸ Tant le gouvernement que les instances judiciaires suisses ont pour l'heure ignoré cette procédure se bornant à considérer la question de la restitution des fonds comme un problème relevant de la compétence des États à l'exclusion de tout particulier.

B. Entorses au principe de l'État de droit

Les faits exposés laissent apparaître différentes entorses au concept d'État de droit et aux principes fondamentaux qui le sous-tendent.

³⁶ Communiqué de presse du Tribunal fédéral du 3 février 2010, disponible à l'adresse électronique : http://www.bger.ch/it/vermoegenswerte_duvaliers_1c_374_2009_d.pdf (13 juin 2010).

³⁷ Arrêt *Juste c. Fondation Brouilly et Duvalier* ACJC/1521/2007 du 13 décembre 2007 de la Cour de justice de Genève, SJ 2008 I p. 369 ss.

³⁸ Voir MARC HENZELIN, *Le dédommagement des victimes étrangères dans le cadre d'une procédure suisse d'entraide internationale en matière pénale v. la restitution des avoirs à l'étranger*, p. 147 ss du présent ouvrage.

Tout d'abord, le blocage des fonds Duvalier soulève la question du respect du principe de la légalité. Les différents blocages ordonnés par le Conseil fédéral depuis 2002 se fondent en effet sur l'article 184 al. 3 Cst. Or, cette disposition vise avant tout la sauvegarde des intérêts de la Suisse et n'autorise que des mesures limitées dans le temps. On ne saurait en déduire une base légale explicite permettant un blocage d'une durée indéterminée. De plus, on peut s'interroger quant au respect de la garantie de la propriété et du principe de proportionnalité dans la mesure où un blocage d'une durée de presque 25 ans s'apparente dans les faits à une expropriation.³⁹

Deuxièmement, en ce qu'elle vient empêcher la mise en œuvre d'une décision prise par le Tribunal fédéral, la décision du Conseil fédéral du 12 janvier 2010, sous couvert de ses prérogatives en matière d'actes de gouvernement, de bloquer à nouveau les fonds Duvalier contrevient au principe de la séparation des pouvoirs. La décision du Tribunal administratif fédéral sur le recours intenté à l'encontre de cette décision par la fondation détenant les avoirs Duvalier promet d'intéressantes considérations concernant la compatibilité de la décision du Conseil fédéral avec les principes de l'État de droit.

Troisièmement, le fait que les autorités fédérales ignorent un jugement américain octroyant un dédommagement à des victimes de torture, alors que les conditions de sa reconnaissance et de son exécution en Suisse sont remplies, remet en question le principe d'égalité devant la loi, ainsi que le droit fondamental des victimes à obtenir réparation tel que reconnu en droit international.⁴⁰

³⁹ SANDRINE GIROUD-ROTH/LAURENT MOREILLON, *Restitution spontanée de fonds bloqués à des États défailants : les cas Duvalier et Mobutu*, PJA 2009, p. 275 ss, p. 282 ss.

⁴⁰ Cf. article 8 Pacte ONU II ; article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS 0.105) ; article 13 CEDH ; articles 68 al. 3 et 75 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Statut de Rome, RS 0.312.1) ; articles 35 et 57 al. 3 let. c de la Convention de l'ONU contre la corruption (CNUCC, RS 0.311.56) ; Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit interna-

Enfin, s'il est vrai que le P-LRAI vient raffermir les fondements de l'État de droit en inscrivant dans une loi la compétence de la Suisse en matière de blocage et de confiscation des avoirs de potentats – mettant ainsi fin aux critiques relatives au recours à l'article 184 al. 3 Cst. –, ce projet de loi, dans sa forme actuelle, suscite néanmoins de sérieux doutes quant à sa conformité avec les principes de l'État de droit. En effet, en prévoyant en son article 14 l'application rétroactive de la nouvelle loi aux valeurs patrimoniales bloquées lors de son entrée en vigueur – dans le but proclamé de permettre une nouvelle procédure de confiscation des fonds Duvalier –, le P-LRAI contrevient tant au principe de la légalité qu'au principe de sécurité et prévisibilité de la loi. De plus, l'article 7 P-LRAI exclut le droit des victimes de potentats à participer à la procédure ainsi que leur droit à obtenir dédommagement. Or, comme relevé plus haut, ces droits sont reconnus par le droit international ainsi que par nombre d'instruments internationaux ratifiés par la Suisse.⁴¹ En cela, le P-LRAI viole la dimension substantielle de l'État de droit, telle qu'établie à l'article 5 al. 4 Cst., et fait fi des droits fondamentaux des victimes.

Ainsi, même si le but du Conseil fédéral de lutter contre les avoirs illicites ne peut que récolter les louanges de toute part, force est de constater que les moyens utilisés dans l'affaire *Duvalier* apparaissent incompatibles avec les exigences d'un État de droit.

tional humanitaire (Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU 60/147 du 21 mars 2006) ; Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoirs (Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU 40/34 du 29 novembre). Cf. THEO VAN BOVEN, *Victim's Rights to a Remedy and Reparation: The New United Nations Principles and Guidelines*, in : Carla Ferstman/Mariana Goetz/Alan Stephens (edit.), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden/Boston 2009, p. 19 ss.

⁴¹ *Ibid.* En particulier les articles 35 et 57 al. 3 let. c CNUCC.

V. État de droit helvétique et confiscation internationale : Regards croisés

Confronté à une criminalité aussi imaginative que le permet l'esprit humain, la confiscation internationale est devenue un instrument majeur de la lutte contre le produit du crime. Son utilisation entre parfois en conflit avec le respect des principes de l'État de droit, comme l'a montré l'exemple précédent. Au vu des intérêts en jeu, l'État peut en effet se laisser aller à exercer sa puissance publique au-delà des limites du droit pour mettre fin à des situations que la morale ne saurait admettre. La ligne entre droit et non-droit apparaît ainsi souvent très fine.

Dans ce contexte, le présent ouvrage propose d'apporter sa pierre à l'édification d'une doctrine utile à la détermination des limites de cet exercice d'équilibriste. Parfois complémentaires, parfois opposés, les regards qui se croisent dans cet ouvrage ont ainsi pour ambition de susciter un débat quant aux limites de l'État de droit helvétique dans son utilisation de la confiscation internationale.

Face à cet instrument puissant qu'est la confiscation internationale, BERNARD BERTOSSA met en évidence l'importance capitale du respect de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la justice vis-à-vis de l'exécutif. S'attaquer à la fortune des criminels internationaux, parmi lesquels celle des dignitaires étrangers, peut donner lieu à des conflits entre l'exécutif et le judiciaire et ébranler par là les principes de l'État de droit. L'indépendance de la justice apparaît alors comme unique défense à d'éventuelles entorses de l'exécutif à l'application systématique et légitime de la confiscation des avoirs d'origine criminelle.

LAURENT MOREILLON, ALAIN MACALUSO et MIRIAM MAZOU analysent quant à eux la problématique de la confiscation et de la restitution d'avoirs spoliés sous l'angle du respect du principe de la légalité et des droits fondamentaux, tels qu'établis par le droit international, le droit régional et le droit suisse. Relevant l'importance de la restitution d'avoirs spoliés dans les programmes de lutte contre la corruption et de développement international, leur contribution rappelle

cependant que cette action doit s'inscrire dans le respect des principes de l'État de droit, véritable rempart à l'arbitraire.

ALVARO BORGHI aborde lui le concept d'État de droit dans sa dimension internationale en s'attardant sur la question du blocage de biens à titre de sanction internationale. Illustrée par la jurisprudence récente en la matière, l'auteur montre que l'établissement de listes, par des comités *ad hoc* composés de représentants étatiques, de personnes privées de la faculté de leurs biens pour une durée indéterminées et la mise en œuvre de ces listes par des tribunaux nationaux donnent parfois lieu à des résultats choquants. Se posent alors les questions de la validité de la hiérarchie des normes et du respect des droits fondamentaux, en particulier ceux de la défense.

S'appuyant sur leurs expériences dans les affaires *Duvalier* et *Abacha*, ENRICO MONFRINI et YVES KLEIN examinent l'application de la notion d'organisation criminelle au phénomène de kleptocratie et son impact sur les droits procéduraux et de fond de l'État spolié. Cette théorie, établie par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pose la question du respect du principe de la légalité. Les auteurs défendent la thèse que, dans le contexte d'une criminalité pénale transfrontière toujours en mouvement, cet outil est nécessaire à la réalisation de la justice.

Partant des affaires *Duvalier* et *Mobutu*, MARC HENZELIN soulève la question du dédommagement des victimes étrangères dans le cadre d'une procédure suisse d'entraide internationale en matière pénale. Sa contribution expose les évolutions du droit international des victimes d'infractions pénales et relève que les droits des victimes à participer aux procédures pénales et à obtenir réparation sont de véritables droits de l'homme. L'État de droit helvétique est ainsi évalué dans sa dimension substantielle et son respect des droits fondamentaux.

S'adonnant à un exercice prospectif, MARK PIETH et MARNIE DANNACHER examinent laquelle de la confiscation pénale ou de la confiscation administrative concilie au mieux les exigences de l'État de droit et celles de la lutte contre la kleptocratie. Favorisant la voie

pénale, les auteurs demeurent cependant ouverts à une voie administrative, pour autant qu'elle respecte les principes de l'État de droit.

Également dans une perspective prospective, ROBERT ZIMMERMANN analyse en profondeur les questions procédurales liées à la confiscation internationale. Constatant la lacune de la législation suisse en matière de restitution à un État spolié dans les cas où celui-ci n'est pas en mesure de requérir l'entraide judiciaire de la Suisse, cette contribution préconise la voie pénale et la compétence du juge pénal en matière de confiscation, doublées d'une législation complémentaire prévoyant la restitution de l'argent confisqué à l'État spolié.

Enfin, ÉTIENNE GRISEL apporte un regard critique sur le P-LRAI. Replaçant le Projet de loi dans son contexte historique et politique, il le confronte aux garanties constitutionnelles fédérales de l'État de droit pour en dresser un bilan pessimiste. À sons sens, le P-LRAI est davantage un geste symbolique, dépourvu de la portée pratique qui aurait pu justifier les entorses faites à la Constitution et à la CEDH.

VI. Conclusion

Les considérations qui précèdent illustrent l'exercice difficile et quasi acrobatique auquel doit se livrer le gouvernement suisse en sa qualité de représentant de l'État helvétique lorsqu'il recourt à la confiscation internationale. Il n'empêche que la difficulté de la tâche n'absout nullement la Suisse de ses obligations en tant qu'État de droit.

Qu'il s'agisse de sanctions internationales ordonnées par des instances supranationales pour lutter contre le terrorisme ou de lutte contre la corruption et la kleptocratie, les buts sont toujours nobles. Dans un tel contexte, il est tentant de conclure que la fin justifie les moyens. Toutefois, comme le fait remarquer Camus dans la citation placée en épigraphe de cet ouvrage, il reste alors la question de savoir ce qui justifie la fin. Et le même philosophe de conclure : les moyens.

En effet, seule la légitimité des moyens utilisés est à même d'éviter l'arbitraire de la puissance publique. Bienvenue dans un cas, celle-ci peut s'avérer malvenue dans un autre. Dès lors, dans son utilisation de la confiscation internationale, on ne peut qu'encourager le gou-

vernement suisse à s'employer à un exercice appliqué de l'État de droit helvétique en s'aidant de la doctrine pertinente en la matière et des voix critiques qui la composent.

**État de droit
et
confiscation internationale**

édité par

SANDRINE GIROUD

ALVARO BORGHI

Editions interuniversitaires suisses – Edis

2010

Table des matières

<i>Liste des auteurs</i>	XI
SANDRINE GIROUD	
<i>État de droit et confiscation internationale : Quels enjeux pour l'État helvétique ?</i>	1
BERNARD BERTOSSA	
<i>Confiscation internationale et indépendance de la justice</i>	19
LAURENT MOREILLON / ALAIN MACALUSO / MIRIAM MAZOU	
<i>La remise internationale de fonds spoliés à l'épreuve des droits fondamentaux : Aspects de droit international et de droit régional, perspectives critiques en droit suisse</i>	39
ALVARO BORGHI	
<i>Le blocage de biens à titre de sanction internationale : Mesure conservatoire ou confiscatoire ?</i>	89
ENRICO MONFRINI / YVES KLEIN	
<i>L'État requérant lésé par l'organisation criminelle : L'exemple des cas Abacha et Duvalier</i>	111
MARC HENZELIN	
<i>Le dédommagement des victimes étrangères dans le cadre d'une procédure suisse d'entraide internationale en matière pénale v. la restitution des avoirs à l'étranger</i>	147
MARK PIETH / MARNIE DANNACHER	
<i>Confiscation pénale ou administrative ?</i>	167
ROBERT ZIMMERMANN	
<i>Questions procédurales liées à la confiscation internationale</i>	185
ÉTIENNE GRISEL	
<i>Vers une loi fédérale « sur la restitution des avoirs illicites » ?</i>	209

Annexe I

*Projet de loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales
d'origine illicite de personnes politiquement exposées* 221

Annexe II

*Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la restitution
des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes
politiquement exposées*..... 225

Annexe III

*Résumé des cas les plus récents de restitution de valeurs
patrimoniales d'origine illicite*..... 263

Annexe IV

Chronologie du blocage des avoirs Mobutu en Suisse (1997-2009)..... 267

Annexe V

Chronologie du blocage des avoirs Duvalier en Suisse (1997-2009) 269